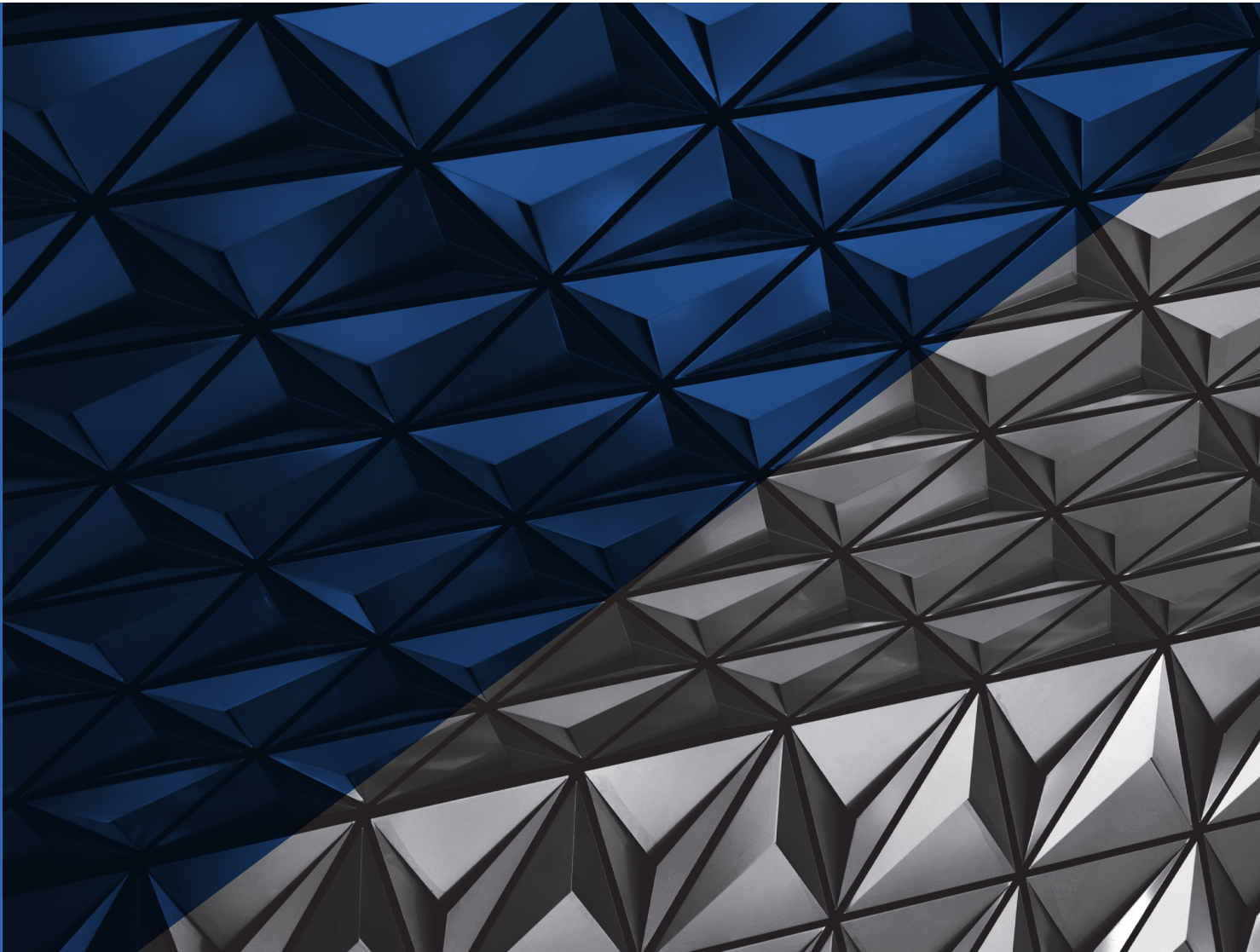


ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O REGIME DA ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DE FACTOS NÃO AUTONOMIZÁVEIS, NA FASE DE INSTRUÇÃO

IVO MIGUEL BARROSO



IVO MIGUEL BARROSO

**ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O REGIME DA ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DE
FACTOS NÃO AUTONOMIZÁVEIS, NA FASE DE INSTRUÇÃO¹**

(estudo publicado em 2003,
digitalizado a partir do livro)

¹ IVO MIGUEL BARROSO, *Algumas reflexões sobre o regime da alteração substancial de factos não autonomizáveis, na fase de instrução*, in *Estudos sobre o objecto do processo penal*, Vislis, Lisboa, 2003, pgs. 123-242.

INTRODUÇÃO

A questão que urge analisar é a da adopção do regime mais adequado, se ocorrer uma alteração substancial de factos e se estes, a serem agregados, não forem autonomizáveis; por outras palavras, se, no decorrer da instrução, num dos actos deste ou no debate instrutório, se verificar uma alteração substancial de factos não destacáveis.

Dir-se-á, como Frederico Isasca e Tolda Pinto: não é possível a cisão. Concordamos.

Existem, “*in genere*”, dois tipos de solução: o regresso à fase de inquérito ou a preterição absoluta do facto inextricável. O primeiro tipo de solução debate-se com o destino a dar à instrução; o segundo não pondera, pelo menos na sua plenitude, o princípio da verdade material.

O art. 303.º, n.º 3, dá guarida, pelo menos aparentemente, ao primeiro tipo de solução.

Mas poder-se-á questionar a abertura obrigatória de inquérito.

Como refere Jorge Noronha e Silveira, quanto a factos não autonomizáveis ou não destacáveis, é uma solução que pode ser demasiado rígida. Com efeito, existem casos em que tudo está investigado. O inquérito prossegue os mesmos fins da instrução, pelo que, nesta, se poderá resolver o problema (já não assim na fase de julgamento).

Em nosso entender, há que partir dos seguintes pressupostos:

- i) A adopção de um regime legal deverá ser harmoniosa, tendo em conta a diversidade de natureza; ou seja, da diferente materialidade dos factos há-de (*ou* deverá) resultar um regime diferenciado, atendendo ao condicionamento dos vínculos normativos pelos vínculos factuais;
- ii) Em princípio, o regime a adoptar terá em conta a natureza própria de cada fase processual, pelo que, em princípio, poderá divergir nas fases de instrução e de julgamento;
- iii) A solução a adoptar deverá ser a mais conforme aos princípios do Direito Processual Penal.

1. Tomando em conta a materialidade dos factos, cumpre realizar três operações, para estabelecer o regime diferenciado:

Em primeiro lugar, destringir os factos destacáveis (podendo, neste ponto, haver subdivisões) dos factos não destacáveis.

Em segundo lugar, da diferente natureza e estrutura, deverá resultar uma diferença adequada de regime.

1.1. O regime dos factos não autonomizáveis

As dificuldades surgem, pois, nos casos em que os factos a adicionar são “*insusceptíveis de valoração jurídico-penal separados do objecto do processo em que foram descobertos*”².

Isoladamente, o elemento — uma circunstância modificativa agravante, o dolo do agente, a consumação do resultado, ... — é insusceptível de fundamentar qualquer crime.

Por si só, não pode constituir objecto de um processo penal autónomo, asserção válida tanto quanto à fase de instrução, como quanto à fase de julgamento.

Como refere o S.T.J., em Acórdão de 28 de Janeiro de 1993, “*não é possível a cisão dos factos sob pena de os tornar irrelevantes e não se poder valorar o comportamento do arguido, o que é inaceitável, do prisma da própria valoração jurídico-social do comportamento*”³ (por exemplo, o caso cumplicidade — autoria).

1.1.1. Marques Ferreira considera que, face ao teor literal do art. 303.º, n.º 3, “*o legislador não previu estas situações quando*” estatuiu que “*os novos factos constitutivos de uma alteração substancial devem originar um novo inquérito, prosseguindo o processo em que foram descobertos tais factos*”⁴, pelo que existe uma lacuna.

É certo que, literalmente, a norma refere: “*quanto a eles*”. O Legislador pode ter sido menos feliz.

No entanto, o limite último da interpretação é o sentido literal possível⁵, que corresponde a tudo aquilo que, nos termos do uso linguístico, seja de considerar como determinante em concreto, possa ainda ser entendido como o que com esse termo se quis dizer⁶. O sentido literal possível corresponde à totalidade de significados que, segundo a linguagem vulgar, ainda podem estar ligados à expressão (Larenz). O sentido é procurado dentro deste limite⁷⁻⁸ mais extremo do significado das palavras. A expressão do Legislador, podendo ter sido menos feliz, abarca as situações de factos não autonomizáveis. Repare-se no advérbio “*obrigatoriamente*”.

O art. 303.º, n.º 3, como refere António Leones Dantas⁹, não pode ser visto de acordo com o seu teor literal — carece de uma correcção, imposta pela sua inserção sistemática. Ou seja, na letra da disposição, refere-se a factos autonomizáveis seguramente: a formulação refere “*quanto a eles*”, isto é, quanto a “*factos que representem uma alteração substancial da acusação ou do requerimento para abertura de instrução*”. A disposição não distingue, abrangendo assim todos os factos que constituam alteração substancial. No entanto, na alteração substancial de factos não

²Marques Ferreira, *Da alteração...*, pg. 235.

³In *Direito Processual Penal Jurisprudência, Casos Práticos e Exames*, Frederico Isasca, SPB, 1994, pg. 249.

⁴Marques Ferreira, *Da alteração...*, pg. 236.

⁵O limite das hipóteses de interpretação é o sentido possível da letra.

⁶Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª ed., tradução de José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997 (ed. original: 6.ª ed., reformulada, Berlim — Heidelberg, 1991), pg. 454.

⁷Diversamente, uma opinião minoritária defende que o limite da interpretação se encontra no significado natural da palavra (Albin Eser / Bjorn Burkhardt, *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoria dei Delito sobre la base de casos de sentencias*, traducción de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá, Colex, 1995, pgs. 59-60).

⁸Uma interpretação que já não se situe no âmbito do sentido literal possível, já não é interpretação mas modificação de sentido (Karl Larenz, *Metodologia...*, pg. 454).

⁹António Leones Dantas, *A definição...*, pg. 101.

autonomizáveis, tem de se adicionar os factos remanescentes, já constantes do objecto originário do processo. Como os factos não destacáveis não podem ser desprendidos, carecem de ser tratados em conjunto com os já constantes. O que falta na norma não é, por isso, a previsão de abertura de inquérito relativamente a factos não autonomizáveis; o núcleo do problema consiste em, aparentemente, o Legislador circunscrever o inquérito a estes — o que não é possível.

Havendo discordância entre o resultado da interpretação lógica e o da gramatical, o legislador disse menos do que queria dizer, quando queria dizer mais, pecando por defeito: deverá assim haver uma interpretação extensiva, para corrigir uma fórmula estreita demais, reconstruindo a vontade legislativa já existente¹⁰ (como refere Baptista Machado, um dos argumentos para fundamentar a interpretação extensiva é o argumento “*a pari*” (identidade de razão): onde a razão de decidir seja a mesma, a mesma deve ser a decisão¹¹).

Os trabalhos preparatórios do C.P.P., elemento histórico a ter na interpretação¹², revelam este aspecto (*infra*).

Não há, deste modo, lugar à integração de uma lacuna.

A integração seria possível se a aplicação da lei a um caso se não compreendesse em nenhum dos sentidos possíveis da letra e caso se tratasse de uma lacuna de regulação (isto é, que devesse estar coberta pela vontade do Legislador¹³) (os limites da eliminação de contradições de valores e de princípios coincidem com os limites de integração de lacunas¹⁴).

Sendo a lacuna uma incompletude insatisfatória no seio do ordenamento jurídico¹⁵, não há que confundi-la com a lacuna aparente (a que se preenche por via de interpretação e desenvolvimento do conteúdo legislativo e que desaparece na aplicação¹⁶) ou, de outra perspectiva, com a lacuna imprópria: as lacunas “*proprio sensu*”, “*de lege lata*” diferem das lacunas impróprias, das “lacunas críticas”, ou seja, das “lacunas” do ponto de vista de um futuro Direito mais perfeito¹⁷. As lacunas em sentido impróprio poderão levar o poder legislativo a uma reforma do Direito, mas não poderão levar o juiz a um preenchimento da dita “lacuna”.

1.1.2. O Legislador não graduou proporcionalmente o regime, dando, ao invés, a uns e a outros regime idêntico — a reabertura de inquérito; no caso de os factos autonomizáveis poderem ser desligados, continuando o processo quanto ao objecto inicial do processo; no caso de os factos novos serem incidíveis dos que compõem o objecto primitivo do processo, impôr-se-ia a quanto a todos os factos.

Similarmente, no Direito penal substantivo argentino, Eugenio Raul Zaffaroni, reportando-se às figuras participativas, refere: “*suponhamos que o crime é um baile (...); em alguns destes bailes, pagam mais os homens que as damas, mas também pagam menos os sócios do os não sócios. Pois bem, o nosso Código Penal não desconhece que ao baile concorrem homens e damas, só que estabelece o preço das entradas por sócios e não sócios*”¹⁸.

Terá sucedido uma situação análoga, no binómio factos autonomizáveis / factos não autonomizáveis.

1.2. A rigidez de abrir obrigatoriamente inquérito

¹⁰Francesco Ferrara, *Interpretação...*, pg. 162.

¹¹Baptista Machado, *Introdução ao Direito...*, pg. 186.

¹²Embora tendo deixado há muito de consituir o elemento decisivo, continua a relevar como um dos aspectos atendíveis.

¹³Albin Eser / Björn Burkhardt, *Derecho Penal...*, pg. 61. Baumann recorre à significação natural da palavra, do contexto de palavras (cit. por Engisch, *Introdução...*, pg. 346 (nota)).

¹⁴Canaris, *Pensamento...*, pg. 212.

¹⁵Engisch, *Introdução...*, pg. 276.

¹⁶Francesco Ferrara, *Interpretação...*, pg. 156.

¹⁷Inexistência planeada de certa regulamentação, regulamentação negativa (Engisch, *introdução...*, pgs. 281-282).

¹⁸Eugenio Raul Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Quinta Ed., Ediar, Buenos Aires, 1987, pg. 569.

A solução de abrir obrigatoriamente inquérito quanto a todos os factos, pode ser, de acordo com Jorge Noronha e Silveira, demasiado rígida.

Com efeito, os vínculos factuais devem condicionar os vínculos normativos (isto é, todas as disposições que regem (“*indirizzano*”) ou disciplinam a interpretação ou a solução da controvérsia em torno de uma questão jurídica ¹⁹).

Existem casos em que a investigação foi exaustiva quanto à maioria dos elementos do crime; quase tudo foi investigado.

Esta é a situação dos factos não destacáveis ou não autonomizáveis, em que, diversamente dos factos autonomizáveis, em princípio, carecem de mais delongas de investigação.

Pense-se no caso de apenas estar em causa apurar o valor elevado da coisa furtada (art. 204.º, n.º 1, al. *a*), do C.P.) ²⁰ ou uma conduta mais grave, no crime continuado. Fará sentido reabrir inquérito (qual caixa de Pandora), com a pesada estrutura que tal comporta?

Em nosso entender, não.

Altera-se o significado jurídico do factualismo descrito no processo, por influência dos novos factos. No entanto, a identidade da relação processual não é alterada:

No caso de os factos adicionados fazerem despoletar o concurso de normas (unidade de leis, concurso aparente de crimes), existe uma unidade criminosa substantiva e os factos integram o objecto do processo em sentido amplo.

A abertura de inquérito quanto a todos os factos é sobretudo defensável se o caso for de complexidade razoável, o que não sucede, em regra, com factos não autonomizáveis. Neste caso, a reabertura de inquérito representa uma duplicação.

¹⁹Guastini, *Redazione...*, pg. 79.

²⁰Que origina alteração substancial dos factos, por via do critério formal complementar da agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis (art. 1.º, n.º 1, al. *j*), 2.ª parte, do C.P.P.

PRIMEIRA PARTE

A SISTEMÁTICA DO DIREITO PORTUGUÊS

2. A INSTRUÇÃO

2.1. A instrução em sentido amplo

O termo “*instrução*” advém do latim, das palavras “*in*” e “*struere*” (acumular em certo lugar); corresponde à ideia de reunião de meios necessária para a decisão final ²¹.

No processo civil, em sentido lógico, instrução é a “*actividade processual tendente a coligir no processo os meios de prova a utilizar, e preparar a sua utilização. Instrução é, assim actividade inicial ou preparatória*” (João de Castro Mendes) ²².

No processo penal, em sentido amplo, existe instrução na fase de inquérito, na fase de instrução e na fase de julgamento.

“*Quando a lei refere instrução do processo não se quer referir apenas à fase processual de instrução, mas a toda a actividade instrutória (= recolha e produção de prova no processo), quer decorra na fase de inquérito, quer decorra no julgamento, quer nos recursos*” ²³.

O Código, porém, “*utiliza a expressão acto de instrução num sentido mais restrito, compreendendo apenas as diligências de investigação e recolha de prova*” ²⁴.

2.2. A fase de instrução no código de processo penal

A instrução visa a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou arquivar inquérito (art. 286.º, n.º 1, do C.P.P.).

A instrução existe nas formas de processo comum (na forma de processo abreviado, existe a possibilidade de o arguido requerer a realização do debate instrutório; art. 286.º, n.º 3: a instrução inexistente nos processos especiais ²⁵).

Compete ao juiz de instrução proceder à instrução, decidir quanto à pronúncia (art. 17.º).

A instrução tem como conteúdo a actividade instrutória; é formada pelo conjunto dos actos de instrução que o juiz entenda levar a cabo (art. 289.º, n.º 1, 1.ª parte), devendo ser realizados todos os actos necessários à realização das finalidades referidas no art. 286.º, n.º 1 (art. 290.º, n.º 1), bem como, obrigatoriamente, o debate instrutório.

A instrução tem especificidades próprias, aos níveis formal e procedimental. A instrução tem, neste ponto, uma natureza própria e única: a instrução é requerida pelo assistente ou pelo arguido (o

²¹João de Castro Mendes *apud* Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 155.

²²João de Castro Mendes, *Direito Processual Civil*, II volume, revisto e actualizado, 1987, pg. 656.

²³Germano Marques da Silva, *Curso de Direito Processual Penal*, II, 2.ª Edição, revista e actualizada, Editorial Verbo. 1999, pg. 244. Quando a lei refere “*instrução*” do processo, não se quer referir apenas à fase processual de instrução, mas a toda a actividade instrutória, isto é, de recolha e prova no processo (Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 180).

²⁴Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 155.

²⁵“*Não há instrução na forma de processo sumário, pois, nesta forma de processo, o arguido detido é imediatamente submetido a julgamento. A forma de processo sumaríssimo respeita apenas ao momento da aplicação da sanção*” (Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 133).

Ministério público não tem a possibilidade de requerer a abertura de instrução ²⁶). É uma fase intermédia, facultativa.

2.3. A notificação do despacho de abertura de instrução

A notificação do despacho de abertura de instrução (art. 287.º, n.º 5) é feita ao Ministério Público, ao assistente, ao arguido e ao defensor do arguido. Esta notificação “*destina-se (...) a que todos intervenham na respectiva fase, participando no debate instrutório e oferecendo provas e requerendo os actos e diligências (...) que se lhes afigurem necessárias*” ²⁷ (artigos 61.º, n.º 1, al. j), e 69.º, n.º 2, al. a)).

2.4. Os poderes de investigação do juiz

A fase de instrução constitui um “*suplemento de investigação autónoma*”.

Nela, domina o princípio inquisitório (art. 288.º, n.º 4). O sistema atribui ao juiz poderes de iniciativa que lhe permitam investigar autonomamente os factos, isto é, detém poderes de investigação autónomos (artigos 289.º, 290.º, 291.º, 299.º, 301.º).

Dos artigos 288.º e 289.º resulta que os actos de instrução dependem da livre resolução do juiz ²⁸.

O princípio da investigação (contraposto ao princípio dispositivo), postula que “*na formação da prova o juiz deve exercer uma actividade destinada a averiguar a verdade material*” ²⁹.

“*Os poderes de investigação do juiz de instrução constituem poderes-dever*” (Figueiredo Dias ³⁰ e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12 de Maio de 1993 ³¹): o juiz pode levar a cabo actos singulares de averiguação, em nome de princípio da verdade material.

Sendo assim, o juiz de instrução não terá de se limitar ao material probatório que lhe seja apresentado pela acusação, mas deve, de acordo com o art. 288.º, n.º 4, se para tanto achar razão, instruir autonomamente o facto em apreciação.

Também o art. 299.º aponta nesse sentido, postulando, no n.º 1, o dever de o juiz levar a cabo “*os actos de instrução cujo interesse para a descoberta da verdade se tenha entretanto revelado*”. O Legislador quis fazer vingar o princípio da demanda da verdade material, que consagra a possibilidade de realização pelo J.I.C. de actos de instrução supervenientes, desde que pertinentes e relevantes ³².

A instrução é uma fase judicial, de estrutura eminentemente acusatória, mas integrada pelo princípio da investigação ou da verdade material ³³.

Os actos de instrução caracterizam-se como “*actos de investigação e recolha de prova ordenados pelo juiz, oficiosamente ou a requerimento, sobre o thema decidendum em ordem a fundamentar a decisão instrutória*” ³⁴ (as diligências de prova realizadas em acto de instrução são

²⁶Frederico Isasca refere que esta solução se compreende quando os factos que o Ministério Público pretenderia aduzir implicam uma alteração substancial dos que fundamentam a acusação do assistente, nos crimes particulares. No entanto, refere que seria vantajosa a possibilidade de o Ministério Público requerer a abertura de instrução, submetendo a comprovação judicial a acusação do assistente que entenda manifestamente infundada (*Alteração Substancial...*, pg. 172-173).

²⁷*Curso...*, III, pg. 142.

²⁸Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 157.

²⁹Helena Magalhães Bolina, *Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência (art. 32.º, n.º 2, da CRP)* in *BFDUC*, vol. LXX, 1994, pg. 447.

³⁰*Sobre os sujeitos...* in *Jornadas...*, pg. 17.

³¹In *Direito Processual Penal. Jurisprudência, Casos Práticos e Exames*, Frederico Isasca, SPB, 1994, pg. 362.

³²Simas Santos / Leal-Henriques, *Código de Processo Penal...*, pg. 196.

³³A lei de autorização legislativa dispunha que a acusatoriedade do processo penal seria temperada com o princípio da investigação judicial.

³⁴Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 157.

reduzidas a auto, nos termos do art. 296.º, que regula a ritologia da instrução³⁵). Neste sentido, o juiz tem uma ampla margem de apreciação (arr. 291.º, n.º 1, 1.ª parte), indeferindo os requerimentos que não interessarem à instrução ou que apenas sirvam para protelar o andamento do processo — o juiz pode indeferir os actos investigatórios inócuos ou dilatórios, por despacho irrecorrível³⁶ (art. 291.º, n.º 1)³⁷, sem prejuízo da reclamação (arr. 291.º, n.º 1, “*in fine*”), praticando ou ordenando praticar oficiosamente aqueles que considerar úteis (art. 291.º, n.º 1)³⁸.

2.5. O debate instrutório

2.5.1. O debate instrutório é obrigatório (artigos 289.º, n.º 1, e 287 ss.), sendo dele lavrada acta (arr. 305.º)³⁹. Nele participam o Ministério Público, o arguido e o seu defensor, o assistente⁴⁰ e o seu advogado (art. 289.º, n.º 1)⁴¹; as testemunhas, os peritos e os consultores técnicos cuja presença no debate o juiz considere ser indispensável (art. 297.º, n.º 4).

O debate instrutório está sujeito ao princípio do contraditório. O contraditório é pleno: além da livre consulta do processo pelos sujeitos processuais, requer oralidade, imediação e continuidade⁴².

O modelo foi fornecido pelo sistema anglo-americano da *cross examination, preliminary hearing* ou *examination trial*.

O art. 302.º regulamenta dos trâmites a seguir no debate instrutório⁴³ (sobressai a informalidade de todo o debate instrutório, com vista à desejada celeridade processual⁴⁴).

É certo que a finalidade é a exposta no art. 298.º, não tendo como componente essencial a produção de prova, mas a discussão dos elementos de prova recolhidos. Contudo, relativamente a questões controversas, o Ministério Público, o assistente e o arguido podem requerer a produção de provas indiciárias suplementares que se proponham apresentar, durante o debate (art. 302.º, n.º 2)⁴⁵.

³⁵Simas Santos / Leal-Henriques, *Código de Processo Penal...*, II, pg. 189.

³⁶Simas Santos / Leal-Henriques, *Código de Processo Penal...*, II, pg. 183.

³⁷Segundo o Acórdão da Relação do Porto, de 6 de Maio de 1987, “*Para que uma diligência processual se deva ter por útil (ou essencial) para a descoberta da verdade, não chega que, no caso concreto, haja interesse na sua realização. Para além disso, é necessário que ela seja factível em termos de não contender com outros princípios impostergáveis do processo penal, designadamente com o da celeridade especial dos processos de réus presos*” (Ac. cit. por Tolda Pinto, *A Tramitação...*, pg. 753).

“*Dentro do âmbito da instrução e ressalvada a hipótese do art. 292.º, n.º 2, do CPP, é que avalia, independentemente do requerido e sem possibilidade de recurso, do interesse da efectivação dos diversos actos*” (Acórdão da R.L., de 20 de Abril de 1993 *apud* Simas Santos / Leal-Henriques, *Código de Processo Penal...*, pg. 182).

³⁸Nos termos do art. 291.º, n.º 3, não são inquiridas testemunhas que devam depor sobre aspectos referidos no art. 128.º, n.º 2, factos relativos à personalidade e ao carácter do arguido, bem como às suas condições pessoais e à sua conduta anterior).

³⁹A acta, sem prejuízo do art. 99.º, n.º 3, é redigida por súmula em tudo o que se referir a declarações orais, nos termos do art. 100.º, n.º 2 (art. 305.º, n.º 1). A acta é ainda assinada pelo juiz e pelo funcionário de justiça que a lavrar (art. 305.º, n.º 2).

⁴⁰No que toca aos crimes dependentes de acusação particular, o C.P.P. nada refere quanto à tramitação na fase de instrução. Apesar desta lacuna, a sustentação da acusação cabe ao assistente; tem de se verificar uma efectiva intervenção do assistente na fase de instrução (José Damião da Cunha, *A Participação dos particulares...*, pg. 624).

A intervenção do MP nos crimes dependentes de acusação particular assume-se como algo de subsidiária, pois está dependente das decisões processuais que o assistente tome (José Damião da Cunha, *A Participação dos particulares...*, pg. 625).

⁴¹A realização da data do debate é notificada ao Ministério Público, ao arguido e ao assistente, no prazo de cinco dias, nos termos do art. 297.º, n.º 3.

⁴²José Souto de Moura, *Inquérito...*, pg. 129.

⁴³Simas Santos / Leal-Henriques, *Código de Processo Penal...*, pg. 202.

⁴⁴Simas Santos / Leal-Henriques, *Código de Processo Penal...*, pg. 202.

⁴⁵Questões controversas são apenas as que foram enunciadas pelo juiz no início do debate (art. 302.º, n.º 1); definidas estas, o Ministério Público, o advogado do assistente e o defensor podem requerer a produção de provas indiciárias suplementares.

O juiz deve assegurar a contraditoriedade na produção de prova (art. 323.º, al. b), “*ex vi*” art. 301.º, n.º 1).

O juiz pode ainda, officiosamente, no decurso do debate, ordenar a prática de novos actos de instrução que terão lugar no próprio debate ou que determinarão a sua interrupção para que sejam produzidos, tendo depois lugar novo debate (artigos 299.º e 304.º, n.º 2).

Pode haver adiamento do debate, nas situações em que se verifique alteração substancial⁴⁶. Deste modo, o próprio Código aponta no sentido de poder haver alteração substancial dos factos, no art. 301.º, n.º 3, quanto ao debate instrutório:

Segundo Germano Marques da Silva, se se tratar de factos que impliquem alteração substancial dos mesmos, devem ser sempre acolhidos (diferentemente, factos puramente acidentais, dos quais resulte alteração não substancial de factos, poderão sempre ser sempre tomados em conta, mesmo na fase de julgamento, constem ou não da acusação ou da pronúncia⁴⁷, pelo que a produção de prova não é admitida) (artigos 301.º, n.º 3, 323.º, al. g), “*ex vi*” art. 301.º, n.º 1).

Mal seria que, devendo ser acolhidos elementos probatórios da prática do crime e da responsabilidade do arguido, e mesmo de graduação desta (exigidos pela natureza indiciária da prova⁴⁸), se importar uma alteração substancial dos factos, não pudessem relevar, desde logo, na fase de instrução.

2.5.2. “*A presença do arguido no debate instrutório visa acautelar a adequada conformação contraditória dessa diligência processual*”⁴⁹.

Segundo alguma Doutrina, apenas o debate instrutório está necessariamente submetido ao princípio do contraditório, opinião defendida por Germano Marques da Silva, Jorge Noronha e Silveira, Maia Gonçalves, Souto de Moura, Tolda Pinto⁵⁰.

Também o Acórdão da Relação de Coimbra, de 25 de Novembro de 1988, referia que “*apenas o debate instrutório e não a produção de prova está sujeito ao contraditório*”⁵¹. Segundo o Acórdão da Relação do Porto, de 10 de Maio de 1995, “*O art. 32.º, n.º 5, da Constituição da República não impõe que todos os actos de instrução em processo penal sejam contraditórios, bastando-se com a possibilidade dada ao arguido de se pronunciar findo o debate instrutório e imediatamente antes da respectiva decisão judicial de pronúncia ou não pronúncia sobre toda a prova até então reunida no processo*”⁵².

Frederico de Lacerda da Costa Pinto entende que o contraditório vale para qualquer acto praticado ou requerido que, pela sua natureza, se lhe deva ser submetido⁵³.

Segundo Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, o C.P.P. não foi feliz. Dada a importância do princípio do contraditório, os actos de produção de prova que tenham lugar fora do debate, mas durante a fase de instrução, deverão também, no plano “*de lege ferenda*”, sujeitar-se ao princípio do contraditório com carácter de obrigatoriedade⁵⁴. O Juiz de Instrução pode e deve sujeitar a prova

⁴⁶Tolda Pinto, *A Tramitação...*, pg. 769.

⁴⁷Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 180.

⁴⁸“*A prova indiciária é a prova indirecta. Os jactos probatórios indiciários são os que permitem concluir pela verificação de outros factos por meio de raciocínio alicerçado em regras da experiência comum ou de ciência ou de técnica*” (Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 171).

⁴⁹Acórdão da R.P., de 15 de Novembro de 1995 *apud* Simas Santos / Leal-Henriques, *Código de Processo Penal...*, pg. 201.

⁵⁰Maia Gonçalves, *Código de Processo...*, pg. 562; Germano Marques da Silva, *Curso...*, I, pg. 77; *idem*, *Curso...*, III, pg. 158.

⁵¹Cit. por Tolda Pinto, *A Tramitação...*, pg. 729. “*O assistente pode estar presente à inquirição dos arguidos, mas sem intervenção directa*” (Acórdão da R.C., de 25 de Novembro de 1988).

⁵²Acórdão da R.P., de 10 de Maio de 1995 *apud* Simas Santos / Leal-Henriques, *Código de Processo Penal...*, pg. 201.

⁵³Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *Curso...*, pg. 189.

⁵⁴Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, *Controlo garantístico...*, pg. 178.

pessoal, reduzida a escrito no auto de instrução (art. 296.º) à sua produção oral e contraditória no próprio debate instrutório ou, em alternativa, designar a produção de tal prova para altura do debate instrutório ⁵⁵.

Actualmente a lei é expressa, no art. 289.º, n.º 2: os casos expressamente previstos são o interrogatório do arguido (art. 61.º, n.º 1, al. c)) e os actos para memória futura (artigos 294.º e 271.º), que, deste modo, acrescem ao debate instrutório. Daqui se retira que os actos de instrução são “*praticados de modo unilateral, em forma inquisitória, pelo juiz ou pelos órgãos de polícia criminal por incumbência do juiz, sem que o arguido, o Ministério Público ou o assistente tenham intervenção activa na sua prática (...)*” ⁵⁶ (cfr. art. 289.º, n.º 1, “*a contrario*”).

A Exposição de Motivos sobre a proposta de lei do Governo, que introduziu alterações recentes ao Código de Processo Penal (2001), refere que a norma do art. 289.º, n.º 2, clarifica a regra vigente de que, na instrução, apenas o debate tem natureza instrutória ⁵⁷.

Igualmente, não se aceitou a sugestão do Conselho Superior de Magistratura, no sentido de consagrar, num novo número 3 do art. 292.º, o princípio de que, durante a instrução, a inquirição das testemunhas deveria ser presenciada pelo Ministério Público, defensor e representante do assistente, com a faculdade de arguirm nulidades e de requerer a realização de perguntas adicionais ⁵⁸.

O juiz poderá, no entanto, autorizar a participação de outros sujeitos processuais, se a considerar útil para a eficácia da instrução ⁵⁹.

2.5.3. Quando a complexidade da causa em instrução o aconselhar, o juiz, no acto de encerramento do debate instrutório, ordena que os autos lhe sejam feitos conclusos a fim de proferir, no prazo máximo de dez dias, o despacho de pronúncia ou de não-pronúncia. Neste caso, o juiz comunica de imediato aos presentes a data em que o despacho será lido e a leitura equivale à notificação dos presentes.

2.6. Argumento sistemático. A sanção para a omissão de formalidades de instrução e de inquérito

O art. 120.º, n.º 2, al. d), 2.ª parte (cfr. também art. 119.º, al. d)), inculca que a omissão posterior de diligências que devam ser tidas como essenciais para a consecução da finalidade de instrução, constitui nulidade dependente de arguição.

Todavia, como nota Germano Marques da Silva, a “*insuficiência de inquérito é uma nulidade genérica que só se verifica quando se tiver omitido a prática de acto que a lei prescreve como obrigatório e desde que para essa omissão a lei não disponha de forma diversa*” ⁶⁰.

Deste modo, continua este Professor, a consequência é a de que a “*omissão de diligências de investigação não impostas por lei não determina a nulidade do inquérito por insuficiência, pois a apreciação dos actos de inquérito é da competência exclusiva do Ministério Público*” ⁶¹. As deficiências de investigação no inquérito apenas podem obter satisfação através de reclamação hierárquica ⁶².

Daqui se retira que não existe uma possibilidade tão ampla de a omissão do Ministério Público caber na previsão da nulidade.

⁵⁵Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, *Controlo garantístico...*, pgs. 178-179.

⁵⁶Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 158.

⁵⁷Cit. por Tolda Pinto, *A Tramitação...*, pgs. 744-745.

⁵⁸Declaração de voto do Grupo Parlamentar do P.S. sobre a votação final da recente alteração do Código de Processo Penal, em nota ao proposto art. 292.º, n.º 3 (cit. por Tolda Pinto, *A Tramitação...*, pg. 744).

⁵⁹Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 159.

⁶⁰Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 91; *Curso...*, II, pg. 80.

⁶¹Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 91; *Curso...*, II, pg. 80.

⁶²Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, cit. por Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 91 (nota).

Este regime não é totalmente coerente do ponto de vista sistemático com o art. 303.º, n.º 3, que inculca a obrigatoriedade de inquérito, no caso de ocorrência de alteração substancial de factos não autonomizáveis.

O regime da invocação de nulidade é um argumento para que se não regresse ao inquérito e para que se resolva o problema durante a instrução.

2.7. É na instrução que ocorre a mais perfeita síntese entre a estrutura processual acusatória e o princípio da investigação ⁶³.

Tratando-se já de uma fase judicial, no sentido de ocorrer perante um juiz, e sendo necessária a realização de um debate oral e contraditório, a característica acusatória da instrução sobressai, embora integrada pelo princípio da investigação ⁶⁴.

3. A SIMILITUDE COM O INQUÉRITO

Materialmente, existe similitude entre a instrução e o inquérito.

Tanto o inquérito como a instrução estão incluídos na “fase preparatória”. A investigação criminal abrange o inquérito (preliminar), de carácter obrigatório, e a instrução, de carácter facultativo.

A distinção principal, na tramitação processual penal, reside na diferenciação entre a fase preparatória e a fase de julgamento.

Tradicionalmente, a fase preparatória permite a realização de diligências de prova que permitirão uma reconstituição dos factos, sob a égide do princípio da verdade material (José Souto de Mouta) ⁶⁵.

A investigação criminal prossegue os objectivos de identificar e localizar o criminoso, de recolher ou reunir prova tendente à imputação subjectiva dos factos em investigação ⁶⁶. Este último é comum ao inquérito e à instrução.

“Nas fases preliminares do processo não se visa alcançar a demonstração da realidade dos factos, antes e tão-só indícios, mais do que um crime foi eventualmente cometido por determinado arguido” ⁶⁷.

A instrução é a expansão do inquérito.

Em ambas as fases, permanece o dualismo Ministério Público — Juiz de Instrução, o primeiro detendo a direcção no inquérito, o segundo detendo a condução da fase de instrução.

Optou-se assim por um sistema que, logo no inquérito, existe distribuição de competência pelas polícias, Ministério Público e Juiz de Instrução Criminal. No âmbito deste modelo francês (existente também na Bélgica, na Holanda e no Luxemburgo, tendo inspirado os sistemas italiano e português (entre 1976 e 1987)), o Juiz de instrução realiza o controlo final de investigação ⁶⁸⁻⁶⁹.

⁶³Nicolás Rodríguez / Fernando Andrade Fernandes, *Orientações...*, pg. 437.

⁶⁴Nicolás Rodríguez / Fernando Andrade Fernandes, *Orientações...*, pg. 437.

⁶⁵*Inquérito...*, pg. 84.

⁶⁶Manuel António Ferreira Antunes, *Investigação Criminal — Uma Perspectiva introdutória in Polícia e Justiça*, revista de formação, Outubro de 1985, n.º 0, pgs. 4-5.

⁶⁷Germano Marques da Silva, *Curso...*, III pg. 178.

⁶⁸José Souto de Moura, *Inquérito...*, pg. 89.

⁶⁹Os outros modelos são:

— o do sistema inglês e outros países da “*Common Law*”, em que a fase preparatória compete às polícias (os EUA divergem, na medida em que existe Ministério Público, embora este não se ocupe da tarefa investigatória);

— o do sistema de outros sistemas que contam com uma certa investigação policial, mas associada ou controlada pelo M.P., sem que o J.I.C. desempenhe papel de relevo José Souto de Moura, *Inquérito...*, pg. 84).

O inquérito constitui a forma de investigação inicial, obrigatória, a fase preliminar “normal”, a fase geral de preparação da decisão de acusação ou da decisão de não acusação. Com efeito, se a instrução não for requerida (pois o requerimento de abertura de instrução é facultativo), o inquérito pode ser a única fase preliminar ⁷⁰.

Deste modo, o inquérito é a forma geral de investigação (José Souto de Moura) ⁷¹.

3.1. No actual C.P.P., o inquérito e a instrução foram, pois, pensados como subfases em que as autoridades judiciárias levarão a cabo a sua tarefa, coadjuvadas pelos Órgãos de Polícia Criminal, em particular o inquérito ⁷².

O M.P. dirigir o inquérito significa “*guiá-lo, conduzi-lo, traçar-lhe o caminho, lançar o poder de orientação, devendo quem assiste o MP actuar sob sua directa orientação*” ⁷³⁻⁷⁴.

Dependência funcional significa que Órgãos de Polícia Criminal “*para e no exercício desse officio ficam subordinados ao respectivo magistrado, que é quem lhes determina o rumo a seguir*” ⁷⁵⁻⁷⁶.

Também o Juiz de Instrução Criminal pode conferir aos Órgãos de polícia Criminal o encargo de procederem a quaisquer diligências e investigações relativas à instrução (salvo tratando-se do interrogatório do arguido, da inquirição de testemunhas e de actos que por lei lhe sejam exclusivamente confiados) (art. 290.º, n.º 2).

Deste modo, tal como o Ministério Público, também o Juiz de Instrução Criminal pode ser coadjuvado pelo órgãos de Polícia Criminal (artigos 290.º, n.º 2, 55.º, 56.º): o Juiz de Instrução Criminal pode conferir o encargo de proceder a quaisquer diligências e investigações relativas à instrução ⁷⁷ (salvo as seguintes: interrogatório do arguido, actos que por lei sejam concedidos em exclusivo à competência do juiz, por exemplo, art. 294.º, os actos referenciados nos artigos 268.º, n.º 1, e 270.º, n.º 2).

3.2. O inquérito é secreto. Nele, o contraditório é excepção.

A instrução é sujeita ao segredo de justiça (art. 20.º, n.º 3, da Constituição; art. 86.º, n.º 1, 2.ª parte; números 4, 5 e 6, do C.P.P.), salvo na hipótese de ser apenas requerida pelo arguido e de este, no requerimento de abertura de instrução, não declarar que se opõe à publicidade, altura em que a instrução é pública ⁷⁸ (a fisionomia da instrução pode divergir consoante for requerida apenas pelo arguido dos outros casos).

Deste modo, salvo este caso, a instrução é, tal como o inquérito, secreta. O segredo de justiça vincula todos os participantes processuais (art. 86.º, n.º 4, proémio) e implica nomeadamente proibições de:

⁷⁰José Souto de Moura, *Inquérito...*, pgs. 91, 97, 107.

⁷¹*Inquérito...*, pg. 97.

⁷²Neste sentido, José Souto de Moura, *Inquérito...*, pg. 104.

⁷³Henrique Pereira Teotónio, *Titularidade do inquérito e dependência funcional das polícias* in *Cadernos da RMP*, 4, Fevereiro de 1990, pg. 95.

⁷⁴Segundo Henrique Pereira Teotónio, não se deve falar de delegação de actos, apesar da epígrafe errónea do art. 270.º, pois “*os OPC não agem, verdadeiramente, como comissários ou como delegados do MP*”, pelo que “*não é possível cedência de poderes que só ao MP competem*”. A expressão mais correcta seria “encargo” (cfr. artigos 270.º, n.º 1, 290.º, n.º 2) (Henrique Pereira Teotónio, *Titularidade do inquérito...*, pgs. 96-97).

⁷⁵Henrique Pereira Teotónio, *Titularidade do inquérito...*, pg. 95.

⁷⁶O Legislador optou pelo sistema intermédio, de dependência funcional mitigada (Henrique Pereira Teotónio, *Titularidade do inquérito...*, pg. 95) (meio termo entre uma autonomia (orgânica e funcional) plena e uma dependência total (também orgânica e funcional). Os O.P.C. têm um poder interventivo próprio.

⁷⁷O “*poder previsto no artigo 290.º, n.º 2, do C.P.P. é o poder de conferir o encargo da pontual e mera coadjuvação dos órgãos de polícia criminal na efectivação de apenas uma ou de várias diligências de investigação que o juiz de instrução entenda serem necessárias e queira delegar*” (Acórdão da R.P., de 6 de Dezembro de 1989 *apud* Simas Santos / Leal-Henriques, *Código de Processo Penal...*, pg. 181).

⁷⁸Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 160.

- a) assistência à prática ou tomada de conhecimento do conteúdo de acto processual a que não tenha o direito ou o dever de assistir;
- b) divulgação da ocorrência de acto processual ou dos seus termos (art. 86.º, n.º 4) ⁷⁹.

O Ministério Público, o arguido, o defensor, o assistente e o seu advogado apenas podem participar nos actos em que tenham o direito de intervir (art. 289.º, n.º 2): o interrogatório do arguido, o debate instrutório (artigos 298.º, 300.º, 301.º e 302.º), e as declarações para memória futura (artigos 294.º e 271.º) ⁸⁰.

3.3. A prova obtida durante a instrução tem o mesmo valor da prova obtida no inquérito, como refere Anabela Rodrigues ⁸¹ (apesar de o Ministério Público não ser uma entidade judicial) (cfr. art. 291.º, n.º 2).

3.4. No inquérito, o objecto do processo tem larga maleabilidade ⁸², sendo susceptível de “*modificações na sua materialidade*” ⁸³. É possível carrear para os autos os «factos que fundamentam a aplicação ao arguido de uma pena» e transformar em informação processualmente apreendida elementos fundamentais do “*iter criminis*” ⁸⁴.

Na instrução, embora tal não suceda tão acentuadamente (o que sucede logicamente, pois é já operante a noção de alteração substancial dos factos), não deixa de haver alguma comunhão de fins, de princípios e de valores com o inquérito, pelo que, podendo haver alteração substancial de factos, poderá também haver um enriquecimento do objecto do processo.

O inquérito prossegue os mesmos fins da instrução, pelo que se poderá resolver eficientemente o problema (de factos não autonomizáveis) em sede de instrução. Esta ideia foi defendida por Jorge Noronha e Silveira ⁸⁵.

Bem se poderá dizer como Aristóteles: “*A natureza nada fez de imperfeito ou de inútil; tudo fez para nossa utilidade*” ⁸⁶.

Existe o inquérito; a instrução é requeri da (não pode ser aberta oficiosamente), sendo uma etapa intermédia facultativa, eventual, antes da fase de julgamento.

A instrução é uma continuação, embora o J.I.C. tenha mais poderes (cfr. artigos 268.º e 269.º).

Como refere Almada Negreiros, “*Quando se passa de um lugar para outro, levamos em geral o primeiro lugar connosco*” ⁸⁷.

3.6. Demonstração da similitude de fins e de actos entre o inquérito e o instrução

Os fins prosseguidos pelo inquérito e pela instrução são, pois, similares.

Inquirir significa colher as informações, indagar acerca de pessoas, de factos e de circunstâncias (cfr. art. 267.º) ⁸⁸. “*Existe outra forma de recolha daquelas provas: a instrução, ou melhor, a prática de actos de instrução, reservada ao juiz de instrução criminal*” ⁸⁹.

⁷⁹No caso de haver co-arguidos e só um deles requerer a abertura de instrução, será a posição assumida pelo requerente da abertura de instrução a determinar a manunção ou não do segredo de justiça (no caso do art. 86.º, n.º 1, 1.ª parte).

⁸⁰Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 160.

⁸¹*O inquérito...*, pg. 69.

⁸²Cfr. Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 96.

⁸³Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 99.

⁸⁴Rómulo Mateus, *Medidas de Coacção...*, pg. 123.

⁸⁵No ensino oral, ministrado na F.D.L., no ano lectivo de 2000/2001.

⁸⁶Aristóteles, *Tratado da Política*, tradução de M. de Campos, Europa-América, 1977, pg. 20.

⁸⁷Almada Negreiros, *Nome de Guerra* in *Obras Completas de Almada Negreiros*, vol. II, Imprensa-Nacional Casa da Moeda, 1986, pg. 127.

⁸⁸Henrique Pereira Teotónio, *Titularidade...*, pg. 94.

⁸⁹Henrique Pereira Teotónio, *Titularidade...*, pgs. 94-95.

Os actos de instrução são muito semelhantes em termos materiais aos actos de inquérito (salvo o debate instrutório).

Acrescem dois argumentos:

- i) a tradição histórica do Decreto-Lei n.º 35.007;
- ii) a questão, ainda hoje discutida, acerca da legitimidade constitucional de a direcção do inquérito caber ao M.P. (art. 263.º, n.º 1, do C.P.P. em confronto com o art. 32.º, n.º 4, da Constituição) e da legitimidade da consagração facultativa da instrução.

3.6.1. Tradição histórica do Decreto-Lei n.º 35.007

No regime anterior (artigos 14.º e seguintes do D.L. n.º 35.007, de 13 de Outubro de 1945, que revogara implicitamente o art. 159.º do C.P.P., operando uma desjudicialização⁹⁰), a instrução continha duas componentes:

- a «instrução preparatória», dirigida pelo M.P.;
- a «instrução contraditória», dirigida por um juiz.

A instrução contraditória tinha lugar após a dedução de acusação ou do requerimento de instrução contraditória. A instrução contraditória era concebida, segundo Castro e Sousa, como uma “*instrução complementar da averiguação criminal já realizada, esclarecendo-a ou completando-a em vista da descoberta da verdade*”⁹¹. O art. 237.º do CP.P. referia que uma das finalidades era a de “*esclarecer e complementar a prova indiciária já recolhida através da instrução preparatória ou do inquérito preliminar*”.

A acusação seria, assim, provisória, por a instrução a poder infirmar, alterar ou confirmar (§ único ao art. 349.º do CP.P. anterior⁹²).

Como nota Anabela Rodrigues, o actual inquérito distancia-se do anterior “inquérito preliminar” e aproxima-se da “instrução preparatória”: “*Difere (...) do inquérito preliminar (...) e aproxima-se da instrução preparatória, enquanto nele se podem levar a cabo todos os actos necessários à fundamentação cabal daquela mesma decisão sobre a acusação*”⁹³.

3.6.2. A questão da judicialização total da fase preparatória

O art. 32.º, n.º 4, da Constituição, inculca que toda a instrução é da competência de um juiz. Segundo a versão originária da Constituição, o preceito estava redigido do seguinte modo:

“4. Toda a instrução é da competência de um juiz, indicando a lei os casos em que ela deve assumir firma contraditória.”

⁹⁰O art. 159.º dispunha o seguinte:

“A instrução é dirigida pelo juiz, que poderá ordenar qualquer diligência que julgue necessária para o apuramento da verdade.”

Entre 1929 e 1945, nos termos do Código de Processo Penal de 1929, a instrução preparatória e a instrução contraditória cabia ao juiz; no entanto, este era também o juiz de julgamento, pelo que o princípio da acusação era reduzido a mera formalidade: a acusação estava a cargo do Ministério Público (art. 349.º do C.P.P. de 1929), mas o corpo de delito era realizado pelo mesmo juiz (artigos 171.º e 172.º) que julgava depois o caso.

⁹¹João de Castro e Sousa, *A tramitação do processo penal*, 2.a tiragem, Coimbra, 1980, pg. 222.

⁹²João de Castro e Sousa, *A tramitação...*, pg. 223.

⁹³Anabela Rodrigues, *O inquérito...*, pg. 69.

Este preceito teve como fontes próximas os projectos de Constituição apresentados pelo PCDS e pelo PPD.

No debate parlamentar, uma proposta do PS veio vincar que a instrução ficasse a cargo de um juiz, e não apenas submetida à competência de um juiz; o que mereceu a concordância do PPD.

Antes mesmo da entrada em vigor da Constituição, o D.L. n.º 605/75, de 3 de Novembro, criou o inquérito policial.

A Lei n.º 25/81 acrescentou um parágrafo ao art. 159.º do CP.P.:

“(…)

§ 1.º *Sem prejuízo do disposto no disposto no corpo do artigo, sempre que o juiz se encontrar impossibilitado de proceder pessoalmente a todos os actos de instrução, poderá requisitar a sua realização à Polícia Judiciária, com excepção do interrogatório do arguido, especificando os actos a realizar.”*

Um ano antes, em 1980, o projecto da AD defendeu a alteração de redacção, tendo o seguinte teor:

“A prática dos actos judiciais instrutórios, bem como de todos os actos anteriores à acusação que se prendam directamente com os direitos fundamentais, é da competência do juiz de instrução.”

Após a revisão constitucional de 1982, o preceito constitucional veio a ter a seguinte redacção:

“4. Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais.”

Esta redacção não foi, até hoje, alterada pelas quatro revisões constitucionais subsequentes.

No novo CP.P., de algum modo, a instrução foi bifurcada, tentando ultrapassar um dos mais incisivos *“estrangulamentos do percurso processual penal”*.

Com o fito de contornar o rótulo de inconstitucionalidade, designou-se a fase dos artigos 262.º ss. do C.P.P. como “inquérito”⁹⁴⁻⁹⁵⁻⁹⁶.

⁹⁴Segundo Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, a subtracção da instrução, no seu sentido material de recolha e valoração da prova indiciária ao Juiz, está longe de ser “quimicamente pura” (Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, *Controlo garantístico...*, pg. 194).

Sobre este assunto, v. Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, *Controlo garantístico...*, pgs. 189 ss.

⁹⁵As opiniões dividem-se do seguinte modo:

1) Opinião da não inconstitucionalidade

No Acórdão n.º 7/87, o Tribunal Constitucional veio arguir que não existe inconstitucionalidade.

A instrução a que o art. 32.º, n.º 4, se refere, “*pode ser entendida — e nesse sentido a jurisprudência da Comissão Constitucional — como não abrangendo «todas as formas de averiguação, investigação ou corpo de delito suficiente para apresentação do feito em juízo»*” (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87, D.R., I série, n.º 33,9-2-1987, pg. 504 (6)).

O Tribunal Constitucional refere o seguinte:

“*a não obrigatoriedade da instrução explica-se à luz de um desígnio de celeridade processual, que a Constituição associa à própria presunção de inocência (artigo 32.º, n.º 2). Apenas é exigível, na perspectiva das garantias de defesa do arguido, que este possa optar pela realização de instrução e que, mesmo não havendo instrução, os actos atinentes aos seus direitos jündamentais sejam de competência exclusiva de um juiz (artigo 32.º, n.º 4 da Constituição)*”.

Já de acordo com a Jurisprudência da Comissão Constitucional, o termo “instrução” não estaria inscrito em qualquer “lei natural” ou “natureza das coisas”.

O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/90, de 31 de Janeiro, não julgou inconstitucional a norma do artigo 263.º, n.º 1, do CPP, que atribui ao M.P. a direcção do inquérito. “*A intervenção do juiz só vale no âmbito do núcleo da garantia constitucional (...), justificando-se a intervenção do juiz-garante sempre que afectado aquele núcleo, consoante o elenco de situações descritas nos artigos 268.º e 269.º*”; “*Sempre o n.º 4 do artigo 32.º funcionará como referencial condicionante do ordenamento jurídico infraconstitucional*” (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/90, de 31 de Janeiro, in *ATC*, 5.º vol., 1990, pg. 130).

“*Assim, a norma do artigo 263.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, que atribui ao Ministério Público a direcção do inquérito, não colide com o n.º 4 do artigo 32.º da Constituição: mantém-se incólume o preceito constitucional e o regime por ele moldado e, do mesmo passo, concilia-se a norma nele contida com outros valores tutelados ao mesmo nível — o direito à segurança (n.º 1 do artigo 27.º), envolvendo componentes de segurança jurídica e de certeza quanto ao exercício dos direitos, o respeito pelos direitos e liberdades dos terceiros expresso na Declaração Universal dos Direitos do Homem (n.º 2 do artigo 29.º), as exigências de ordem pública são exemplo de referentes jurídico-constitucionais a exigir a observância da adequação e da proporcionalidade*” (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/90, de 31 de Janeiro, in *ATC*, 15.º vol., 1990, pgs. 119-120).

Para além da Jurisprudência constitucional, desde os primórdios da Terceira República, também na Doutrina, Jorge de Figueiredo Dias se pronunciou pela não inconstitucionalidade.

Germano Marques da Silva considera que a atribuição constitucional a um juiz da competência para instrução se deve entender actualmente apenas como reserva de competência para os actos do processo preliminar que se prendam directamente com direitos fundamentais. “*O conceito de instrução usado na Constituição não coincide, pois, com os de acto de instrução ou fase de instrução do CPP; é mais amplo, por uma parte, enquanto abrange actos que no Código são actos de inquérito, e mais restrito, por outra, enquanto não abrange todos os actos que são qualificados de instrução pelo Código*” (Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 157).

Frederico de Lacerda da Costa Pinto reitera o argumento de que há actos que competem exclusivamente ao juiz de instrução (artigos 268.º e 269.º), limitando os casos de actos materialmente jurisdicionais do M.P.

SEGUNDA PARTE

§ 1.º

AS SOLUÇÕES E AS INFLUÊNCIAS DO DIREITO ITALIANO

4. EXCURSO. METODOLOGIA JUSCOMPARATÍSTICA

Ademais, a Constituição não delinea o conceito de “instrução”, no artigo 32.º, n.º 4 (*Curso...*, pg. 125); pelo que “*não parece exacto que «toda a instrução» signifique necessariamente a instrução preparatória e contraditória do CPP/29*” (Figueiredo Dias).

Este preceito não pode ser lido isoladamente. Referindo-se à posição de Figueiredo Dias, “*O modelo e a estrutura acusatória estão salvaguardados. No art. 219.º, n.º 1, a CRP atribui ao MP o exercício da acção penal*” (*Curso...*, pg. 126).

2) Opinião da inconstitucionalidade

Em declaração de voto ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87 (pg. 504 (16)), o Conselheiro Vital Moreira arguiu a inconstitucionalidade, tendo em conta o elemento histórico:

O “C.P.P. procede de novo a uma cisão da instrução em duas fases: uma, a que agora chama de «inquérito», que é, de novo, confiada ao MP e retirada portanto da competência judicial; outra, que detém em exclusivo o nome de «instrução» que continua confiada a um juiz”.

Com efeito, a finalidade do inquérito, plasmada no art. 262.º, n.º 1, é idêntica à da antiga “instrução preparatória” (art. 12.º do D.L. n.º 35.007).

Sob um “*nomenjuris*” diverso, tentou assim esquivar-se à inconstitucionalidade. Ora, a Constituição veio determinar a regra da jurisdicionalização total da instrução.

Em anotação ao artigo em análise, Gomes Canotilho / Vital Moreira referem:

*“Dada a fórmula enfática utilizada pela lei básica («todas as garantias de instrução»), era de supor que ela visava submeter ao juiz as duas fases em que tradicionalmente se dividia a instrução (...). Todavia não tardaram os anseios de criação de fases de inquérito «pré-instrutório» tendentes a retirar ao juiz de instrução o monopólio desta. Esse movimento culminou com o actual CPP, que restringiu o conceito de instrução no essencial à antiga instrução contraditória (...). Com isso voltou-se, de certo modo, à revelia do propósito constitucional originário, à situação pré-constitucional” (Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa. Anotada*, 3.ª edição, revista, Coimbra Ed., 1993, pg. 205).*

3) Opinião da inconstitucionalidade: oportunidade de revisibilidade do texto constitucional

O Conselheiro Monteiro Diniz refere que “*num estrito plano jurídico-constitucional, (...) os normativos*” dos artigos 263.º e 270.º, n.º 1, “*não dispõem de legitimidade constitucional, por colisão com o prescrito no artigo 32.º, n.º 4, da CRP*” (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87, in *Diário da República*, I série, n.º 33, 9-2-1987, pg. 504 (20) (= in *Jurisprudência Constitucional Escolhida*, vol. I, Jorge Miranda, Universidade Católica Editora, 1996, pgs. 641 ss.)), apontando, no entanto, a bondade das razões político-criminais que presidiram à cisão.

Jorge Noronha e Silveira refere que o texto originário da Constituição tentou introduzir uma alteração em ruptura com a situação pré-constitucional (por razões históricas, a PIDE/DGS detinha, em algumas circunstâncias, o poder de dirigir a primeira subfase).

Todavia, a prática forense demonstra que o juiz de instrução criminal não tem usualmente “vocaçãõ” para dirigir a primeira subfase de investigações. Trata-se de uma inconstitucionalidade “aceite”, mas, ainda assim, de uma inconstitucionalidade. O art. 32.º, n.º 4, da Constituição, deverá ser alterado, uma vez que a designação “inquérito” no C.P.P. não é a mais correcta, devendo ser substituída por “instrução”.

José Souto de Moura entende que “*Pouco tempo após a entrada em vigor da Constituição da República de 1976, (...) conclui-se pela completa inadequação à nossa realidade judiciária, da total judicialização da fase preparatória. (...) Tal judicialização, (...), para além da afirmação enfática de certa conjuntura histórica, revelar-se-ia uma desnecessidade, na perspectiva da garantia constitucional, dum Estado Social de Direito. (...) se o peso do argumento histórico na interpretação do art. 32.º, n.º 4, da C. da R., pode implicar que toda a investigação criminal completa a um juiz, estamos perante um preceito inexecutável, desnecessário com tal amplitude, e (...) responsável pelo completo bloqueamento da justiça penal”*

“um povo fichado sobre si, sem ligações com o mundo, não carece de Direito Comparado. Diversamente, um povo voltado para o mundo terá de fazer apelo ao conhecimento trazido pelo Direito Comparado” (Jorge Miranda) ⁹⁷.

O Direito Comparado é um meio de promover o entendimento entre nações e de desenvolver a cooperação internacional ⁹⁸.

De acordo com Phillip Rapoza, o Direito Comparado é um meio de desenvolvimento legal da história e da formulação da teoria jurídica geral, bem como meio de entendimento e de melhoria das leis de cada nação ⁹⁹.

O Direito Comparado age tendo em vista o Direito a constituir.

Como salienta Maria Lúcia Amaral, “No mundo do direito, a remissão para normas, instituições e conceitos de ordenamentos estrangeiros pode vir a revelar-se utilíssima para a compreensão e o aperfeiçoamento de normas e instituições nacionais; mas pode também saldar-se em resultados perfeitamente enganadores se não for antecedida de um trabalho prévio de «maturação» que permita preparar devidamente quem a faz” ¹⁰⁰. “Saber perguntar” é condição essencial para o “saber comparar”.

A “delicadeza do método de comparação de direitos” ¹⁰¹ constitui uma nota a salientar.

O processo comparativo decompõe-se em duas fases ¹⁰²:

- 1) Análise ou conhecimento: verificação, descrição de cada uma dos dados a comparar; fase analítica: incide separadamente sobre os objectos ¹⁰³;
- 2) Síntese: comparação entre os elementos analisados.

A macrocomparação intenta a comparação dos sistemas jurídicos na sua globalidade; pretende uma visão global dos sistemas jurídicos; visa a comparação global entre sistemas jurídicos (ou

(*Inquérito...*, pg. 109).

Acrescente-se a falta de tradição entre nós de um juiz de instrução (Jsé Souto de Moura, *Inquérito...*, pg. 107).

A própria direcção do inquérito pelo Ministério Público é, em grande parte dos casos, nominal, em virtude de poder incumbir os Órgãos de Polícia Criminal da prática de todos os actos de inquérito, desde que não reservados por lei ao juiz (Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 78). Com efeito, o Ministério Público só entra em contacto com o inquérito, quando a polícia o considerar concluído, o que conduz à “policialização” desta fase processual (Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 79 (nota)).

⁹⁶Outra questão, entrelaçada com a questão precedente, é a da conformidade em relação à Constituição da não obrigatoriedade da instrução.

A este respeito, o Tribunal Constitucional refere: “a não obrigatoriedade da instrução explica-se à luz de um desígnio de celeridade processual (...) Apenas é exigível, na perspectiva das garantias de defesa do arguido, que este possa optar pela realização de instrução e que, não havendo instrução, os actos atinentes aos seus direitos fundamentais sejam da competência exclusiva de um juiz (artigo 32.º, n.º 4, da Constituição)” (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 226/97 in *ATC*, 36.º vol., 1997, pg. 430). Noutra peça, o mesmo Tribunal considerou que a não obrigatoriedade de instrução é legitimada, constitucionalmente, por um desígnio de celeridade que surge associado ao próprio princípio de presunção de inocência do arguido (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 610/96, de 17 de Abril, in *ATC*, 33.º vol., 1996, pg. 845).

Deste modo, a instrução contribui para uma simplificação da fase preliminar.

⁹⁷Jorge Miranda, *Sobre o Direito Constitucional Comparado*, pg. 208.

⁹⁸Phillip Rapoza, *Reflections...*, pg. 587.

⁹⁹Phillip Rapoza, *Reflections...*, pg. 586.

¹⁰⁰Maria Lúcia Amaral, *Responsabilidade...*, pg. 397.

¹⁰¹Carlos Pamplona Corte-Real, *Direito da Família e das Sucessões. Relatório*, suplemento da *RFDUL*, Lex, Lisboa, 1996, pg. 286.

¹⁰²Carlos Ferreira de Almeida, *Direito Comparado...*, pg. 117.

¹⁰³Constituem directrizes os seguintes procedimentos: consultar as fontes originárias, escolher as fontes mais representativas e conhecer o direito real (Carlos Ferreira de Almeida, *Direito Comparado...*, pgs. 118-119).

ordens jurídicas); a valia científica e o interesse metodológico do seu agrupamento em famílias (ou círculos de direitos) ¹⁰⁴; escolhe determinados sistemas jurídicos a comparar.

A macrocompração “*tem por objecto o estudo de uma grande estrutura e, designadamente, as estruturas determinantes e as ordens jurídicas enquanto tais*” ¹⁰⁵; visa “*dilucidar as grandes estruturas fundamentais, bem como o perfil característico das ordens jurídicas a fim de salientar as famílias e os grandes sistemas jurídicos*” ¹⁰⁶.

Diferentemente, a **microcompração** incide sobre institutos jurídicos parcelares; “*tem por objecto o exame das partículas jurídicas elementares que formam as ordens jurídicas*” ¹⁰⁷; visa “*dilucidar uma instituição ou uma regra jurídica*” ¹⁰⁸.

“*A aquisição de conhecimentos sobre esse instituto constitui um resultado pedagógico secundário.*”

O instituto seleccionado deve ¹⁰⁹:

- ser acessível;
- apresentar semelhanças e diferenças que permitam a aplicação dos vários aspectos metodológicos de microcompração;
- permitir que a comparação revele alguns dos seus dados característicos; — relevante interesse prático.

As ordens jurídicas a considerar na microcompração estão na dependência do instituto seleccionado ¹¹⁰.

A microcompração estabelece uma aproximação funcional ¹¹¹, liberta de conceitos e de preconceitos dogmáticos.

O critério da comparabilidade é concreto, visando os institutos que resolvem “o mesmo problema da vida.

5. AS SOLUÇÕES EAS INFLUÊNCIAS DO DIREITO ITALIANO

5.1. A solução do “*progetto preliminare*” e a solução originária de Figueiredo Dias

Uma primeira solução italiana foi corporizada pelo primeiro parágrafo do art. 407.º “*Progetto Preliminare*”, de 1978, que referia:

“*Se, no curso da audiência, o facto resultar diverso do descrito na imputação ou tiver emergido um crime concorrente à norma ou uma circunstância agravante, o juiz, ainda que oficiosamente, modifica a imputação e apresenta-a ao imputado*” ¹¹².

¹⁰⁴Carlos Ferreira de Almeida, *Direito Comparado...*, pgs. 97 ss.

¹⁰⁵Jorge Miranda, *Sobre o Direito Constitucional Comparado*, pg. 206.

¹⁰⁶Jorge Miranda, *Sobre o Direito Constitucional Comparado*, pg. 207.

¹⁰⁷Jorge Miranda, *Sobre o Direito Constitucional Comparado*, pg. 206.

¹⁰⁸Jorge Miranda, *Sobre o Direito Constitucional Comparado*, pgs. 206-207.

¹⁰⁹Carlos Ferreira de Almeida, *Direito Comparado...*, pgs. 107-108.

¹¹⁰Carlos Ferreira de Almeida, *Direito Comparado...*, pg. 110.

¹¹¹Carlos Ferreira de Almeida, *Direito Comparado...*, pg. 149.

¹¹²“(Modificazione del'imputazione)”

“*Se nel corso del udienza il fatto risulta diverso da come è descritto nell'imputazione ovvero emerge un reato concorrente a norme del primo comma dell'articolo 81 del codice penale o una circostanza aggravante, il giudice, anche di ufficio, modifica l'imputazione e la contesta all'imputato presente.*

«(...)» (Giovanni Conso / Vittorio Grevi / Guido Neppi Modona (com a participação de outros Autores), *Il nuovo (Ddice di Procedura Penale, dalle legge delega del 1974 e il Progetto preliminare del 1978*, Cedam, Padova, 1989, pg. 971).

O juiz de instrução seria o “*dominus*” da chamada “*audiência preliminar*”. Nesta, poderia modificar os termos da “*imputazione*” (art. 407.º, n.º 1), dado que a instrução possuiria o cariz de um suplemento autónomo de investigação, podendo, em consequência, alterar ou substituir o objecto do processo fixado na imputação. Ao arguido era dado o conhecimento e a oportunidade de contraditar.

Influenciado por esta tradição legislativa e doutrinal, Figueiredo Dias, no seu ensino e no Anteprojecto, concebeu a solução de conferir ao juiz de instrução poderes para pronunciar por factos que constituíssem uma alteração substancial dos descritos na acusação (ou no requerimento de abertura de instrução). Era uma solução que era diversa da concebida para a fase seguinte; haveria, pois, uma dualidade de soluções, consoante o momento em que o problema fosse colocado.

As razões eram as seguintes:

- ainda se estaria numa fase anterior à fixação definitiva do objecto do processo;
- a economia processual;
- poderia comportar para o arguido situações altamente gravosas obrigá-lo a um novo processo, a uma reabertura de inquérito, a um recomeçar de novo ¹¹³.

Segundo este entendimento, antes do julgamento, estaríamos no âmbito de uma fase preparatória de investigação, no âmbito da concepção do inquérito e da instrução como subfases, numa única instância de investigação.

Nesta primeira solução, no processo pré-vigente italiano, o princípio da correlação entre acusação e decisão tinha escasso valor na fase instrutória (Giuseppe Frigo ¹¹⁴). Imperava a lógica do modelo inquisitório.

5.2. A solução final consagrada no Código italiano

Não obstante o teor da solução do “*Progetto Preliminare*”, a solução final consagrada no Código italiano ¹¹⁵ sofreu mutações: ao passo que, no “*Progetto Preliminare*”, se configurava como objecto de um poder do juiz, ainda que officiosamente, na redacção final, como refere Giuseppe Frigo, o quadro vem a mudar completamente ¹¹⁶.

No art. 4423.º, n.º 1, é preceituado que, se resultar um facto diverso, um crime conexo ou uma circunstância agravante, o Ministério Público modifica a imputação e dá a conhecer ao imputado ¹¹⁷⁻¹¹⁸.

¹¹³Cit. por Anabela Rodrigues, *A instrução...*, pg. 78; Mário Tenreiro, *Considerações...*, pg. 1040.

¹¹⁴Giuseppe Frigo, Comentário ao art. 423.º in *Commento al Nuovo Codice di Procedura Penale*, coordinato da Mario Chiavario, IV, Utet, pg. 643.

¹¹⁵Publicado em 22 de Setembro de 1988; entrou em vigor um ano depois.

¹¹⁶Luigi Marini, Comentário ao artigo 517.º in *Commento al Nuovo Codice di Procedura Penale*, coordinato da Mario Chiavario, V, Utet, pg. 459.

¹¹⁷“1. Se nel corso dell’udienza il fatto risulta diverso da come è descritto nell’imputazione ovvero *rmrthr un reato connesso a norme dell’articolo 12 comma 1 lettera b)*, o una circostanza aggravante, il pubblico ministero modifica l’imputazione e la contesta all’imputato presente. Se l’imputato non è presente, la modificazione della imputazione è comunicata al difensore dell’imputato ai fini della contestazione” (Giovanni / Vittorio Grevi / Guido Neppi Modona (com a participação de outros Autores), *Il nuovo Codice di Procedura Penale, dalle legge delega del 1974 e il Progetto preliminare del 1978*, Cedam, Padova, 1989).

A noção de circunstância agravante pertence ao Direito Penal substancial.

O n.º 2 estabelece um regime diferenciado para a ocorrência de um facto novo não enunciado: neste caso, o M.P. terá de requerer e o arguido terá de concordar com a inclusão do facto:

“2. Se risulta a carico dell’imputato un fatto nuovo non enunciato nella richiesta di rinvio a giudizio, per il quale si debba procedere di ufficio, il giudice ne autorizza la contestazione se il pubblico ministero ne la richiesta e vi è il consenso dell’imputato.”

¹¹⁸Solução idêntica vale na “*istruzione dibattimentale*”, nos termos do art. 516.º:

Se, no curso da instrução “*dibattimentale*”, o facto resultar diverso do descrito no decreto de que dispõe o juiz, o M.P. modifica a imputação.

Nestes casos, existe uma verdadeira e própria “*extensão-integração*” da acusação. Existe uma demanda do Ministério Público, acompanhada da formulação de uma imputação específica.

Analiticamente, a modificação e a integração são distintas, embora incidam sobre o conteúdo da imputação originária¹¹⁹: na primeira, o Ministério Público modifica a imputação, no caso de se tratar de um facto diverso; na segunda, o Ministério Público integra a imputação, no caso de crime concorrente, de circunstância concorrente ou de facto novo.

Deste modo, não se fere o princípio da correlação necessária entre a acusação (objecto de um poder do juiz) e a decisão jurisdicional (objecto de um poder do M.P.). Se é verdade que o juiz é chamado a se pronunciar sobre um pedido do M.P., não é menos verdade que apenas se pronuncia sobre a nova imputação específica, com duas limitações relevantes:

- em primeiro lugar, pronuncia-se a pedido, por iniciativa do M.P.;
- em segundo lugar, pronunciando-se em sentido favorável, não pode modificar os termos do pedido¹²⁰.

O juiz não faz qualquer mediação: simplesmente “*não prende o acto*”, como refere Frigo¹²¹.

O impulso configura-se como um acto do M.P., sendo conferido a este o poder-dever de modificar ou de integrar a acusação.

O Legislador de 1988 afirmou explicitamente a “*incompletezza*” do inquérito preliminar, importando a superação do princípio da tendencial imutabilidade da imputação¹²².

Na Lei de Autorização Legislativa, era prevista a competência de o M.P. proceder a actos integrativos de inquérito (n.º 49 do art. 2.º: “*atti integrativi di indagim!*”). A adopção de um sistema acusatório, mediante o princípio da obrigatoriedade da acção penal, não faz mudar a função “*accertativa*” do processo penal, mas determina a necessidade de correcções marginais do sistema acusatório (Pignatelli)¹²³.

A actividade correctiva ou integrativa da já exercitada promoção penal é feita ora no sentido **precisativo** e correctivo, ora no sentido **acrescentativo** e “adjuntivo”.

O Ministério Público pode adquirir prova. Deste modo, ou confirma definitivamente a acusação ou modifica-a/integra-a.

Este instituto de modificação e da integração da imputação, mediante a assunção de novos elementos probatórios, revela pois o novo papel assumido pelo M.P.¹²⁴⁻¹²⁵.

Sendo uma novidade radical face ao Código anterior (o “*Codice di Procedura Penale*”, de 1930 (artigos 444.º ss.)), é, no entanto, a formalização de uma tendência que já se desenhava: a Jurisprudência considerava que, nos casos de relação de especialidade, o M.P. pudesse reformular a acusação (“*accertamento*”)¹²⁶.

Havia também directrizes da lei de autorização nesse sentido. No seu n.º 52 do art. 2.º, referia-se o “*poder de o Ministério Público modificar a imputação*” (“*potere dei pubblico ministero nell’udienza preliminare di modificare l’imputazione e di procedere a nuove contestazione*”), bem

O art. 517.º estatui regime idêntico para o caso de surgimento, resultante do debate, de um crime concorrente (concurso formal heterogéneo) ou de uma circunstância agravante.

¹¹⁹Giuseppe Frigo, Comentário ao art. 423.º, pg. 641.

¹²⁰Giuseppe Frigo, Comentário ao art. 423.º, pg. 643.

¹²¹Giuseppe Frigo, Comentário ao art. 423.º, pg. 645.

¹²²Iolanda Calamandrei, *Diversità del facto...*, pg. 635.

¹²³Pignatelli, *Pubblico Ministero e Giudice nel futuro processo penale italiano* in Cadernos da RMP, 4, Fevereiro de 1990, pg. 30.

¹²⁴Luigi Marini, Comentário ao art. 516.º in *Commento...*, pg. 453.

¹²⁵“É, por isso, anormal, porque estranho à lógica dos sistema processual (...) o procedimento pelo o qual o juiz de audiência preliminar dispõe a transmissão dos actos ao M.P. (...) para reformulação da imputação, com exclusão da circunstância agravante”, no homicídio agravado com premeditação) (*Corte di Cassazione*, Sez. I, 18 de Dezembro de 1996, in *RIDPP*, 1998, fasc. 2, pg. 644).

¹²⁶Luigi Marini, Comentário ao art. 516.º, pg. 453.

como ao poder de o juiz, ouvidas as partes, emitir decreto enunciando a imputação formulada pelo M.P., indicando sumariamente as fontes de prova ¹²⁷.

5.2.1. A extensão à fase “*dibattimentale*”

Também na fase de julgamento existe este regime.

No n.º 78 do art. 2.º, da Lei de autorização legislativa, era referido o “*poder de o Ministério Público proceder à modificação da imputação e de formular nova imputação inerente aos factos objecto do juízo*” ¹²⁸, sendo ainda necessária a previsão de uma garantia adequada de defesa.

O artigo 516.º refere-se à alteração do facto descrito na acusação. No art. 517.º, prevê-se a integração da imputação quanto a episódios emergentes, executivos do mesmo desejo criminoso ¹²⁹ a revelação de um crime conexo cometido pela mesma acção ou omissão ou por outra acção ou omissão cometida em unidade de tempo e lugar ou a revelação de uma circunstância agravante ¹³⁰.

No entanto, diferem os pressupostos das duas operações, nos artigos 423.º e 516.º:

No curso da “*udienza preliminare*”, a “*modifica dell'imputazione*” segue o regime de uma aquisição probatória, efectuada após a requisição de reenvio a reapreciação; no curso da “*istruzione dibattimentale*”, segue a ampla elaboração de prova consentida pelas regras de reapreciação.

5.2.2. Influências na doutrina portuguesa e em zonas de influência jurídica portuguesa

5.2.2.1. Influência da solução inicial italiana e do Anteprojecto de Figueiredo Dias

O Código de Processo Penal de Macau, de 1996, influenciado por Figueiredo Dias, permite ao J.I.C. alargar o objecto do processo incluindo alterações substanciais dos factos acusados; excepto no caso de “*se revelar conveniente a sua investigação em processo autónomo*”; ou seja, apenas se remete os factos para novo processo se se revelar conveniente a sua investigação em processo autónomo.

O art. 285.º do Código mencionado, sob epígrafe “*Alteração dos factos descritos na acusação ou no requerimento de abertura de instrução*”, preceitua, no n.º 3, o seguinte:

“Se os factos referidos no n.º 1 representarem uma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou no requerimento para abertura da instrução e se se revelar conveniente a sua investigação em processo autónomo, o juiz de instrução comunica-os ao Ministério Público, valendo tal comunicação como denúncia para efeitos de procedimento criminal quanto a eles.”

Uma alteração substancial de facto não autonomizável nunca será um facto em relação ao qual se revele conveniente a sua investigação em processo autónomo, segundo a opinião de Teresa Pizarro Beleza.

¹²⁷“*Potere dei giudice di pronunciare, sentite le parte comparse. decreto che dispone il giudizio, enunciando l'imputazione formulata del pubblico ministero e sommariamente indicando le fonti di prova*”.

¹²⁸“*Potere dei pubblico ministero nel dibattimento di procedere alta imputazione e di formulare nuove contestazione inerenti ai fatti oggetto del giudizio; previsione di adeguate garanzie per la difesa*”.

¹²⁹Calamandrei, *Diversità...*, pg. 650.

¹³⁰Nos artigos seguintes, é preceituado o seguinte:

“518.º *Fatto nuovo risultante dal dibattimento*

1. *Fuori dei casi previsti dall'articolo 517, il pubblico ministero procede nelle forme ordinaria se nel corso dei dibattimento risulta acarico dell'imputato un fatto nuovo non enunciato nel decreto che dispone il giudizio e per il quale si debba proceder di ufficio.*”

“519.º *Diritti delle parti*

1. *Nei casi previsti dagli articoli 516, 517 e 518 comma 2, salvo che la contestazione abbia per oggetto la recidiva, il presidente informa l'imputato de può chiedere in termine per la difesa.*”

Deste modo, o J.I.C. de Macau não está sujeito à mesma rigidez de delimitação facticoprocessual do que o seu homónimo na República Portuguesa ¹³¹, que não pode considerar esses factos.

No entanto, segundo Teresa Pizarro Beleza, a solução do Código de Macau, de permitir a reformulação, é preferível, embora condicionada ou limitada a factos que sejam uma alteração dos que já constem do processo, isto é, a factos que ainda possam ser descritos como uma variação dos anteriores ¹³². De acordo com o pensamento desta Professora, factos totalmente novos, distintos dos acusados, não podem ser incluídos pelo J.I.C. no processo, sob pena de ser subvertida a distribuição de funções no processo penal: ao M.P. a de acusar, ao J.I.C. a de pronunciar (*supra*) ¹³³. O art. 339.º do C.P.P. de Macau utiliza uma expressão mais completa ¹³⁴ (“*factos com relevo para a decisão da causa mas não descritos na pronúncia*”) do que o 285.º, n.º 1, do C.P.P. de Macau (“*factos não descritos na acusação do Ministério Público*”).

Diversamente, o regime da incorporação não existe no julgamento (art. 340.º).

5.2.2.2. Influência da solução final italiana

Marques Ferreira, influenciado pelas ideias explanadas, defende que, “*de jure condendo*”, deveria haver a criação de um despacho reconformador da acusação, por iniciativa do M.P., precedido de uma investigação sumária dos factos novos. Esta solução é idêntica à do C.P.P. italiano (artigos 423.º e 516.º) ¹³⁵.

O art. 249.º do C.P.P. da Guiné-Bissau, influenciado pelo pensamento de Marques Ferreira, dispõe o seguinte:

“Se no decurso da produção de prova, surgirem factos que não constem da acusação e com interesse para a decisão da causa, o tribunal, oficiosamente ou a requerimento:

- a) *Comunica-os ao defensor do suspeito e concede-lhe prazo para a preparação da defesa, prosseguindo o julgamento, sempre que os factos novos constituírem circunstâncias agravantes de carácter geral, estiverem numa relação de concurso normativo ou de crime continuado com os da acusação e não promovam agravação do limite máximo da sanção aplicável;*
- b) *Comunica-os ao M.P. presente na audiência que, efectuando ou não investigação sumária, se os considerar suficientemente indiciados, proferirá despacho reconformador da acusação, sempre que tais factos constituam circunstâncias agravantes modificativas, estiverem numa relação de concurso normativo ou de crime continuado com os da acusação mas importarem um aumento dos limites máximos da sanção aplicável ou nos casos de concurso efectivo ideal;*
- c) *Se, após a comunicação, o MP concluir pela inexistência de indícios suficientes dos novos factos, requererá a continuação do julgamento ficando precludido o conhecimento daqueles factos;*
- d) *Nos demais casos, a comunicação do tribunal ao M.P. vale para que proceda autonomamente pelos novos factos.”* ¹³⁶

5.2.3. Vantagens

Quais são as vantagens da solução?

¹³¹Teresa Pizarro Beleza, *As Variações...*, pgs. 38-39.

¹³²Teresa Pizarro Beleza, *As Variações...*, pg. 46.

¹³³Teresa Pizarro Beleza, *As Variações...*, pgs. 46-47.

¹³⁴Teresa Pizarro Beleza, *As Variações...*, pg. 47.

¹³⁵Marques Ferreira, *Da alteração...*, pgs. 236-237.

¹³⁶Cit. por António Leões Dantas, *A definição...*, pg. 107 (nota).

Desde logo, a vantagem mais evidente é a de assegurar o princípio da economia processual. Este princípio foi colocado em primeiro lugar, na Lei de autorização legislativa, n.º 81, de 16 de Fevereiro de 1987; é a primeira indicação do Parlamento italiano que consta, no n.º 2 do art. 2.º: “*massima semplificazione dell svolgimento del processo con eliminazione di ogni atto e attività non essenziale*”.

Frigo defende que é uma exigência de evitar uma excessiva, antecipada e definitiva cristalização da acusação antes que se atinja o epílogo desta fase¹³⁷. Com efeito, assim se ladeia a definitividade e evita a duplicação.

Luigi Marini (referindo-se à solução do art. 516.º do C.P.P. italiano) defende que não significa que se tenha abandonado o princípio da definição da matéria do processo¹³⁸.

Trata-se de uma aquisição probatória, por exemplo, da circunstância não contemplada na acusação, no âmbito da reavaliação do facto, exigida pelos princípios da concentração e da imediação. De outro modo, correr-se-ia o risco de tornar a gestão processual ingovernável¹³⁹⁻¹⁴⁰. Existe, ao invés, uma unidade de procedimento.

Por outro lado, se não fosse esta a solução adoptada, o respeito do princípio “*ne bis in Idem*” levaria a que, sendo o facto não cindível e continuando o processo, a circunstância não contemplada não poderia ser reapreciada autonomamente.

6. DIREITO PORTUGUÊS

6.1. Trabalhos preparatórios do C.P.P. a solução consagrada no artigo 303.º, n.º 3

A proposta do Anteprojecto do Professor Figueiredo Dias veio a ser rejeitada em sede de Comissão Revisora, na altura da elaboração do Código, no art. 303.º, n.º 3, alteração de última hora, “*em doutrina diferente da que resultava dos números anteriores e que parcialmente a limita*”¹⁴¹, com a seguinte fundamentação:

Seria vantajosa e eficiente do ponto de vista pragmático, mas feriria o princípio do acusatório. Seria excessiva a inexistência de qualquer vinculação temática em relação ao juiz de instrução, por a sua intervenção ser apenas possível a requerimento das partes (assistente e arguido). Seria preferível abrir novo inquérito, a fim de proceder contra possíveis crimes diversos, do que aproveitar o inquérito já efectuado. Deste modo se possibilitaria uma melhor fundamentação da acusação.

Figueiredo Dias, Presidente da Comissão Revisora, confirma que o art. 303.º, n.º 3, foi alteração de última hora, introduzida em doutrina diferente da que resulta dos números anteriores.

6.2. Balanço desta solução

A solução consagrada criou assimetrias: ao lermos o n.º 3 do art. 303.º, notamos alguma dissintonia com os números anteriores.

José Souto de Moura considera que houve uma vinculação excessiva do juiz aos factos de acusação e que a estrutura acusatória do processo penal importa, sobretudo, a diferenciação entre o órgão que dá a acusação e o órgão que a vai julgar; pelo que nada impediria que os factos novos resultantes da actividade desenvolvida na fase instrutória pudessem ser livremente considerados¹⁴²; sempre a pronúncia por factos que representem alteração substancial deixaria intocado o princípio do acusatório. Diferentemente, Germano Marques da Silva considera que a solução consagrada é a

¹³⁷Giuseppc Frigo, Comentário ao art. 423.”in *Commento al Nuovo Codice di Procedura Penale*, coordinato da Mario Chiavario, IV, Utet, pg. 640, 646.

¹³⁸Luigi Marini, Comentário ao art. 516.º, pg. 453.

¹³⁹Luigi Marini, Comentário ao art. 516.º, pg. 453.

¹⁴⁰A imputação modificada ou integrada é levada ao destinatário.

¹⁴¹Figueiredo Dias, *Sobre os sujeitos...*, pg. 17.

¹⁴²José Souto de Moura, *Inquérito...*, pg. 135.

que melhor realiza a estrutura acusatória, pois “o juiz não determina nem directa nem indirectamente o conteúdo da nova acusação”, atendendo à finalidade da instrução ¹⁴³.

Figueiredo Dias, mesmo após ter cedido, reconhece que a solução que defendera era “vantajosa e eficiente do ponto de vista pragmático e economicista” ¹⁴⁴. No entanto, feriria o princípio do acusatório.

6.3. Opinião

Concordamos em parte com a última observação, se referida à solução inicial do Anteprojecto de Figueiredo Dias, uma vez que o princípio da acusação postula, também, que a jurisdição não pode alargar o seu poder cognitivo a factos substancialmente distintos daqueles que são objecto da acusação.

Não obstante, a solução que Marques Ferreira propugna, se é algo próxima da ideia originária de Figueiredo Dias, não se confunde com ela, nem belisca o princípio do acusatório, dado que a iniciativa e a investigação sumária dos factos pertencem ao M.P.

Neste sentido, continua válido o princípio da acusação, que implica a vinculação temática do tribunal à conformação do caso submetido à sua apreciação pela entidade que a solicita ¹⁴⁵. Os poderes cognitivos do tribunal continuam a não poder ser alargados oficiosamente ao conhecimento dos factos novos: continuam a ser delimitados a partir da acusação, neste caso, refundida (ou do requerimento de abertura de instrução).

Não está em causa limitar o juiz pelas acusações anteriores e pelo requerimento de abertura de instrução, não podendo “*per si*” alterar substancialmente os factos.

Por outro lado, melhor se respeita o mesmo, dado que, embora o processo penal tenha uma estrutura basicamente acusatória, não é um processo acusatório puro, mas complementado pelo princípio de investigação oficial a cargo do juiz ¹⁴⁶.

Em suma, a segunda solução deixa intocada estrutura acusatória do processo (art. 32.º, n.º 5, 1.ª parte, da Constituição): o juiz não pode prosseguir funções de investigação e acusação, cabendo-lhe julgar dentro dos limites fixados em acusação deduzida por outro órgão).

O juiz não profere o despacho “*sponte sua*”, mas mediante a iniciativa de nova acusação por parte do M.P.

Esta acusação redelimita o objecto do processo.

6.3.1. Que dizer quanto à conveniência das soluções afluídas? Quanto à solução de abrir obrigatoriamente inquérito, poder-se-á salientar que pode ter consequências indesejáveis, sobretudo quando se trate de factos não autonomizáveis.

Com arrimo ao novo elemento introduzido, utilizamos um raciocínio de **abdução**, raciocínio que permite uma terceira forma de concluir, para além das operações clássicas da dedução e da indução: em vez de se progredir estritamente na base de elementos disponíveis, introduz-se uma ideia nova (Arthur Kaufmann) ¹⁴⁷ (deste modo, descobre-se o relevo da capacidade constituinte da natureza cognitivo-volitiva da decisão jurídica, implicando sempre algo de novo ¹⁴⁸).

Concordamos, por isso, com a solução constante do Código de Processo Penal italiano, com três limitações:

- i) a limitação de a alteração substancial dos factos ocorrer na instrução (limite cronológico de reequacionamento e de reelaboração do objecto do processo);
- ii) a limitação de os factos agregados não serem cindíveis;

¹⁴³ Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 154.

¹⁴⁴ *Sobre os sujeitos...*, pg. 17.

¹⁴⁵ Neste sentido, António Leões Dantas, *A definição...*, pg. 95.

¹⁴⁶ O juiz cria as bases à sua decisão.

¹⁴⁷ Arthur Kaufmann, utilizando os estudos de Pierce (*apud* A. Menezes Cordeiro, *Introdução à edição portuguesa* da obra de Claus-Wilhelm Canaris, pg. CVII (nota)).

¹⁴⁸ A. Menezes Cordeiro, *Introdução...*, pg. CVII.

- iii)* a limitação de não se ferir o princípio do acusatório, isto é, de o juiz não poder solicitar a integração ou reenviar para o Ministério Público — não pode haver procedimento por parte do juiz, se os factos descritos na acusação não coincidirem com os factos entretanto revelados.

§ 2.º

7. A FALIBILIDADE DO ARGUMENTO DA DIVERSA “FILOSOFIA” DA INSTRUÇÃO

É correntemente salientado que a instrução tem como finalidade, como a própria lei indica, a comprovação da acusação em ordem à decisão sobre se a causa deve ou não ser submetida a julgamento ¹⁴⁹.

Dir-se-ia: o filtro da instrução seria meramente negativo, ou seja, a instrução apenas visaria o controlo sobre o arguido “inocente”, evitando que este fosse a julgamento. Valorizando o interesse pela tutela da dignidade da pessoa humana, o legislador português estabeleceu, em dose reforçada (dupla), o controlo da submissão da acusação a julgamento ¹⁵⁰. A instrução é, também, um regime de controlo externo ¹⁵¹. Na perspectiva das garantias de defesa e no plano infraconstitucional, a abertura de instrução corresponde ao exercício de uma faculdade, tendente a obter uma averiguação jurisdicional sobre a existência de indícios suficientes para promover o julgamento ¹⁵²⁻¹⁵³.

Concordamos que a “*actividade processual desenvolvida na acusação é (...) materialmente judicial e não materialmente policial ou de averiguações*” (Germano Marques da Silva ¹⁵⁴⁻¹⁵⁵).

Mas à função — indispensável — de filtro negativo da instrução, junta-se uma função de filtro positivo de aperfeiçoamento da acusação, agregadora de factos, posto que, porventura com maiores dificuldades, a acusação não terá outra ocasião de ser “aperfeiçoada”.

Em primeiro lugar, adquirindo a natureza jurídica de direito das pessoas e sendo uma das garantias do processo penal, a instrução corresponde a uma faculdade não só do arguido, mas também do assistente, não resignados com a decisão do M.P. de acusar ou abster-se da acusação ¹⁵⁶. A fase de instrução é uma fase de controlo, mas supõe um requerimento motivado, em ordem a substituir uma decisão do MP ¹⁵⁷.

Em segundo lugar, a instrução não deixa de ser uma fase processual do processo preliminar.

O argumento de considerar que a filosofia da instrução é a de uma mera instância de controlo, não exaustiva, com isso implicando necessariamente a preclusão de o M.P. poder reformular a acusação, é contornável, dada a necessidade investigatória que preside a esta subfase do processo.

¹⁴⁹“*Todos os actos de instrução são subordinados à comprovação da acusação*” (Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 131); “*A instrução não tem por finalidade directa a fiscalização ou complementada actividade de investigação e recolha de prova realizada*” (Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 149; cfr. também pg. 1(7)).

¹⁵⁰Nicolás Rodríguez / Fernando Andrade Fernandes, *Orientações...*, pg. 442.

¹⁵¹O Código estabeleceu um regime de controlos internos — através da intervenção hierárquica — e um regime de controlos externos, através da instrução José Mouraz Lopes, *Garantia Judiciária no Processo Penal*, pg. (5).

¹⁵²Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 610/96, de 17 de Abril, in *ATC*, 33.º vol., 1996, pg. 845.

¹⁵³“*O direito (potestativo) de o arguido requerer a abertura de instrução pressupõe (...) um interesse juridicamente relevante na não realização do julgamento. Para além do efeito sociológico estigmatizante da audiência, que a proclamação da presunção de inocência não ilide, a continuação do processo implica a possibilidade de aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial, que envolvem, pela sua natureza, restrições ou privações de direitos fundamentais do arguido*” (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 226/97, sendo Relatora a Conselheira Maria Fernanda Palma, in *ATC*, 36.º vol., 1997, pgs. 434-435).

A necessidade de tutelar o interesse em não se ser submetido a julgamento resulta, desde logo, da persistência das medidas de coacção durante a fase do julgamento (artigo 214.º, n.º 1, do CPP) (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 610/96, de 17 de Abril, in *ATC*, 33.º vol., 1996, pg. 845).

¹⁵⁴Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 131.

¹⁵⁵A instrução tem por objectivo a realização de um controlo judicial sobre a opção feita pelo M.P., no final do inquérito, assumindo dessa forma o papel relevante de “filtro” atribuído à fase preparatória do processo penal (Nicolás Rodríguez / Fernando Andrade Fernandes, *Orientações...*, pg. 437).

¹⁵⁶Nicolás Rodríguez / Fernando Andrade Fernandes, *Orientações...*, pg. 437.

¹⁵⁷José Damião da Cunha, *A Participação dos particulares...*, pg. 641.

Com efeito, se se considerar que existe a sindicância da decisão de acusação do M.P., é concebível e faz sentido que se confira a possibilidade de reformular, desde logo, a acusação.

Também em Itália a “*udienza preliminare*”¹⁵⁸, fase processual idêntica à nossa instrução, reveste um carácter de “*sfolemento*” e de controlo sobre os fundamentos da acusação¹⁵⁹, o que não é impeditivo da reformulação do objecto do processo.

No Direito italiano, reveste-se de uma grande importância o estabelecimento de uma etapa intermédia entre a fase de investigações preliminares e o julgamento do processo, a “*udienza preliminare*”, uma verdadeira fase processual autónoma, idealizada para desempenhar um relevo central¹⁶⁰, sendo o “*emblema do novo processo*”¹⁶¹.

7.1. A potencialidade de enriquecimento do objecto do processo

Dir-se-á: na fase de instrução, é traçado a vermelho o círculo dentro do qual se pode movimentar a investigação, mas cujo limite é a alteração substancial dos factos¹⁶², o que tornaria desde logo operante a vinculação temática e tornaria rígido o objecto do processo.

Este raciocínio é correcto, uma vez que o princípio da vinculação temática se torna “*particularmente operativo*” com a dedução de acusação e/ou do requerimento de abertura de instrução¹⁶³. Uma das implicações do princípio da acusação é a vinculação temática do tribunal à sua apreciação pela entidade que a solicita. Por outro lado, os poderes cognitivos do juiz na instrução são delimitados a partir da acusação e do requerimento de abertura de instrução.

7.2. Argumentos

¹⁵⁸Assim como na fase de instrução do CPP português, o objecto da “*udienza preliminare*” no CPP italiano é a decisão sobre o «*proscioglimento*» do processo: se a acusação tem fundamento, culminará com uma sentença de «*rinvio a giudizio*» (abertura da fase de julgamento); no caso contrário o processo será arquivado em consequência de uma «*sentenza di non luogo procedere*» (Nicolás Rodríguez / Fernando Andrade Fernandes, *Orientações...*, pg. 439).

A medida a ser tomada será decidida levando-se até às últimas consequências o princípio do contraditório: uma vez identificadas as partes se declarará aberto o debate, no qual o M.P. exporá brevemente os resultados das investigações preliminares e as fontes de prova que justificam o pedido de abertura da fase de julgamento; posteriormente haverá a manifestação dos defensores do arguido, do responsável civil, da pessoa civilmente obrigada pela pena pecuniária e do arguido, o qual exporá a sua defesa. Quando o juiz considerar que pode decidir «no estado do processo», declarará encerrada a discussão (caso contrário poderá pedir a celebração de informações sumárias) e decidirá se deve ter lugar uma sentença de arquivo ou decreto de envio a julgamento (Nicolás Rodríguez / Fernando Andrade Fernandes, *Orientações...*, pg. 439).

Uma das particularidades desta etapa do processo reside no facto de que ocorre uma especial dialéctica entre as partes: enquanto o MP está obrigado a submeter à audiência preliminar o seu intento de levar o processo a julgamento, ao arguido se dá a possibilidade de renunciar à sua realização (art. 419.º, n.º 5), solicitando a celebração do juízo imediato (Nicolás Rodríguez / Fernando Andrade Fernandes, *Orientações...*, pg. 439).

A “*udienza preliminare*” tende a cumprir uma dupla finalidade:

Em primeiro lugar, serve de garantia ao arguido, já que permite um controlo jurisdicional sobre o fundamento da acusação formulada pelo M.P.

Enquanto no “*Progetto Preliminare*” a função da “*udienza preliminare*” era apenas a de separação entre a fase das investigações preliminares e o julgamento, a “*Legge-delega*” de 1987 concede-lhe um papel muito mais importante, posto que o juiz, uma vez formulada a acusação pelo M.P. e solicitado contraditório entre as partes, examinará esta solicitação em um procedimento contraditório entre as partes e decidirá se deve decretar o julgamento ou uma sentença de arquivo (Nicolás Rodríguez / Fernando Andrade Fernandes, *Orientações...*, pg. 440).

¹⁵⁹Silvia Buzzeli, *Il contributo dell'imputato alla Ricostruzione del facto* in RIDPP, 1990, números 3-4, pg.909.

¹⁶⁰Nicolás Rodríguez / Fernando Andrade Fernandes, *Orientações...*, pg. 438.

¹⁶¹Ennio Amodio *apud* Nicolás Rodríguez / Fernando Andrade Fernandes, *Orientações...*, pg. 438.

¹⁶²Frederico Isasca, *Alteração Substancial...*

¹⁶³Frederico Isasca, *Alteração Substancial...*, pg. 175.

Importa, no entanto, formular quatro considerações:

- i) Em primeiro lugar, a função de a instrução poder servir, “*ab initio*”, através do requerimento de abertura pelo assistente, para reformular o objecto do processo ou mesmo de o definir, caso tenha existido arquivamento por parte do Ministério Público.
- ii) Em segundo lugar, a possibilidade de o arguido alegar factos que importem alteração substancial dos mesmos.
- iii) Em terceiro lugar, a finalidade investigatória, que preside a esta fase, tem todas as condições para poder revelar uma alteração substancial dos factos; a instrução terá, assim, necessariamente de desembocar num resultado juridicamente válido, conclusão reforçada pela similitude existente entre os fins do inquérito e os fins da instrução.
- iv) Em quarto lugar, o despacho que finda a instrução reveste algumas especificidades, conformado pelos princípios da investigação e da vinculação temática.

7.2.1. Possibilidades de reformulação ou de definição do objecto do processo

Quanto à primeira consideração, como refere Frederico de Lacerda da Costa Pinto ¹⁶⁴, uma das funções da instrução pode ser a reformulação do objecto do processo, por meio do requerimento de abertura de instrução do assistente acusação em sentido material (nos termos literais da al. *b*) do n.º 1 do art. 287.º ¹⁶⁵). Deste modo, este mecanismo escapa ao monopólio da acusação, nos crimes públicos e semi-públicos, *i.e.*, ao exclusivo critério do Ministério Público ¹⁶⁶.

Pode suceder por duas vias, como se expõe de seguida.

7.2.1.1. Havendo acusação do Ministério Público, **se o assistente discordar**, pretendendo acusar por factos que impliquem alteração substancial (em geral, factos que, digamos, constituam um “mais” em relação aos factos acusados pelo MP), pode fazê-lo (art. 283.º), requerendo a abertura de instrução ¹⁶⁷. Pretendendo o assistente — quanto aos factos objecto de divergência — efectivar o “controlo da omissão persecutória”, não o poderá fazer acusando nos termos do art. 284.º, n.º 1, mas requerendo a abertura de instrução, nos termos do art. 287.º, n.º 1 ¹⁶⁸ (já não o poderá fazer se apenas divergir do Ministério Público quando pretenda adirar, suprimir ou substituir factos, se não provocar uma alteração substancial, e quanto à alteração da qualificação jurídica, casos em que deverá acusar, nos termos do art. 284.º, n.º 1).

Como refere FREDERICO ISASCA, os factos que fundamentam a abertura de instrução, por não terem sido deduzidos pelo M.P. na acusação (art. 287.º, n.º 1, al. *b*), só poderão ser aqueles que impliquem uma alteração substancial ¹⁶⁹.

O requerimento do assistente constitui “*substancialmente uma acusação alternativa*”, definindo e limitando o objecto do processo, devendo descrever todos os factos que fundamentam a eventual aplicação da pena (Acórdão da Relação de Lisboa, de 20 de Maio de 1997 ¹⁷⁰). Com efeito, este tipo de requerimento visa modificar os factos descritos na acusação e que irão ser debatidos no processo ¹⁷¹.

A lei criou, pois, um **acto equivalente à acusação**, e que reconheceu esse valor, para invocação de factos em relação aos quais o Ministério Público não deduziu acusação ¹⁷².

¹⁶⁴Curso..., pgs. 145-146, 148.

¹⁶⁵Cfr. ainda art. 284.º, n.º 1, “*in fine*”, que veda a acusação ao assistente, se importar alteração substancial dos factos.

¹⁶⁶Frederico Isasca, *Alteração Substancial...*, pg. 169.

¹⁶⁷Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 139.

¹⁶⁸Odete Maria de Oliveira, *Problemática...*, pg. 97.

¹⁶⁹Frederico Isasca, *Alteração Substancial...*, pg. 168.

¹⁷⁰*Apud* Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 135 (nota).

¹⁷¹Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *Curso...*, pg. 146.

¹⁷²Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *Curso...*, pg. 221.

Se o requerimento do assistente para abertura de instrução indicar uma alteração substancial de factos, a iniciativa do assistente apenas poderá ser coroada de êxito se, com o regime actual do art. 303.º, n.º 3, o M.P. abrir inquérito por “fundada suspeita” da verificação de alteração substancial. Mais: o processo, que decorre na subfase de instrução, terá necessariamente de regressar a inquérito, quando já a pretensão do assistente de sindicância da acusação do M.P. contém a resposta. Por ambas as razões, o actual regime carece de logicidade.

7.2.1.2. Por outro lado, pode existir **arquivamento** por parte do Ministério Público e, por esta razão, não haver acusação formal. Nestes casos, o assistente poderá discordar da decisão, mas não pode reagir ordenando que o Ministério Público acuse; deverá então elaborar o requerimento de abertura de instrução, que o configura uma **acusação implícita**.

Após o despacho de arquivamento pelo MP, requerendo a abertura de instrução, o assistente deixa de ser colaborador e subordinado da actividade do MP, com ele entra em conflito e, por isso, visa superar uma decisão que lhe é desfavorável ¹⁷³.

Note-se que não é uma acusação formal, pois, quanto ao assistente, a acusação não pode existir não subordinada ao Ministério Público ¹⁷⁴.

Neste caso de abstenção, o requerimento “*consustancia uma acusação que, nos mesmos termos que a acusação formal, condiciona e limita a actividade de investigação do juiz e a decisão instrutória*” ¹⁷⁵; assim, “*define e limita o (...) objecto do processo, a partir da sua formulação, constituindo substancialmente uma acusação alternativa. Assim, (...) deverá dele constar descrição dos factos que fundamentam a eventual aplicação de uma pena ao arguido e a indicação das disposições legais incriminatórias*” (Acórdão da Relação de Lisboa, de 20 de Maio de 1997 ¹⁷⁶). Deste modo, deve descrever todos os factos concretos susceptíveis de integrar o crime imputado ao arguido. O requerimento de abertura de instrução, assim configurado, “*equivale a acusação*” (Acórdão da Relação de Lisboa, de 9 de Fevereiro de 2000 ¹⁷⁷). (O Acórdão da Relação de Lisboa, de 17 de Março de 1998 ¹⁷⁸, considerou que o art. 309.º, n.º 1, abarca apenas os casos em que o Ministério Público se abstém de acusar, sendo então o requerimento de abertura de instrução equivalente a acusação).

7.2.1.3. Quadro de possibilidades, findo o inquérito

Findo o inquérito, existem várias possibilidades, como se demonstra no quadro seguinte de hipóteses e de sub-hipóteses.

CRIMES PÚBLICOS E SEMI-PÚBLICOS

INQUÉRITO

1) Acusação do Ministério Público (acusação formal) (art. 283.º, n.º 1);
notificação ao assistente (art. 277.º, n.º 3, “*ex vi*” art. 283.º, n.º 5)
(não pode acusar por a.s.f.;
se o fizer, será recusada pelo juiz de julgamento ¹⁷⁹)

a) Acusação do M.P.;
o assistente adere à acusação, na totalidade, remetendo para esta (maior adesão à acusação do MP)

¹⁷³José Damião da Cunha, *A participação dos particulares...*, pg. 639. Diversamente, na fase de inquérito, ao assistente estão cometidos poderes de colaboração; a intervenção do assistente pretende ser conformadora da decisão do MP (José Damião da Cunha, *A participação dos particulares...*, pg. 639).

¹⁷⁴Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *Curso...*, pg. 143.

¹⁷⁵Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 130.

¹⁷⁶Cit. por Tolda Pinto, *A Tramitação...*, pg. 741.

¹⁷⁷Cit. por Tolda Pinto, *A Tramitação...*, pg. 741.

¹⁷⁸Cit. por Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 150.

¹⁷⁹Teresa Pizarro Beleza, *Apontamentos...*, III, pg. 100.

b) Acusação do M.P.;

b1) o assistente acusa por uma parte dos factos em que se baseou a acusação pública e por outra implicando a.n.s.r.^{180_181}

b2) o assistente acusa por factos diferentes, que não impliquem a.s.f.^{182_183}

b3) o assistente acusa por uma parte dos factos da acusação do M.P.

b4) O M.P. acusa quanto a uma parte dos factos e abstém-se em relação a outra parte

INSTRUÇÃO

a.s.f.

requerimento de abertura de instrução pelo assistente (acusação implícita)

Não deve requerer, a abertura de instrução¹⁸⁴.

Não deve requerer a abertura de instrução¹⁸⁵.

Não deve requerer a abertura de instrução

O assistente acompanhará o M.P. na parte que é objecto de acusação (acusando também) e, simultaneamente, requerer a abertura da instrução quanto aos factos em relação aos quais o M.P. se absteve¹⁸⁶ (caso em que acusação e requerimento de abertura de instrução podem ser realizados cumulativamente).

BASE LEGAL

287.º, n.º 1, al. b)

284.º, n.º 1, 1.ª parte

284.º, n.º 1, 2.ª parte

284.º, n.º 1, “*in fine*”

¹⁸⁰“Se a acusação se traduzir em alteração não substancial, não se verifica qualquer violação, já que é permitida por lei, ficando vedado ao tribunal dele tomar conhecimento no desenrolar do processo, apenas quando se traduz em alteração substancial” (Acórdão do S.T.J., de 13 de Novembro de 1991 (fonte: dgsi (site da Internet))).

¹⁸¹Como refere Frederico Isasca, “*Pretender defender o contrário é, não só contrariar a razão de ser da instrução e o inovador e aplaudível carácter facultativo com que o legislador a gizou, como contariar, ainda, os princípios de economia e celeridade (...). Ao que acresce o risco (...) de prejudicar o próprio arguido, nomeadamente nos casos em que se encontre preventivamente preso, visto que com a abertura da instrução se alargam aqueles prazos*” (Frederico Isasca, *Alteração Substancial...*, pgs. 162-163 (nota)).

Por outro lado, não se vê que vantagem o assistente teria em submeter a uma comprovação judicial (correndo o risco de um eventual despacho de não pronúncia que seriamente comprometeria as suas pretensões) um conjunto de factos novos pelos quais pode logo deduzir acusação (Frederico Isasca, *Alteração Substancial...*, pg. 163 (nota)).

¹⁸²Fazenda Martins, *O assistente...*, pg. 140.

¹⁸³Em b1) e em b2), nos casos em que se não verifique qualquer conflito de interesses entre MP e assistente, este pode deduzir então uma acusação particular subordinada, ou seja, dentro dos limites fixados pela acusação do MP (José Damião da Cunha, *A Participação dos particulares...*, pgs. 643-644). Dentro desses limites, o assistente detém uma certa liberdade para conformar a sua acusação, nos termos do art. 284.º

Os meios de prova a apresentar pelo assistente podem ser diferentes dos deduzidos pelo MP (José Damião da Cunha, *A Participação dos particulares...*, pg. 644).

¹⁸⁴V. notas anteriores.

¹⁸⁵Fazenda Martins, *O assistente...*, pg. 140.

¹⁸⁶Simas Santos / Leal-Henriques (*Código de Processo Penal. Anotado*, pg. 159).

284.º, n.º 1, “*in fine*” 284.º, n.º 1, “*in fine*”, 287.º, n.º 1, al. b)

OBJECTO

Reformulação do objecto do processo

Objecto do processo inalterado

a.n.s.f.

INQUÉRITO	INSTRUÇÃO	BASE LEGAL	OBJECTO
<p>c) Acusação do Ministério Público</p> <p>c1) Discordância do assistente quanto à qualificação jurídica — acusação particular alternativa, acusação nova por factos apontados pelo M.P. (<i>supra</i>)</p>	<p>Não pode requerer a abertura de instrução</p>	<p>284.º, n.º 1, 1.ª parte)</p>	<p>Objecto do processo inalterado</p>
<p>Acusação do Ministério Público</p> <p>c2) Discordância do arguido unicamente quanto à qualificação jurídica</p>	<p>Caso discutido: F. Isasca e F.L. Costa Pinto: sim; C. Santana: Sim, em certos casos; J.S. Moura, J.N. Silveira: não</p>	<p>287.º, n.º 1, al. a), n.º 2 e3</p>	<p>Objecto do processo inalterado</p>
<p>2) Despacho de arquivamento do M.P. (art. 277.º, n.º 3). (desjudiciarização simples)</p> <p>a1) 277.º, n.º I (arquivamento em sentido estrito);</p> <p>a2) Sub-hipótese: os factos não podem ser qualificados como crime ¹⁸⁷</p> <p>a3) 277.º, n.º 2 (arquivamento por falta de prova: não se reuniu prova)</p>	<p>Requerimento de abertura de instrução pelo assistente (acusação em sentido material); ou, caso seja denunciante, requerimento simultâneo de constituição como assistente e de abertura de instrução.</p> <p>No caso do art. 277.º, n.º 1, é possível o assistente debater a qualificação jurídica ¹⁸⁸</p>	<p>287.º, n.º 1, al. b)</p>	<p>Redefinição do objecto do processo</p>
<p>Arquivamento pelo M.P.</p> <p>a4) Outro modo de reacção do assistente: controlo hierárquico ¹⁸⁹</p>		<p>278.º</p>	
<p>Arquivamento pelo M.P.</p>		<p>279.º</p>	

¹⁸⁷Fazenda Martins, *O assistente...*, pg. 139.

¹⁸⁸Fazenda Martins, *O assistente...*, pg. 140.

¹⁸⁹O prazo é de 30 dias. O superior hierárquico pode mandar prosseguir as investigações ou dar indicação para acusar (Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *Curso...*, pg. 142).

a5) Outro modo de reacção do assistente: reabertura de inquérito (factos novos)			
a6) Arquivamento (desjudiciarização simples)	-	277.º	Não fixa o objecto do processo
a7) Arquivamento com dispensa de pena (desjudiciarização com intervenção) 280.º, n.º 1: M.P. e J.r.c. (S. de Moura considera que o arguido deve também intervir); 280.º, n.º 2 (após a acusação ser deduzida)		280.º do C.P.P.; 74.º, n.º 3 e I, do C.P.	

INQUÉRITO	INSTRUÇÃO	BASE LEGAL	OBJECTO
A8) Suspensão provisória do processo M.r., J.r.c. Tramitação subsequente: arquivamento (283.º, n.º 3, 1.a parte) ou o processo prossegue (283.º, n.º 3, 2.a parte)		281.º	
a9) Envio do processo para julgamento na forma sumaríssima		392.º 55.	

CRIMES PARTICULARES (especificidade ¹⁹⁰)

INQUÉRITO	INSTRUÇÃO	BASE LEGAL
Acusação particular do assistente (no prazo de 10 dias) Notificação do assistente para acusar (art. 285.º, n.º 1). Havendo acusação do assistente, possibilidade de o M.r. acusar (salvo a.s.f.) ¹⁹¹ (art. 285.º, n.º 3); Não há a possibilidade de o M.r. “aderir” à acusação particular; o M.r. deduz sempre uma acusação autónoma ¹⁹² ; o M.r. tem sempre de deduzir (quando o entender) a acusação em autonomia face ao acusador particular ¹⁹³⁻¹⁹⁴	Requerimento de abertura de instrução pelo arguido, no prazo de 10 dias	28r, n.º 1, al. a)

¹⁹⁰Fazenda Martins entende que pode haver a aplicação dos artigos 280.º e 281.º (*O assistente...*, pg.140).

¹⁹¹Segundo Frederico Isasca, o Ministério Público deve acusar, se houver indícios suficientes.

¹⁹²José Damiano da Cunha, *A Participação dos particulares...*, pg. 626.

¹⁹³José Damiano da Cunha, *A Participação dos particulares...*, pg. 626.

¹⁹⁴No caso de se verificar uma hipótese de arquivamento no caso de dispensa de pena, a concordância exigida é, não a do MP, mas a do assistente (art. 280.º, n.º 2) (José Damiano da Cunha, *A Participação dos particulares...*, pg. 624).

não havendo acusação do assistente, o M.r. deve arquivar (art. 27r, n.º 1, “ <i>in fine</i> ”)	
--	--

7.2.1.4. A acusação implícita, garantia do assistente ¹⁹⁵, na classificação de EB. SCHMIDT, é um **acto** ¹⁹⁶ **estimulante**, isto é, enquadrado na categoria dos actos praticados pelas partes pelos quais intervêm no processo, procurando influir sobre outros sujeitos processuais, de modo a que estes tomem um qualquer comportamento ¹⁹⁷⁻¹⁹⁸.

O assistente dispõe de poderes especiais que se consubstanciam na prática de actos estimulantes, sendo o principal destinatário é constituído pelas autoridades judiciárias ¹⁹⁹.

O requerimento de abertura de instrução, embora se trate de um acto estimulante que tem por destinatário o J.I.C., visa o controlo da actividade do Ministério Público, o qual é, realmente, o destinatário último da actuação do assistente ²⁰⁰⁻²⁰¹.

7.2.1.5. A acusação implícita é submetida a apreciação judicial e não pode ser recebida sem prévio debate contraditório, com intervenção do arguido, do assistente e do Ministério Público.

O requerimento deverá descrever os factos (de outro modo, a instrução não tem objecto, sendo consequentemente juridicamente inexistente, segundo GERMANO MARQUES DA SILVA ²⁰²), não podendo conter outros que não tenham sido objecto do inquérito (sob pena de nulidade, por inadmissibilidade legal da instrução (art. 119.º, al. *d*)).

7.2.1.6. Não choca, portanto, haver reformulação do objecto do processo, no primeiro caso, ou uma redefinição, no segundo caso, pelo menos “*ab initio*”.

Se pode haver reformulação, este preceito normativo indicia que a vinculação temática não é um valor tão essencial nesta subfase que justifique a cristalização do objecto do processo “*ab initio*”.

Por outras palavras, se esta pretensão pode existir, com viabilidade de ser bem sucedida, mediante um despacho de pronúncia, é um argumento de cariz indutivo — do particular para o geral — de que a vinculação não é um valor absoluto quanto a factos não autonomizáveis, se ocorrer na instrução.

¹⁹⁵Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 141.

¹⁹⁶Acto processual é um acto de um sujeito processual (que não de um participante ou interveniente processual), que se traduz numa declaração de vontade desse sujeito, cujos efeitos e pressupostos estão regulados na lei processual penal (José Damião da Cunha, *Algumas Reflexões...*, pg. 155).

¹⁹⁷José Damião da Cunha, *Algumas Reflexões...*, pg. 155.

¹⁹⁸Por sua vez, actos determinantes são actos que, de forma imediata, têm uma eficácia conformadora no processo, sem que impliquem a intervenção de outro sujeito processual.

Existem ainda actos mistos destes dois tipos (actos esrimulantes e determinantes).

¹⁹⁹José Damião da Cunha, *Algumas Reflexões...*, pg. 155.

²⁰⁰José Damião da Cunha, *Algumas Reflexões...*, pg. 156.

²⁰¹Segundo José Damião da Cunha, entre MP e assistente, existe colaboração e subordinação de interesses: podendo gozar de uma certa desvalorização processual, o assistente acaba por ser um agente na realização do princípio da separação de poderes (nomeadamente, no que diz respeito à articulação MP/juiz) no processo penal, pois activa os mecanismos de controlo judiciário (José Damião da Cunha, *Algumas Reflexões...*, pg.157).

A definição do assistente como colaborador do MP e subordinado a este parece corresponder, mais flagrantemente, à sua posição processual após a instrução. Os poderes, que lhe são conferidos, são poderes sobretudo destinados a influir no MP.

É na fase de inquérito que mais fortemente se faz sentir a intervenção do assistente, pois é aí que ele poderá ajudar e contribuir para a definição do objecto do processo (José Damião da Cunha, *Algumas Reflexões...*, pg. 156).

²⁰²Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 151.

Indo mais longe, pode mesmo haver duas ou mais acusações por factos substancialmente diversos (nestes casos, salvo se forem compatíveis, “*O juiz não pode receber todas mas apenas uma delas*”, seleccionando o “*thema decidendum*” entre os vários propostos ²⁰³, joeirando os factos e procedendo à indicação das disposições legais aplicáveis (art. 283.º, n.º 3, alíneas *b*) e *c*) “*ex vi*” art. 308.0, n.º 2)).

Pode suceder que esta acusação em sentido material não contenha um sumo rigor técnico-jurídico na enunciação da matéria de facto e da matéria de direito (ranto mais que deve ser apresentada no prazo peremptório de 20 dias), pelo que, em plena fase de instrução, pode existir uma alteração substancial de factos.

[NÃO COLOQUEI

7.2.2. A possibilidade de os sujeitos processuais introduzirem factos que consubstanciem alteração substancial

O arguido pode, no requerimento de abertura de instrução (art. 287.º, n.º 1, al. *a*)) ou durante a instrução, trazer ao conhecimento do Juiz de Instrução factos novos que importem uma alteração substancial ²⁰⁴. Os factos poderão ser autonomizáveis (por exemplo, a alegação de que a coisa lhe tinha sido entregue pelo proprietário, de modo que o tipo de crime seja o abuso de confiança, em lugar do furto simples ²⁰⁵) ou não autonomizáveis.

Em nenhum caso o Juiz de Instrução Criminal pode deles conhecer naquele processo, pois apenas lhe era dado “*o poder de comprovar se deveria ou não haver uma pronúncia*” ²⁰⁶ pelo crime concreto.

Nesta hipótese académica, chegaríamos a um impasse: o facto não poderia ser considerado pelo Juiz de Instrução para efeito da pronúncia ²⁰⁷; haveria que existir de novo acusação. Mas será necessário que haja um novo inquérito, uma nova acusação, com a possibilidade de se chegar de novo à mesma fase de instrução? Uma solução mais profícua será a de permitir, de imediato, em sede instrutória, a reformulação da acusação.

7.2.3. Finalidade investigatória da fase de instrução

Quanto ao terceiro argumento, dir-se-á:

Cabe perguntar: investiga-se, investiga-se; qual a finalidade então?

A alteração substancial de factos poderá resultar:

- dos factos da instrução que o juiz entenda levar a cabo (art. 289.º), partindo das indicações constantes do requerimento de abertura (art. 288.º, n.º 4)
- do debate instrutório.

O argumento explorado falece face a esta segunda consideração.

Justifica-se não obnubilar, mas flexibilizar o princípio da acusação (que determina a actividade cognitiva e decisória do tribuna ²⁰⁸), numa fase tão nova e tão precoce, conferindo a possibilidade de o M.P. reformular a acusação.

²⁰³ Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 181.

²⁰⁴ Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 150.

²⁰⁵ Cecília Santana, *Dos Limites...*, pg. 55.

²⁰⁶ Cecília Santana, *Dos Limites...*, pg. 56.

²⁰⁷ Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 150.

²⁰⁸ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, primeiro volume, Coimbra, 1981, pg. 144.

A solução aflorada, referindo que o objecto do processo se tornaria rígido, deveria, em coerência, defender a solução da preterição absoluta dos factos novos. Mas esta solução é pouco defensável numa fase tão embrionária do processo:

Ainda estamos na fase preparatória, não avançada, pelo que se admite um enriquecimento ou uma mutação potencial do objecto do processo²⁰⁹. A instrução contém a aptidão de permitir este enriquecimento.

O inquérito e a instrução têm, como se demonstrou, pontos de contacto evidentes.

É certo que, no inquérito, a fixação do objecto do processo é bastante mais fluida, dado que uma das suas funções é a definição do objecto do processo. O objecto do inquérito “*mais não é do que o caso concreto da vida*”²¹⁰.

Dado que, em termos materiais, a instrução prossegue fins similares aos do inquérito, residualmente e pela natureza das coisas, possui a aptidão de introduzir um ajustamento, um aperfeiçoamento à acusação.

A instrução situa-se, por isso, numa zona de charneira, algo híbrida, sendo uma fase de transição processual penal emparedada entre o inquérito e o julgamento; daí que a sua natureza última seja a de uma expansão do inquérito.

|ACABEI POR NÃO PÔR, pois a Reforma de 2007 alterou

7.2.4. O despacho de pronúncia

O despacho de pronúncia implica o recebimento da acusação²¹¹.

Entre a acusação e a pronúncia (e a sentença) tem de haver entidade substancial (arts. 309.º e 359.º²¹², 303.º, n.º 1, e 303.º, n.º 3, “*a contrario*”): o J.I.C. está vinculado à coincidência dos factos constantes da acusação. No caso de pronúncia, o J.I.C. pode mesmo remeter a fundamentação para as razões de facto e de Direito enunciadas no despacho de acusação pelo M.P. (na acusação apresentada pelo assistente ao abrigo dos artigos 284.º e 285.º) ou no requerimento para abertura de instrução.

Se o juiz de instrução *entender que se indiciam outros factos além dos descritos na acusação e que a alterem substancialmente, recusa a acusação, não pronuncia o arguido*”²¹³. Nestes casos, por isso, o tribunal não decide que o objecto do processo seja outro; mas tão-só não recebe a acusação²¹⁴, segundo Germano Marques da Silva²¹⁵. Deste modo, em face do princípio da acusação, o tribunal vê-se impedido de reformular o objecto do processo. Se o Ministério Público não abrir inquérito ou não elaborar uma nova acusação, integrando a variação de factos, o J.I.C. proferirá despacho de não-pronúncia.

Também neste sentido se pronuncia Souto de Moura:

Por exemplo, o M.P. acusa por furto simples. O J.I.C. não pode pronunciar A por furto simples, depois de ter apurado circunstâncias com relevância penal, que enquadrem o

²⁰⁹Castanheira Neves, *O objecto do processo*, pg. 136.

²¹⁰António Leões Dantas, *A definição...*, pg. 91.

²¹¹Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 174.

²¹²Germano Marques da Silva, *Curso...*, I, pg. 22.

²¹³Germano Marques da Silva, *Curso...*, pg. 171.

²¹⁴Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 171.

²¹⁵Diferentemente, Tolda Pinto considera que, se, até ao encerramento da instrução, tiverem sido recolhidos indícios suficientes da verificação dos pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança, o juiz deve proferir despacho, pronunciando o arguido pelos factos respectivos (Tolda Pinto, *A Tramitação...*, pg. 779); caso contrário, deve proferir despacho de não-pronúncia. A solução de Germano Marques da Silva permite estancar a “hemorragia”, decorrente da ampliação do objecto do processo, na instrução, não havendo vantagem em lidar com este problema protelando a decisão para a fase de julgamento.

comportamento de A no furto qualificado ²¹⁶ (opinião diferente parece ser a de Paulo de Sousa Mendes: o J.I.C. ignoraria por completo a alteração dos factos e pronunciaria pelos antigos).

Diferentemente, no caso de factos plenamente autonomizáveis, o J.I.C. poderá proferir despacho de pronúncia em relação ao crime acusado e terá forçosamente de desconhecer o facto destacável.

Quanto a outros casos, há então que distinguir se a acusação é apenas por um crime ou por vários crimes em conexão contra um ou mais arguidos:

Se for por vários crimes, nada impede o juiz de instrução criminal de pronunciar o arguido por algum deles e de não pronunciar por outro ou outros ou que pronuncie um dos arguidos e não pronuncie outro ou outros.

“É que, não obstante a conexão para efeitos processuais, cada crime mantém a sua autonomia e pode, por isso, ser objecto de processo autónomo. Do mesmo modo que o juiz pode fazer cessar a conexão processual (art. 30.º), pode pronunciar o arguido por cada um dos crimes objecto da acusação e não pronunciar por outro ou outros” ²¹⁷ (Germano Marques da Silva).

7.2.4.1. Nos termos do art. 307.º, n.º 4, a circunstância de ter sido requerido apenas por um dos arguidos não prejudica o dever de o juiz retirar da instrução as consequências legalmente impostas a todos os arguidos ²¹⁸.

Quanto a situações de comparticipação, o Acórdão da Relação de Coimbra, de 9 de Maio de 1990, tem o seguinte teor:

Havendo instrução, em processo com vários arguidos, compete ao juiz de instrução proferir despacho de pronúncia ou de não pronúncia em relação a todos, mesmo que algum ou alguns não tenham requerido a abertura de instrução.

Maia Gonçalves refere que esta doutrina só é válida nos casos de comparticipação ²¹⁹. Mas, ainda assim, tem um alcance não despidendo. Deste modo, pode existir a revelação de um facta que indicie alteração substancial.

Também o Acórdão do S.T.J. para fixação de Jurisprudência, de 18 de Outubro de 1995 refere:

“Requerida a instrução por um só ou por alguns dos arguidos abrangidos por uma acusação, os efeitos estendem-se aos restantes que por ela possam ser afectados, mesmo que a não tenham requerido. Afinal, a decisão instrutória que vier a ser proferida deve abranger todos os arguidos constantes da referida acusação, por não haver lugar, neste caso, a aplicação posterior do n.º 2 do art. 311.º” ^{220_221}.

²¹⁶José Souto de Moura, *O objecto do Processo in Apontamentos...*, III, pg. 46 (nota).

²¹⁷Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 174.

²¹⁸Antes da reforma, questionava-se se sendo vários arguidos abarcados por uma acusação, o requerimento para abertura da instrução suscrito por um deles, envolveria ou não uma apreciação abrangente de todo o libelo acusatório e seu sustentáculo de facto e de direito, afectando consequentemente todos os não requerentes (Simas Santos / Leal-Henriques, *Código de Processo Penal...*, II, pg. 163).

No seio da primitiva Comissão Revisora, Figueiredo Dias defendia o princípio publicístico, ao passo que Cunha Rodrigues defendia que deveria valer o regime dos recursos. Criticando a segunda posição, Figueiredo Dias considerava-a resritiva (*apud* Simas Santos / Leal-Henriques, *Código de Processo Penal...*, II, pg. 164).

A solução final foi a do art. 307.º, n.º 5 (actual n.º 4):

a instrução passa a ser feita em relação apenas ao requerente, mas isso não impede o juiz de retirar dos factos as consequências legalmente impostas a todos os arguidos.

²¹⁹*Código de Processo Penal...*, pg. 576.

²²⁰Cit. por Tolda Pinto, *A Tramitação...*, pg. 739; e Maria João Antunes, *Código...*, pg. 435.

²²¹Analogamente, nos casos de recurso, *“Em caso de comparticipação no crime o recurso deve ser interposto por um só dos arguidos desde que não seja fundado só em motivos estritamente pessoais aproveita a todos”* (ac. Do S.T.J., de 9 de Outubro de 1997, cit. por Tolda Pinto, *A Tramitação...*, pg. 928).

Também neste sentido parece ir o art. 297.º, n.º 3, 2.ª parte: aos arguidos que não tenham requerido a abertura de instrução, em caso de conexão de processos do art. 24.º, n.º 1, al. c), d) e e), é notificada a designação da data para o debate instrutório.

Quando se trate de conexão objectiva, o juiz pode pronunciar um arguido e não pronunciar outros.

A não inconstitucionalidade desta solução foi afirmada pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 226/97, de 12 de Março de 1997 (sendo Relatora a Conselheira Maria Fernanda Palma):

*“Não julga inconstitucionais as normas constantes dos artigos 286.º, n.ºs 1 e 2, 287.º, n.ºs 1, alínea a), e 3, 288.º, n.º 4, 289.º, 397.º, n.º 1, e 311.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, quando interpretadas de forma a concluir que os efeitos da decisão instrutória requerida apenas por um só ou por vários arguidos se estendem a outro ou outros arguidos e que a respectiva decisão instrutória abrange todos eles”*²²².

O Ministério Público reputava esta interpretação como inconstitucional, por obstar à posterior aplicação da al. a) do n.º 2 do art. 311.º do CPP e, por conseguinte, violar as garantias de defesa. O Tribunal Constitucional veio referir: *“Não se vislumbra que alguma garantia de defesa seja postergada por o juiz de instrução apreciar o carácter manifestamente infundado da acusação”*. *“As garantias de defesa apenas seriam afectadas se o debate instrutório abrangesse, sem exercício contraditório, um arguido que não requereu a abertura da instrução ou se esta acarretasse uma alteração substancial dos factos que lhe são imputados na acusação”*.

Em caso de conexão de processos, é proferido um único despacho de pronúncia (art. 283.º, n.º 4, *“ex vi”* art. 308.º, n.º 2).

Podem existir situações em que haja alteração substancial de factos durante a fase de instrução, quanto a um agente participante no crime, e não haver quanto a outros. Quanto ao primeiro, se o processo regressar à fase de inquérito, perder-se-á a conexão de processos (salvo se o juiz sobrestar no despacho de pronúncia, com vista a manter a conexão de processos (cfr. art. 24.º, n.º 2). Daí que possa haver vantagem em o processo continuar desde logo.

Aplicando o princípio do acusatório à ocorrência de alteração substancial de factos, *“se o juiz entender que se indiciam outros factos além dos descritos na acusação e que a alterem substancialmente, recusa a acusação, não pronuncia o arguido”*²²³.

Nestes casos, por isso, o tribunal não decide que o objecto do processo seja outro; mas tão-só não recebe a acusação²²⁴.

7.2.4.2. Quadro de possibilidades do despacho de pronúncia ou de não-pronúncia

	DESPACHO DE PRONÚNCIA OU DE NÃO-PRONÚNCIA
Acusação	Pronúncia = acusação, salvo a.n.s.f.
Acusação	Não pode haver supressão de factos da acusação (salvo a.n.s.f.) ²²⁵ ; se implicar a.s.f.: nulidade (arr. 309.º)
Acusação	Não pode haver ampliação de factos fora dos constantes da acusação (salvo a.n.s.f.) ²²⁶ ;

²²²Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 226/97 in *ATC*, 36.º vol., 1997, pg. 429.

²²³Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 171.

²²⁴Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 171.

²²⁵Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 177.

²²⁶Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 177.

	se implicar a.s.f.: nulidade (art. 309.º)
Acusação	O juiz entende que há a.s.f. de factos destacáveis: profere despacho de pronúncia quanto ao crime indiciado; desconhece a.s.f. não autonomizáveis
Acusação	O juiz entende que há a.s.f. de factos não destacáveis: deve recusar a acusação; despacho de não-pronúncia: o tribunal não decide que o objecto do processo seja outro; mas tão-só não recebe a acusação ²²⁷ .
	“se o juiz entender que se indiciam outros factos além dos descritos na acusação e que a alterem substancialmente, recusa a acusação, não pronuncia o arfuido” ²²⁸ .
Mais de uma acusação: acusação do M.P. e acusação do assistente	Pronúncia: apenas se pode conformar com uma acusação (salvo se não forem incompatíveis) (salvo a.n.s.f. (303.º, n.º 1)) ²²⁹ .
Mais de uma acusação: acusação do M. P. e acusação em sentido material do assistente (a.s.f.) (duas ou mais acusações por factos substancialmente diversos	Pronúncia: apenas se pode conformar com uma acusação (salvo se não forem incompatíveis) (salvo a.n.s.f. (303.º, n.º 1)) ²³⁰
Vários crimes do mesmo arguido	Pode haver: <ul style="list-style-type: none"> • pronúncia por todos os crimes; • pronúncia por um crime e não pronúncia por outros
Situações de com participação criminosa: pluralidade de agentes; vários crimes de vários arguidos	Necessidade de despacho em relação a todos (ainda que só um tenha requerido a abertura de instrução: <ul style="list-style-type: none"> • pronúncia de todos os arguidos; • pronúncia de um arguido e não pronúncia de outro ou outros

7.2.4.3. Recorribilidade dos despachos de pronúncia e de não-pronúncia

7.2.4.3.1. Quadro de possibilidades

O critério para a recorribilidade é o da natureza dos factos ser ou não de molde a que, a verificarem-se aqueles em julgamento, possam ser considerados uma alteração substancial e não possam ser conhecidos.

Se os factos objecto de divergência — entre a pretensão do assistente no seu requerimento de abertura de instrução e o teor do despacho do J.I.C. — conduzirem a alteração substancial dos factos, os interesses do assistente estarão sempre salvaguardados ²³¹. Existindo uma alteração não substancial de factos, o tribunal poderá deles conhecer, na audiência de julgamento (358.º).

	RECORRIBILIDADE
1) Pronúncia por parte dos factos do requerimento do assistente	Possibilidade de recurso
2) Pronúncia pela totalidade dos factos da acusação a) os factos que constam no requerimento de abertura de instrução não constam do despacho de pronúncia	Recorível

²²⁷Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 171.

²²⁸Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 171.

²²⁹Salvo se forem compatíveis, “o juiz não pode reaber todas mas apenas uma delas”, seleccionando o “*thema decidendum*” entre os vários propostos (Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 181), joeirando os factos e procedendo à indicação das disposições legais aplicáveis (art. 283.º, n.º 3, alíneas b) e c) “*ex vi*” art. 308.º, n.º 2).

²³⁰Salvo se forem compatíveis, “o juiz não pode receber todas mas apenas uma delas”, seleccionando o “*thema decidendum*” entre os vários propostos (Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 181), joeirando os factos e procedendo à indicação das disposições legais aplicáveis (art. 283.º, n.º 3, alíneas b) e c) “*ex vi*” art. 308.º, n.º 2).

²³¹Odete Maria de Oliveira, *Problemática...*, pg. 96.

3) Pronúncia por parte dos factos constantes da acusação do MP ²³²	Possibilidade de recurso
4) Pronúncia por parte dos factos constantes do requerimento do assistente de abertura de instrução ²³³	Recorrível
5) Hipóteses mistas a) Pronúncia pela totalidade dos factos constantes da acusação do M.P. e por parte dos factos constantes do requerimento do assistente para abertura de instrução ²³⁴	Possibilidade de recurso
b) Pronúncia por parte dos factos constantes da acusação do M.P. e por parte dos factos constantes do requerimento do assistente para abertura de instrução ²³⁵	Possibilidade de recurso
6) a) Pronúncia pela totalidade dos factos constantes do requerimento do assistente para abertura da instrução ²³⁶	Impossibilidade de recurso
b) Pronúncia pela totalidade dos factos constantes da acusação do M.P. e pela totalidade dos factos constantes do requerimento do assistente para abertura da instrução ²³⁷	Impossibilidade de recurso
c) Pronúncia por parte dos factos constantes da acusação do M.P. e pela totalidade dos factos constantes do requerimento do assistente para abertura da instrução ²³⁸	Impossibilidade de recurso

7.2.4.3.2. Fundamentação

Seguindo de perto Odete Maria de Oliveira, temos a seguinte fundamentação:

Em 1), caso o M.P. archive o inquérito, nos termos do art. 277.º, n.º 2, o assistente requeira a abertura de instrução (art. 287.º, n.º 1, al. b)), e o juiz pronunciar, mas apenas por parte dos factos constantes do requerimento de abertura de instrução ²³⁹, não há total convergência de perspectivas entre o M.P. e o J.I.C., pelo que, não sendo aplicável do art. 310.º, n.º 1, o assistente pode interpor recurso do despacho de pronúncia ²⁴⁰.

Se os factos ignorados pelo J.I.C. no despacho de pronúncia, mas constantes do requerimento do assistente para abertura da instrução, forem de molde a operar uma a.s.f., os interesses da vítima não ficarão salvaguardados; deverá então haver lugar a recurso do despacho do J.I.C., atento o disposto nos artigos 399.º e 401.º, n.º 1, al. b) ²⁴¹.

Em 2), o J.I.C. profere despacho de pronúncia pela totalidade dos factos constantes da acusação do MP.

Para além da necessária convergência de perspectivas — quer o J.I.C. quer o M.P. entendem dever o arguido ser sujeito a audiência de julgamento — verifica-se a plena concordância entre as referidas autoridades judiciais no que concerne aos factos imputados ao arguido ²⁴².

Convém, no entanto, examinar a primeira sub-hipótese (2 a)). Numa primeira leitura do art. 310.º, n.º 1, o despacho de pronúncia seria irrecurável. Contudo, se o assistente requereu a abertura de instrução, e não constam do despacho de pronúncia os factos trazidos por aquele no seu requerimento de abertura de instrução ²⁴³, se se verificarem aqueles factos em julgamento, serão uma alteração substancial, não podendo ser tidos em conta. Deste modo, se não se admitisse a possibilidade de recurso do despacho de pronúncia, a vítima/assistente veria seriamente afectados os seus direitos, na medida em que os termos do despacho de pronúncia obstarão a que os referidos factos chegassem a julgamento. Assim, tendo também em conta a possível diversidade de

²³²Odete Maria de Oliveira, *Problemática...*, pg. 100.

²³³Odete Maria de Oliveira, *Problemática...*, pg. 100.

²³⁴Odete Maria de Oliveira, *Problemática...*, pg. 100.

²³⁵Odete Maria de Oliveira, *Problemática...*, pg. 100.

²³⁶Odete Maria de Oliveira, *Problemática...*, pg. 105.

²³⁷Odete Maria de Oliveira, *Problemática...*, pg. 105.

²³⁸Odete Maria de Oliveira, *Problemática...*, pg. 105.

²³⁹Odete Maria de Oliveira, *Problemática...*, pg. 95.

²⁴⁰Odete Maria de Oliveira, *Problemática...*, pg. 96.

²⁴¹Odete Maria de Oliveira, *Problemática...*, pg. 97.

²⁴²Odete Maria de Oliveira, *Problemática...*, pg. 98.

²⁴³Odete Maria de Oliveira, *Problemática...*, pg. 98.

tratamento entre situações processuais, conforme houvesse conexão de processos ou não ²⁴⁴, deve admitir-se o recurso.

Nas hipóteses mencionadas em 3), em 4) e em 5), também se deve admitir recurso, nas sub-hipóteses em que o J.I.C. o despacho de pronúncia omite — em parte ou na totalidade — os factos constantes do requerimento do assistente para abertura da instrução, o que impede que os mesmos possam ser conhecidos em julgamento ²⁴⁵. A irrecurribilidade do art. 310.º, n.º 1, tem de ser interpretada no sentido de não ser dirigida ao assistente ²⁴⁶.

Nestas sub-hipóteses, nunca se poderia verdadeiramente falar na possibilidade de sindicar em audiência de julgamento os factos constantes do requerimento de abertura de instrução. Haveria apenas a possibilidade de sindicar, mas quanto a factos que constem de uma pronúncia.

Em todas as sub-hipóteses de 6), o assistente não poderá interpor recurso; não porque aquele despacho não seja irrecorrível, mas porque não terá interesse em agir, uma vez que o despacho de pronúncia acolhe na totalidade a posição do assistente expressa no requerimento para abertura da instrução ²⁴⁷.

Também nos crimes dependentes de acusação particular, o despacho de pronúncia que confirme a acusação particular é irrecorrível ²⁴⁸.

7.2.4.2.3. O despacho que indeferir a arguição de nulidade do despacho de pronúncia — por promover uma alteração substancial e factos em relação à acusação ou ao requerimento de abertura de instrução — é também passível de recurso (art. 310.º, n.º 2).

De acordo com o Assento n.º 6/2000 ²⁴⁹, “*A decisão instrutória que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação do Ministério Público é recorrível na parte relativa às nulidades arguidas no decurso do inquérito ou da instrução e às demais questões prévias ou incidentais*” ²⁵⁰.

7.2.4.3.4. A “ratia” do artigo 310.º, n.º 1

Apenas é irrecorrível a decisão instrutória que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação do MP.

O regime de irrecurribilidade é plenamente justificado; como refere José Narciso da Cunha Rodrigues ²⁵¹, “*A irrecurribilidade do artigo 310.º, n.º 1, funda-se na circunstância de existir sintonia entre acusação do Ministério Público e a decisão do juiz de instrução* ²⁵², sendo útil” *recuperar a concepção dinâmica e global do princípio da igualdade de armas e a sua relação com os sujeitos do processo*” ²⁵³.

Uma acusação do M.P., convalidada pelo J.I.c., não deixará de constituir uma forte indicição que só deve ser discutida em julgamento ²⁵⁴.

7.2.4.3.5 A CONFORMIDADE DO ARTIGO 310.0, N.º 1, COM A CONSTITUIÇÃO

O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 610/96, de 17 de Abril (sendo Relatora a Conselheira Maria Fernanda Palma), não julgou inconstitucional a norma do n.º 1 do artigo 310.º do CPP ²⁵⁵.

²⁴⁴V. Odete Maria de Oliveira, *Problemática...*, pg. 99.

²⁴⁵Odete Maria de Oliveira, *Problemática...*, pg. 100.

²⁴⁶Odete Maria de Oliveira, *Problemática...*, pg. 100.

²⁴⁷Odete Maria de Oliveira, *Problemática...*, pg. 105.

²⁴⁸José Damião da Cunha, *A Participação dos Particulares...*, pg. 624.

²⁴⁹D.R., n.º 56, I. Série-A, de 7 de Março de 2000.

²⁵⁰*Apud* Tolda Pinto, *A Tramitação...*, pg. 1235.

²⁵¹*Sobre o princípio da igualdade de armas in RPCC*, ano I, fasc. 1, pg. 100.

²⁵²*Sobre o princípio da igualdade...*, pg. 100.

²⁵³V. *infra* o nosso estudo sobre a qualificação jurídica, onde desenvolvemos esta matéria.

²⁵⁴Simas Santos / Leal-Henriques, *Código de Processo Penal...*, II, pg. 225.

²⁵⁵Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 610/96, de 17 de Abril in *ATC*, 33.º vol., 1996, pg. 841.

Se a protecção do interesse em não ser submetido a julgamento é a *função última da própria fase instrutória, a confirmação pelo juiz dos termos de acusação do Ministério Público não deixa prevalecer (em abstracto) esse interesse sobre a necessidade de valorar a existência (...) de fortes indícios de que resulta uma razoável possibilidade de ao arguido vir a ser aplicada pena ou medida de segurança* ²⁵⁶.

O argumento da igualdade (art. 13.º da Constituição) não pode ser invocado, pois pressupõe a paridade dos despachos de pronúncia e de não pronúncia e a «igualdade de armas» entre defesa e acusação. A verdade, porém, é que existe uma diferença essencial entre aqueles despachos, que torna justificável racionalmente a diferença de regimes: a decisão instrutória de não pronúncia, uma vez transitada em julgado, põe termo ao processo, afectando irremediavelmente os respectivos sujeitos ²⁵⁷.

Segundo o Tribunal Constitucional ²⁵⁸, o regime especial de irrecorribilidade da decisão instrutória que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação do MP, não é arbitrário, encontrando fundamento na existência de indícios comprovados, de modo coincidente, em duas fases do processo: pelo MP, *dominus* do inquérito, e pelo juiz de instrução.

“*Sendo embora a faculdade de recorrer em processo penal uma tradução do direito de defesa, a verdade é que se há-de admitir que essa faculdade de recorrer seja restringida ou limitada em certas fases do processo e que, relativamente a certos actos do juiz, possa mesmo não existir, desde que, dessa forma, se não atinja o conteúdo essencial dessa mesma faculdade, ou seja, o direito de defesa do arguido*” (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 387/99, de 23 de Junho ²⁵⁹).

²⁵⁶Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 610/96, de 17 de Abril, in *ATC*, 33.º vol., 1996, pg. 845.

²⁵⁷Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 610/96, de 17 de Abril, in *ATC*, 33.º vol., 1996, pg. 846.

²⁵⁸Acórdão n.º 610/96, de 17 de Abril, in *ATC*, 33.º vol., 1996, pg. 847.

²⁵⁹In *ATC*, 44.º vol., 1999, pg. 391.

§ 3.º

FUNDAMENTOS

8. PRINCIPAIS VALORES E INTERESSES A CONSIDERAR

Como valores e interesses positivos a considerar, temos:

- o dever de objectividade na procura da verdade, o “*jus puniendi*” do Estado, interesse público;
- por outro lado, princípios relacionados com a duração não excessiva do processo e com a paz jurídica do arguido.

8.1. Princípios da investigação e da objectividade

O princípio da investigação postula que, em última instância, recai sobre o juiz o encargo de investigar e esclarecer officiosamente o facto submetido a julgamento ²⁶⁰.

O princípio da investigação (ou da verdade material) contrapõe-se ao princípio da “*auto-responsabilidade das partes*” em matéria probatória. Existem afloramentos deste princípio nos artigos 158.º, 187.º, n.º 1, 179.º, n.º 1, al. c), 181.º, n.º 1, 53.º, n.º 1, e, especificamente na fase de instrução, no art. 299.º ²⁶¹.

Embora vigore de forma mitigada na fase de instrução ²⁶², não deixa de ser um princípio operativo.

O dever de investigação autónoma interliga-se com o objecto da sua busca, resultando desta simbiose o princípio da verdade processual.

Existe o dever de objectividade na procura da verdade, subjacente a toda a actividade investigatória ²⁶³. Deste modo, a “*fixação do objecto do processo na acusação e na pronúncia deve corresponder ao êxito de uma investigação esgotante em que os factos descritos coincidam totalmente com o acontecimento real*” ²⁶⁴.

O dever de objectividade é um pressuposto lógico do imperativo de descoberta da verdade ²⁶⁵.

²⁶⁰Germano Marques da Silva, *Curso...*, II, pg. 108.

²⁶¹Marques Ferreira, *Meios de Prova in Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Almedina, Coimbra, 1997, pg. 231.

²⁶²Como sublinha Marques Ferreira, “*Contrariamente ao que sucede no C.P.P. de 1929, nem as normas relativas ao inquérito nem as relativas à instrução consagram ostensivamente o princípio da verdade material, o que não significa que não vigore nestas fases de firma mitigada*” (Marques Ferreira, *Meios de Prova...*, pg. 231). Daí que constituam restrições ao princípio da verdade material:

- o art. 120.º, n.º 2, al. d);
- a subordinação da dedução de acusação e da decisão de pronúncia (artigos 283.º e 289.º) a indícios suficientes, à probabilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança;
- o art. 311.º, n.º 2, al. c).

O Legislador processual penal restringiu “*o funcionamento pleno do princípio da verdade material ou investigação à produção da prova em audiência de julgamento contentando-se com a verdade indiciária (artigos 301.º, n.º 3, e 302.º, n.º 2) sempre que a exigência plena daquela pudesse, na fase do inquérito ou da instrução, ameaçar a estrutura acusatória do processo*” (Marques Ferreira, *Meios de Prova...*, pg. 232).

²⁶³Marques Ferreira, *Da alteração...*, pg. 222.

²⁶⁴Marques Ferreira, *Da alteração...*, pg. 222.

²⁶⁵Marques Ferreira, *Da alteração...*, pg. 222 (nota).

“No processo penal trata-se, efectivamente, de averiguar a justiça de uma pretensão punitiva do Estado”²⁶⁶, pelo que existe a afirmação complementar do princípio inquisitório: 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 traçados pelas “partes” (sem deixar de respeitar o direito a serem ouvidas sobre tudo o que possa influenciar a decisão) (Eduardo Correia)²⁶⁷.

Este princípio é deveras importante, dada a natureza dinâmica e problemático-investigante do processo²⁶⁸.

A realização da justiça e a descoberta da verdade é uma finalidade do processo penal²⁶⁹.

8.2. Princípio da duração razoável do processo

O processo deve ser o mais rápido possível, devido a dois factores:

- a eficiência, pragmatismo e a eficácia;
- a justiça (art. 20.º, n.º 4, da CRP).

A justiça é uma decisão que depende do seu conteúdo, mas também da prontidão com que é proferida; os atrasos excessivos que abundam redundam numa verdadeira negação de justiça²⁷⁰. O direito à tutela judicial efectiva não se encontra desligado do factor temporal, concretamente do prazo em que a mesma deve ser prestada pelo órgãos jurisdicionais²⁷¹. Como refere Jorge Noronha e Silveira²⁷², trata-se, pois, de uma garantia no interesse, não tanto do arguido, quanto da própria justiça, ínsito a um princípio de justiça material e não aos interesses particulares das partes envolvidas. A celeridade permite evitar a erosão dos meios de prova.

A tutela judicial efectiva não pode ser vista como um direito sem conteúdo temporal: embora seja duvidoso que exista constitucionalização de prazos processuais, não se deve distinguir entre o direito à tutela judicial justa e o direito a um processo sem dilações temporais indevidas²⁷³. Como direito fundamental, este direito pressupõe a sua efectividade²⁷⁴ e a vinculação das entidades públicas (art. 18.º, n.º 1, 2.º inciso da Constituição), abrangendo o Legislador, a Administração e os órgãos jurisdicionais.

Para além da relação Decisão oportuna / Justiça / Segurança, o custo de oportunidade e de eficiência na decisão são princípios que devem dirigir toda a actividade da Administração em sentido lato²⁷⁵.

Um maior ou menor atraso traduz uma componente essencial dos próprios custos económicos da Administração e dos indivíduos²⁷⁶, decorrendo da dilação temporal do processo consequências nefastas para os agentes do processo.

A morosidade em administrar a justiça deve igualmente ser vista sob o prisma da prestação de um serviço público, em termos de relação oferta-procura²⁷⁷.

Este princípio é comum ao processo civil.

²⁶⁶Eduardo Correia, *A Teoria...*, pg. 309.

²⁶⁷Eduardo Correia, *A Teoria...*, pgs. 310-311.

²⁶⁸Castanheira Neves, *O objecto do processo*, pg. 139.

²⁶⁹Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, 1988-9, pg. 21.

²⁷⁰José Souto de Moura, *Dignidade da pessoa...*, pg. 105.

²⁷¹Luís Guilherme Catarino, *A Responsabilidade do Estado...*, pg. 382.

²⁷²No ensino oral, ministrado na F.D.L., no ano lectivo de 2000/2001 (1.º semestre).

²⁷³Luís Guilherme Catarino, *A Responsabilidade do Estado...*, pg. 384.

²⁷⁴Luís Guilherme Catarino, *A Responsabilidade do Estado...*, pg. 384.

²⁷⁵Luís Guilherme Catarino, *A Responsabilidade do Estado...*, pg. 382.

²⁷⁶Luís Guilherme Catarino, *A Responsabilidade do Estado...*, pg. 382.

²⁷⁷Luís Guilherme Catarino, *A Responsabilidade do Estado...*, pg. 382.

O direito a um processo judicial que finde num prazo razoável é uma noção concretizadora e integradora do direito fundamental a uma tutela judicial efectiva ²⁷⁸.

Trata-se de um direito subjectivo público, que traduz uma garantia processual ²⁷⁹.

O art. 14.º, n.º 3, do PIDCP refere:

“3. Qualquer pessoa acusada de uma infracção penal terá direito, em plena igualdade pelo menos:

(...)

c) A ser julgada sem demora excessiva.”

Na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o princípio da duração razoável do processo está ínsito na exigência do processo equitativo e garantia de todos os meios de defesa (art. 6.º, n.º 1, da CEDH) (não sendo propriamente um princípio autónomo, é a síntese de vários princípios ²⁸⁰; o direito a um *“fair trial”* ocupa um lugar proeminente numa sociedade democrática, pelo que não pode haver interpretação restritiva ²⁸¹):

“Qualquer pessoa tem o direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei (...)” ²⁸².

Este preceito contempla a situação de acusados (sujeitos ou não a prisão preventiva), que têm o direito de não ficarem muito tempo numa situação de incerteza quanto ao desfecho do processo ²⁸³.

A Convenção sublinha assim a importância que atribui a uma justiça administrada sem atrasos, não devendo comprometer a sua eficácia ²⁸⁴.

O direito à justiça num prazo razoável pode originar responsabilidade (art. 22.º da Constituição) pela violação do direito à justiça num prazo razoável ²⁸⁵. A não prolação de sentença num prazo razoável é um caso especial e típico de anormal funcionamento do Estado-Juiz ²⁸⁶.

Está, pois, em causa a responsabilidade do Estado, apresentado-se este na sua unidade (compreendendo os órgãos da Administração, o Legislador e o poder judiciário) ²⁸⁷.

Os órgãos instituídos pela CEDH têm densificado os parâmetros da violação do direito:

Em matéria penal, o prazo inicia-se a partir do momento da acusação ou a partir do momento em que as suspeitas têm repercussões importantes par a situação do arguido (pelo que não é necessário haver uma acusação formal) ²⁸⁸.

O prazo razoável deve ser analisado à luz de vários critérios: a circunstância do caso concreto, atendendo às suas especificidades, numa ponderação global; três factores podem condicionar a demora da solução de uma questão judicial: a excepcional complexidade do process (devida à matéria em si ou ao número de implicados), o comportamento das partes, e a actuação do

²⁷⁸Luís Guilherme Catarino, *A Responsabilidade do Estado...*, pg. 386.

²⁷⁹Luís Guilherme Catarino, *A Responsabilidade do Estado...*, pg. 384.

²⁸⁰Germano Marques da Silva, *Curso...*, I, pg. 69.

²⁸¹Stefan Treschel, *Direitos do ofendido no processo penal. Duração do Processo. Caso Moreira de Azevedo contra Portugal*, sentença de 23 de Outubro de 1990, série A, n.º 189, tradução de Anabela Rodrigues, in *RPCC*, 1, 1993, pg. 21.

²⁸²Também a recente Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia refere, no art. 47.º: *“(...) Toda a pessoa tem o direito a que a sua causa seja julgada (...) num prazo razoável”*.

²⁸³Ireneu Cabral Barreto, *Convenção...*, pg. 107.

²⁸⁴Ireneu Cabral Barreto, *Convenção...*, pg. 144.

²⁸⁵Sobre este assunto, v. Luís Guilherme Catarino, *A Responsabilidade do Estado...*, pgs. 381 ss.

²⁸⁶Luís Guilherme Catarino, *A Responsabilidade do Estado...*, pgs. 311-312.

²⁸⁷Ireneu Cabral Barreto, *Convenção...*, pg. 149.

²⁸⁸Ireneu Cabral Barreto, *Convenção...*, pgs. 144-145.

tribunal²⁸⁹. No processo penal, o acusado é dispensado de uma cooperação activa para acelerar o processo²⁹⁰.

Trata-se de uma questão de facto; o ónus da prova recai sobre o Estado requerido, incumbindo-lhe, quando o prazo razoável parecer exorbitante, fornecer as explicações sobre os motivos dos atrasos verificados²⁹¹.

O Estado tem ao seu dispor uma panóplia de instrumentos, nomeadamente de ordem legislativa, como a reforma das leis processuais²⁹².

Deste modo, “*Incumbe aos Estados organizar o seu sistema judiciário de modo a que as suas jurisdições possam garantir a cada um obter uma decisão definitiva sobre a acusação penal em prazo razoável*”²⁹³.

8.3. Princípio da economia processual

*“O tempo é como um círculo que girasse infinitamente:
o arco que desce é o passado, o que ascende é o porvir; em cima, há um ponto
indivisível que toca a tangente e é o agora”*²⁹⁴

Jorge Luis Borges

Outro argumento invocável é o princípio da economia processual, na sua segunda vertente (economia de actos e de formalidades), dado que abrir um novo inquérito por todos os factos significaria dispêndio de actos e de formalidades (este era outro argumento invocado pela solução originária de Figueiredo Dias). Neste aspecto, o princípio da economia processual implica a simplificação das formalidades dos actos praticados no processo²⁹⁵.

Como refere Cunha Rodrigues, a “*economia da instrução admite a produção de prova e culmina num debate oral e contraditório em que o posicionamento da defesa é parificado com o da acusação. Este meio processual é seguramente eficaz para a realização dos direitos da defesa*”²⁹⁶.

8.4. Princípio da celeridade processual

Outro princípio conexo é o da celeridade processual, que o art. 32.º, n.º 2, da Constituição, liga ao princípio da presunção de inocência (direito fundamental pertencente aos direitos, liberdades e garantias), sendo deste um corolário.

Quanto a este aspecto, existem teses uniformizadoras, fazendo corresponder o princípio da presunção de inocência ao princípio “*in dubio pro reo*” (opinião defendida por Cavaleiro de Ferreira²⁹⁷ e Figueiredo Dias); e teses diferenciadoras, considerando o conteúdo mais amplo do

²⁸⁹José Souto de Moura, *Dignidade da pessoa...*, pg. 105.

²⁹⁰Ireneu Cabral Barreto, *Convenção...*, pg. 148.

²⁹¹Ireneu Cabral Barreto, *Convenção...*, pg. 148.

²⁹²Luís Guilherme Catarino, *A Responsabilidade do Estado...*, pg. 387.

²⁹³Ireneu Cabral Barreto, *Convenção...*, pgs. 148-149.

²⁹⁴Jorge Luis Borges, *Outras inquirições* in *Obras Completas*. 1952-1912, Círculo de Leitores, pgs. 144-145.

²⁹⁵José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil. Conceito e Princípios Gerais*. À luz do Código Revisto, Coimbra Editora, 1996, pg. 179.

Também poderá implicar, por aplicação subsidiária do processo civil, a adequação às especificidades da causa (art. 265.º-A do C.P.P.).

²⁹⁶José Narciso da Cunha Rodrigues, *Sobre o princípio...*, pg. 101.

²⁹⁷No entender deste, significam absolver um condenado e não condenar um inocente, quando existam dúvidas quanto à prática dos factos pelos quais o arguido se encontra acusado.

princípio da presunção de inocência (opinião defendida por Castanheira Neves, Gomes Canotilho e Vital Moreira, Alexandra Vilela ²⁹⁸).

Teresa Pizarro Beleza levanta a questão de saber se o princípio “*in dubio pro reo*” tem o mesmo valor nas fases instrutórias (em sentido amplo) que nas fases judicativas ²⁹⁹.

Segundo o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 406/98, de 2 de Junho (sendo Relatora a Conselheira Maria Fernanda Palma), “*O princípio constitucional da presunção de inocência impõe uma acentuação do valor garantístico das fases preliminares do processo penal (...)*” ³⁰⁰.

Com efeito, como refere Helena Magalhães Bolina, “*a duração excessiva do processo faz impender sobre o arguido uma suspeita social de culpabilidade de que dificilmente se libertará, mesmo que venha a ser absolvido*” ³⁰¹.

“*Um processo demasiado lento, com as suas inevitáveis fases processuais inquérito, instrução culminante em pronúncia, e julgamento inculca na sociedade em geral (...) um sentimento de culpa (...)*” ³⁰² (Alexandra Vilela).

Assim, “*o prolongamento do processo criminal leva à completa distorção do princípio da presunção de inocência, implicando na prática que a inocência do arguido fique definitiva e irremediavelmente posta em dúvida*” ³⁰³.

A celeridade é instrumental da obtenção da verdade e da justa decisão da causa: as hipóteses de erro judiciário aumentam, naturalmente, com o diferimento temporal da audiência de julgamento em relação ao momento da eventual prática do crime (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 610/96, de 17 de Abril, sendo Relatora a Conselheira Maria Fernanda Palma ³⁰⁴).

A celeridade não é apenas o fruto de uma lógica de produtividade, mas também e sobretudo da própria lógica de justiça (Figueiredo Dias ³⁰⁵).

Como ensina Anabela Rodrigues, a celeridade encontra-se “*umbilicalmente*” ligada à obtenção do efeito de prevenção geral positiva ou de integração com a aplicação de sanções penais, à maior ou menor probabilidade de justeza da decisão proferida pelo tribunal e ao interesse do arguido, de não haver demora no processo, que pode também significar restrições ilegítimas dos seus direitos, acabando por esvaziar de sentido e de conteúdo útil o princípio da presunção de inocência ³⁰⁶.

De acordo com Gomes Canotilho / Vital Moreira, “*Uma dimensão importante do princípio da presunção de inocência, mas que assume valor autónomo, é a obrigatoriedade de julgamento no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa (...). A demora do processo penal, além de poder significar restrições ilegítimas dos direitos do arguido, acabará por esvaziar de sentido e retirar conteúdo útil ao princípio da presunção de inocência*” ³⁰⁷.

Como sintetiza o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/91 (sendo Relator o Conselheiro Sousa e Brito) ³⁰⁸, o art. 32.º, n.º 2, da Constituição “*consagra, genericamente, o princípio da presunção de inocência do arguido e ainda, especificamente, uma das suas decorrências — a*

²⁹⁸Alexandra Vilela, *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*, Coimbra, 2000, pgs. 14, 76-81.

²⁹⁹“*Tão amigos que nós éramos*”: o valor probatório do depoimento do co-arguido em processo penal in *RMP*, n.º 74, 1998, pg. 47.

³⁰⁰Ac. do Tribunal Constitucional n.º 406/98, pg. 391.

³⁰¹Helena Magalhães Bolina, *Razão de ser...*, pg. 453.

O princípio da presunção de inocência é também um critério dirigido ao legislador no sentido de proibir a consagração de presunções de culpa (*id.*, *ib.*).

³⁰²Alexandra Vilela, *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*, Coimbra, 2000, pg. 19.

³⁰³Helena Magalhães Bolina, *Razão de ser...*, pg. 453.

³⁰⁴In *ATC*, 33.º vol., 1996, pg. 846.

³⁰⁵Cit. por Anabela Rodrigues, *Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal* in *RPCC*, 6, 1996, números 3-4, pg. 526.

³⁰⁶Anabela Rodrigues, *Os processos sumário...*, pg. 526.

³⁰⁷Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, pg. 204.

³⁰⁸In *ATC*, 19.º vol., 1991, pgs. 571-572.

injunção dirigida ao legislador ordinário e aos tribunais para que, dentro do possível, promovam com celeridade a justiça penal”.

Se o princípio de celeridade processual conduziu à consagração da não obrigatoriedade de instrução, então também pode justificar a reformulação da acusação pelo Ministério Público.

Neste sentido, o princípio da celeridade direcciona a busca de instrumentos processuais para facilitar (o processo sumário, a suspensão provisória do processo, o processo abreviado ³⁰⁹,...). “*É patente no novo regime processual penal (...) uma preocupação flagrante de celeridade (...) procurando afâstar o estigma da morosidade que persegue a justiça*” (Acórdão do S.T.J., de 5 de Abril de 1989) ³¹⁰.

O direito ao processo célere, corolário do princípio da presunção de inocência, tem que ver não só com prazos legais para a prática dos actos processuais, mas também com a sua observância pelo próprio tribunal ³¹¹.

8.4.1. Prazos de instrução

Requerida e aberta a instrução, esta prolonga-se durante o período de tempo que o art. 306.º autorizar ³¹²

- O prazo geral é de quatro meses (art. 306.º, n.º 1, “*in fine*”);
- O prazo é de dois meses, se houver arguidos presos ou sob obrigação de permanência na habitação (art. 306.º, n.º 1);
- Neste último caso, o prazo é elevado para três meses, se a instrução tiver por objecto os crimes previstos no n.º 2 do art. 215.º (terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, crime punível com pena de prisão de duração máxima superior a 8 anos; artigos 299.º, 312.º, n.º 1, 315.º, n.º 2, 318.º, n.º 1, 319.º, 326.º, 331.º, 333.º, do C.P.) (art. 306.º, n.º 2, do C.P.P.);

O prazo conta-se a partir da recepção do requerimento de abertura de instrução (art. 306.º, n.º 3).

Assim se inculca a “*intenção de imprimir celeridade ao processado*” (Souto de Moura) ³¹³.

8.4.2. Mecanismo da aceleração processual

O direito ao processo célere “*engloba no seu âmbito normativo o «princípio da aceleração do processo»*”, articulado com os princípios da oralidade, imediação e concentração ³¹⁴.

O juiz de instrução criminal está sujeito ao controlo que resulta do mecanismo da aceleração processual. Previsto constitucionalmente no art. 32.º, n.º 2, 2.a parte, da Constituição (“*juízo num prazo curto*”), a garantia processual de Direito ordinário do C.P.P. consta no art. 2.º, n.º 2, da

³⁰⁹Germano Marques da Silva, *A Reforma do Código de Processo Penal e as perspectivas de evolução do direito processual penal* in *SI*, t. XLVIII, 1999, números 277-279, pg. 73.

³¹⁰In *Direito Processual Penal (textos de apoio às aulas práticas)*, José Lobo Moutinho, AAFDL, 1989, pg.79.

³¹¹Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, pg. 204.

³¹²O art. 2.º, n.º 2, da lei de autorização legislativa (Lei n.º 43/86, de 26 de Setembro) que define o seu sentido e extensão refere:

“20) *Regulamentação, em termos estritos, da matéria respeitante a prazos e às consequências do seu incumprimento por todos os intervenientes no processo penal; exigência de fundamentação para o não cumprimento de um prazo;*”.

³¹³José de Souto Moura, *Inquérito...*, pg. 125.

³¹⁴Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, pg. 204.

lei de autorização legislativa (Lei n.º 43/86, de 26 de Setembro) que define o sentido e extensão ³¹⁵, bem como nos artigos 108.º a 110.º do CP.P. Se “*tiverem sido excedidos os prazos previstos na lei para a duração de cada fase do processo, podem o Ministério Público, o arguido, o assistente ou as partes civis requerer a aceleração processual*” (art. 108.º, n.º 1); a competência cabe ao Conselho Superior de Magistratura (art. 108.º, n.º 2, al. b)) ³¹⁶.

Este incidente “*tem natureza administrativa e, por isso, as medidas não têm qualquer efeito sobre os actos praticados ou a praticar*” ³¹⁷, dado que estamos perante prazos ordenadores ³¹⁸.

A decisão poderá ser no sentido de “*Propor ou determinar as medidas disciplinares, de gestão, de organização ou de racionalização de métodos que a situação justificar*” (art. 109.º, n.º 5, al. d)).

8.4.3. Mecanismo da organização do rol de processos atrasados pela secretaria

Outro controlo é o da organização do rol de processos atrasados pela secretaria (art. 105.º, n.º 2), que sucederá oficiosamente ou a pedido da autoridade judiciária competente (sendo remetido ao superior hierárquico) ³¹⁹.

8.4.4. Prazos de inquérito

Também no inquérito existem prazos máximos de duração, constantes no art. 276.º, n.º 1 (apenas excepcionado pelos números 2 e 3, respeitantes a casos de criminalidade organizado e outros que o justifiquem) (os prazos não foram mais reduzidos, no intuito de não prejudicar a investigação).

Segundo Frederico de Lacerda da Costa Pinto, estes prazos são estabelecidos em favor da investigação criminal e em favor do arguido que, “*desta forma, não poderá estar sujeito ad eternum*” à investigação. Por outro lado, “*são também estabelecidos em nome da própria vítima*” ³²⁰: “*Também poderá ser do interesse da vítima que a investigação corra o mais rapidamente possível, nomeadamente para efeitos de conservação de prova ou de utilidade da prova recolhida*” ³²¹.

³¹⁵O art. 2.º, n.º 2, da lei de autorização legislativa (Lei n.º 43/86, de 26 de Setembro) que define o seu sentido e extensão refere:

“21) *Consagração de um incidente destinado a compelir à aceleração do processo ou à realização de julgamento, tendo em vista os prazos máximos previstos pela lei, sendo o pedido decidido pelo Procurador-Geral da República se o processo estiver sob a direcção do Ministério Público ou pelo Conselho Superior da Magistratura nos demais casos.*”

³¹⁶Quanto à fase de julgamento, José António Barreiros critica a competência do Conselho Superior de Magistratura, devido à inexistência de hierarquia entre este e os juizes do processo, pelo que se vê “*atenuada na sua projecção*”. A versão final deste pteceito afastou a versão inicial do Projecto, no qual se salvaguardava sempre “*a competência judicial, sendo o grau mínimo de jurisdição (...) a secção criminal*” do Tribunal da Relação (José António Barreiros, *O julgamento no novo Código de Processo Penal in Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Almedina, Coimbra, 1997, pg. 282).

³¹⁷Com efeito, os prazos ordenadores, contrapondo-se aos prazos dilatatórios e aos prazos peremptórios, “*estabelecem um limite de tempo para a prática dos actos*”, mas sem por isso, se praticados após o decurso desse tempo, perderem a validade (Germano Marques da Silva, *Curso...*, II, pg. 51).

³¹⁸“*A generalidade dos prazos processuais para a prática de actos pelo tribunal, pelo Ministério Público na fase de inquérito, e pela secretaria são prazos meramente ordenadores*” (Germano Marques da Silva, *Curso...*, II, pg.45).

³¹⁹José Souto de Moura, *Inquérito...*, pg. 101.

³²⁰Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *Curso...*, pg. 115.

³²¹Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *Curso...*, pg. 116.

Os prazos do art. 276.º são prazos ordenadores ou prazos disciplinares. Embora sejam prazos máximos de natureza imperativa, do seu excesso não resulta qualquer efeito processual de inexistência, nulidade ou ineficácia dos actos praticados posteriormente ao termo final ³²².

Manzini define os prazos ordenadores ³²³ (ou cominatórios) como “*aqueles que fixam um período de tempo dentro do qual é permitido ou ordenado o desenvolvimento de uma determinada actividade processual, mas sem que a inobservância do prazo implique sanções processuais. (...) Os prazos (...) são fixados para assegurar a boa ordem processual (donde o nome de ‘ordenadores’)*” ³²⁴.

É também conhecida a distinção de Teoria Geral do Direito entre normas ordenadoras e sancionadoras ³²⁵.

Ao M.P. compete, no exercício dos poderes de gestão material jurídica da investigação, e na conciliação dos princípios da celeridade e eficiência do processo, providenciar para que o inquérito consuma a sua finalidade própria no mais curto espaço de tempo possível, dentro dos limites temporais máximos estabelecidos no art. 276.º

Se estes prazos máximos forem excedidos, existe irregularidade ³²⁶ (art. 123.º do C.P.P.). No entanto, o magistrado do Ministério Público poderá ser sujeito a responsabilidade disciplinar e, indirectamente, poderá ser causa de prescrição do procedimento criminal ³²⁷. Por outro lado, também existe a possibilidade de recurso ao mecanismo do referido artigos 108.º, desta feita cabendo a competência ao Procurador-Geral da República (art. 108.º, n.º 2, al. a)).

Existe a possibilidade de aplicação dos referidos mecanismos de aceleração processual. O Procurador-Geral da República poderá tomar conhecimento, por via do art. 105.º, n.º 2, ou por qualquer outra via, da ultrapassagem dos prazos, assistindo-lhe a faculdade de passar o processo para outro magistrado (art. 276.º, n.º 4), (sem prejuízo do art. 109.º) ³²⁸.

Deste modo, o método proposto foi do controlo ou fiscalização extraprocessual, apreciando-se processo por processo (José Souto de Moura) ³²⁹.

Assim, os limites cronológicos para a realização de inquérito destinam-se a imprimir tempestividade às investigações e, por outro lado, limitar a um lapso de tempo previamente determinado a condição de quem a tal inquérito está submetido ³³⁰. Embora este sistema tenha

³²²José Lopes da Mata, *Natureza...*, pg. 175.

³²³O art. 145.º do CPC, de aplicação subsidiária em processo penal (art. 4.º do CPP), refere:

- “1. O prazo é dilatatório ou peremptório.
2. O prazo dilatatório difere para certo momento a possibilidade de realização de um acto ou início da contagem de um outro prazo.
3. O decurso do prazo peremptório extingue o direito de praticar o acto.”

³²⁴Manzini *apud* José Lopes da Mora, *Natureza...*, pg. 173.

³²⁵Na sua forma mais completa, a norma jurídica tem previsão, estatuição e sanção.

Mas a sanção decorre da existência de outras normas jurídicas, que estabelecem sanções. Estas chamam-se normas sancionadoras, em relação às primeiras, que têm o nome de ordenadoras (Castro Mendes, *Introdução...*, pg. 55).

A sanção é o efeito jurídico constante da estatuição de uma norma — a norma sancionadora — que só actuará em caso de violação de uma norma pré-existente — norma ordenadora — violação esta descrita na previsão da norma sancionatória (Pedro Eiró, *Noções Elementares de Direito*, pg. 47).

As normas que atribuem os direitos e os deveres são as normas sancionadoras, a que os antigos também chamavam normas geradoras (Nuno Sá Gomes, *Introdução...*, pg. 123). As normas cuja previsão é a violação das normas ordenadoras e cuja estatuição é a sanção são as normas sancionatórias (Nuno Sá Gomes, *Introdução...*, pg. 123).

³²⁶Paulo de Sousa Mendes, *O Processo...*, pg. 111.

³²⁷Neste sentido, Paulo de Sousa Mendes, *O Processo...*, pg. 111.

³²⁸José Souto de Moura, *Inquérito...*, pgs. 101-102.

³²⁹José Souto de Moura, *Inquérito...*, pg. 102.

³³⁰Giovanna Ichino, *Obrigatoriedade...*, pg. 63.

alguma flexibilidade, é patente que o Legislador considerou que um inquérito ou uma instrução demasiado arrastados no tempo são prejudiciais, pelo que municiou alguns mecanismos para que atrasos não sucedam.

8.5. A paz jurídica do arguido

Existe outro argumento, utilizado por Teresa Pizarro Beleza: voltar sempre atrás, além de violar o art. 32.º, n.º 2, da Constituição, viola a garantia de paz jurídica do arguido, que impede que este seja consecutivamente submetido a novos processos; dado que um novo inquérito é materialmente um processo que corre “*ab initio*”.

Deste modo, o princípio da paz jurídica “*evita que o arguido seja colocado perante sucessivos processos crime em que o objecto do processo se repete parcialmente*”³³¹. Apesar de beneficiar da presunção de inocência, o arguido tem interesse na rápida conclusão do processo (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 610/96, de 17 de Abril³³²).

Por outro lado, o princípio aludido evita, tanto quanto possível, que haja medidas de coacção, de que o arguido é objecto, que funcionem “*ex novo*”, em cada processo, não obstante a identidade parcial dos factos³³³; e que podem revelar-se ilegítimas.

Aplicando a Doutrina processual administrativista e dos direitos fundamentais, Goerlich e Sérvulo Correia referem o seguinte:

Dada a sua natureza como núcleos irradiantes de todo o ordenamento jurídico, os direitos fundamentais são “*auxiliares de interpretação*”. As normas processuais devem ser interpretadas de acordo com a sua capacidade de satisfação dos direitos fundamentais³³⁴, devendo privilegiar-se um sentido de uma norma processual amigo daqueles.

8.5.1. A paz jurídica comunitária

A paz jurídica do arguido é englobada pelo princípio mais lato da paz jurídica comunitária.

Com efeito, a paz jurídica comunitária foi posta em causa pelo crime. A punição procura ser a ordem que se segue ao caos, com a reafirmação da validade da norma violada.

Esta finalidade do processo penal, no plano mais amplo da comunidade jurídica, que reitera a sua fidelidade aos bens jurídico-penais, apesar do crime, “*sucedará com tanto maior probabilidade e eficácia quanto menor for o tempo que mediar entre a prática do crime e a realização do processo penal*” (Figueiredo Dias)³³⁵.

8.6. Os direitos do arguido

Dir-se-á que, após o inquérito ter concluído pela alteração substancial dos factos, incorporando o facto não autonomizável, o arguido poderia requerer a (re)abertura de instrução. Mas estamos precisamente na instrução, subfase idónea para ocorrer a contestação, sem necessidade de um novo inquérito. No inquérito, o arguido não terá intervenção. A instrução configura, por isso, o momento ideal para a salvaguarda dos direitos do arguido.

A utilidade da instrução permite resolver, desde logo, a questão.

8.6.1. A salvaguarda do direito de defesa do arguido. Princípio do contraditório

³³¹Marques Ferreira, *Da alteração...*, pg. 237.

³³²Sendo Relatora a Conselheira Maria Fernanda Palma (in *ATC*, 33.º vol., 1996, pg. 845).

³³³Marques Ferreira, *Da alteração...*, pg. 237.

³³⁴Sérvulo Correia, “*O direito dos interessados à informação. Ubi ius, ibi remedium*”, comentário ao Acórdão do S.T.A., de 2-5-96, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 5, pg. 11. V., do mesmo Autor, *Direitos Fundamentais...*, pgs. 108, 106.

³³⁵Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, 1988-9, pg. 23.

O Código italiano reconhece ao M.P. o poder de modificar a imputação e ao imputado (ou ao defensor) o poder de contestá-la.

Esta solução é compatível com as garantias de defesa do arguido.

O princípio do contraditório (art. 32.º, n.º 5, 2.ª parte, da Constituição) (“*audiatur et altera pars*”) impõe o dever e o direito de o juiz ouvir as razões das partes em relação a assuntos sobre os quais tenha de proferir uma decisão; implica, na formulação de Figueiredo Dias, que toda a prossecução processual se deve cumprir de modo a fazer ressaltar não só as razões da acusação, mas também as da defesa.

“*No princípio do contraditório, podemos encontrar (...) uma ideia de contradição sistemática entre as posições da acusação e de defesa, ideia que há-de assumir a sua expressão máxima na fase de julgamento (ao contrário das fases anteriores), pois nela se encontra a produção, a crítica e a contradição das provas em que o tribunal irá fundar a sua convicção*”³³⁶ (Rui Patrício).

O princípio do contraditório corresponde a uma forma específica de construir a decisão final: “*as decisões do tribunal devem partir de uma ponderação dos contributos dos diversos sujeitos processuais (contraditório em sentido amplo)*” (Frederico Lacerda da Costa Pinto)³³⁷.

O princípio do contraditório também significa, especificamente no que respeita ao arguido, que este tem o direito de intervir no processo, de se pronunciar e de contraditar os elementos de prova e argumentos jurídicos trazidos ao processo, “*o que impõe designadamente que ele seja o último a intervir no processo*”³³⁸:

Como refere o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 173/92, nenhuma decisão pode ser tomada contra o arguido em processo penal sem que lhe tenha sido dada a possibilidade de discutir essa decisão e os seus eventuais fundamentos, e de os discutir em condições de plena liberdade e igualdade com os restantes actores processuais, designadamente o Ministério Público, porta-voz da pretensão punitiva do Estado-administração³³⁹.

O princípio do contraditório, bem como o princípio da igualdade de armas, é um elemento incidível de um processo equitativo³⁴⁰ (art. 6.º, n.º 1, da CEDH). Assim, deve ser verificado segunda as circunstâncias particulares de dado caso, tomando em consideração o processo no seu conjunto³⁴¹: o arguido deve ter possibilidades razoáveis de defender os seus interesses, numa posição não inferior à contrária³⁴².

O princípio da contraditoriedade, que manifesta o princípio da igualdade perante a tutela jurisdicional³⁴³, que, quanto à instrução, tem um afloramento directo no art. 301.º, n.º 2, não é beliscado.

Também em Itália a Lei de autorização legislativa dispunha no n.º 3 do art. 2.º: “*a participação da acusação e da defesa, com base na paridade em todos os estados e graus do processo*”.

Diversamente do que sucede na instrução, o princípio do contraditório tem uma incidência limitada na fase de inquérito, sendo restringido ao contraditório passivo, incluindo a possibilidade

³³⁶Rui Patrício, *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português. (Alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português)*, AAFDL, 2000, pgs. 64-65.

³³⁷Frederico Lacerda da Costa Pinto, *Curso...*, pg. 227.

³³⁸Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, pg. 206.

³³⁹Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 173/92, de 7 de Maio, in *Direito Processual Penal. Jurisprudência, Casos Práticos e Exames*, Frederico Isasca, SPB, 1994, pg. 288.

³⁴⁰Ireneu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Anotada*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1999, pg. 134.

³⁴¹Ireneu Cabral Barreto, *A Convenção...*, pg. 133.

³⁴²Ireneu Cabral Barreto, *A Convenção...*, pg. 133.

³⁴³Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 3.ª ed., revista e actualizada, Coimbra Editora, 2000, pg. 271.

de presença do arguido e de impugnação de determinados actos processuais ³⁴⁴. O inquérito é, por isso, uma fase de investigação, secreta, “*de reduzidas concessões ao contraditório*” ³⁴⁵.

Na instrução, antes de encerrar o debate, o juiz concederá de novo a palavra ao arguido para que reformule em síntese as suas conclusões sobre a suficiência ou insuficiência dos indícios recolhidos e sobre questões de direito de que dependa o sentido da decisão instrutória (art. 302.º, n.º 4).

8.7 PRINCÍPIO DO ACUSATÓRIO

O acusatório é um princípio milenar, herdado do Direito Romano. Como referia Wilhelm von Humboldt, “*se se prescindir desse princípio, o processo faz-se inquisitivo, o juiz adquire demasiado poder e intromete-se até nos assuntos privados dos cidadãos*” ³⁴⁶. A separação entre as funções investigativas e as funções judiciais é uma constante no Direito Processual Penal comparado.

O princípio do acusatório (art. 32.º, n.º 5, da Constituição) “*é um dos pressupostos estruturantes da constituição processual penal. Essencialmente ele significa que só pode ser julgado por um crime precedendo acusação por esse crime por parte de um órgão distinto do julgador, sendo a acusação condição e limite do julgamento. Trata-se de uma garantia essencial do julgamento independente e imparcial*” ³⁴⁷.

Estrutura acusatória significa, no plano material, a distinção entre instrução, acusação e julgamento ³⁴⁸; no plano subjectivo, significa a diferenciação entre juiz de instrução e órgão de acusação e juiz julgador ³⁴⁹ (órgão julgador) e entre ambos e órgão acusador (Gomes Canotilho / Vital Moreira ³⁵⁰).

Deste modo, existe:

- a proibição de acumulações orgânicas a montante do processo, de o juiz de instrução ser também o órgão de acusação;
- a proibição de acumulação subjectiva a jusante do processo, isto é, de o órgão de acusação ser também órgão julgador;
- a proibição de acumulação orgânica na instrução e julgamento ³⁵¹ (separação das funções de investigação pré-acusatória e de julgamento ³⁵²).

A acusação é formulada por uma entidade autónoma do juiz de julgamento. Não compete ao tribunal promover o processo. Ao princípio do conhecimento oficioso substituiu-se o princípio da

³⁴⁴Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *Curso...*, pg. 229.

³⁴⁵José Souto de Moura, *Inquérito...*, pg. 96.

³⁴⁶*Apud* Paulo Dá Mesquita, *O segredo do inquérito penal...*, pg. 101.

³⁴⁷Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, pg. 205.

³⁴⁸O princípio acusatório dá ao processo penal a característica de processo de partes. Acusador e acusado encontram-se em pé de igualdade e o julgador numa posição de super-partes, apenas interessado na apreciação objectiva do caso que lhe é submetido (Germano Marques da Silva, *Princípios gerais...* in *DJ*, III, pg. 172).

³⁴⁹Nos termos do art. 40.º do C.P.P., se o juiz interveio num acto específico da fase de instrução — o debate instrutório —, é chamado o ser substituto, na fase de julgamento.

Germano Marques da Silva critica a limitação do impedimento à presidência do debate instrutório, pois o juiz pode já ter formado a sua convicção, por exemplo, ordenando a aplicação ao arguido de medidas de coacção.

Costa Pimenta refere que o preceito é parcialmente inconstitucional, por violar o princípio da defesa (art. 32.º, n.º 1, da Constituição).

O Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 935/96, considerou que, se existir aplicação de medida de coacção pelo J.I.C., que seja chamado a intervir posteriormente, na fase de julgamento, haverá fundamento de recusa ou escusa (art. 43.º do C.P.P.) (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 935/96, de 10 de Julho, in *RMP*, vol. 69, ano 17, 1996, pgs. 139 ss.).

³⁵⁰Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, pg. 206.

³⁵¹Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, pg. 206.

³⁵²Germano Marques da Silva, *Do Processo Penal Preliminar*, Lisboa, 1990, pg. 65.

acusação³⁵³. O tribunal é passivo; esta passividade é traduzida pelo brocardo “*ne procedat iudex ex officio*”³⁵⁴.

O princípio da acusação “*exige, como pressuposto de todo o processo penal, que uma entidade autónoma, que não aquela que vd julgar os factos, investigue e deduza frrmalmente acusação*”³⁵⁵. Assim, não se confunde com a estrutura acusatória, pois esta vai mais além.

Aplicando o princípio referido à ocorrência de alteração substancial de factos, “*se o juiz entender que se indiciam outros factos além dos descritos na acusação e que a alterem substancialmente, recusa a acusação, não pronuncia o arguido*”³⁵⁶ (*supra*).

Este efeito de o tribunal “*recusar a acusação por considerar que 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 impõe que o tribunal a aceite por quaisquer factos (...)*”³⁵⁷.

Nestes casos, por isso, o tribunal não decide que o objecto do processo seja outro; mas tão-só não recebe a acusação³⁵⁸.

8.8. A correlação entre a acusação e a sentença

Não deixa de existir, na solução defendida, tal como na fase de julgamento, o princípio da correlação entre a acusação (em sentido formal do Ministério Público — ou em sentido material — consubstanciada pelo requerimento instrutório) e a sentença instrutória, a decisão de pronúncia³⁵⁹ (o que consubstancia uma garantia de defesa).

Os factos que reflectam alteração substancial dos mesmos não podem ser tomados em consideração pelo Juiz de Instrução Criminal, sem primeiro passarem pela entidade de quem está a cargo a dedução de acusação³⁶⁰.

O “*princípio da correlação entre sentença e a acusação estabelece um limite de poder para o juiz em ordem ao conteúdo da imputação. Este limite tem um aspecto «duplo»: um aspecto lógico, enquanto sanciona a obrigação para o juiz de não reter na sentença uma factispécie concreta diversa da que foi configurada pela imputação definitiva; um aspecto de tutela dos direitos de defesa, enquanto sanciona a obrigação para o juiz de não reter na sentença uma factispécie concreta diversa da que foi definitivamente dada a conhecer ao arguido*”³⁶¹ (Nuvolone).

Se o juiz pronunciar por factos que constituam alteração substancial dos factos, a nulidade com que se comina a violação é sujeita a um regime próprio de arguição, nos termos do art. 309.º, n.º 2. Sendo sanável, não se trata de uma nulidade que siga um regime severo³⁶².

Deste modo, o Legislador foi sensível à ponderação entre o direito de o arguido contar com determinados factos e a justiça material.

Trata-se de um regime compromissório: se as garantias de defesa e o princípio da vinculação temática na fase de instrução forem vulnerados, a nulidade deve poder ser arguida. Mas não se trata de um valor tão fundamental que justifique um prazo de arguição mais lato ou mesmo um regime de nulidade insanável.

A passagem do prazo de arguição de oito dias (art. 309.º, n.º 2) (contados a partir da notificação, considerando-se esta realizada logo que ditado para acta o despacho de pronúncia (art. 307.º, n.º 1 (após a última recente alteração do C.P.P.)) e a consequente sanação criam “*de facto*”

³⁵³Eduardo Correia, *A Teoria...*, pg. 305.

³⁵⁴Germano Marques da Silva, *Do Processo Penal Preliminar*, pg. 62.

³⁵⁵Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *Curso...*, pg. 220.

³⁵⁶Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 171.

³⁵⁷Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 171 (nota).

³⁵⁸Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 171.

³⁵⁹Decisão interna de instrução (Leone, *Manuale...*, pgs. 483-484).

³⁶⁰Cfr. Frederico Isasca, *Alteração Substancial...*, pg. 183.

³⁶¹Nuvolone *Contributo ...*, pg. 122.

³⁶²Outra solução, admitida por Frederico Isasca, é a da aplicação por analogia do regime do art. 123.º” (*Alteração Substancial...*, pg. 189).

uma reformulação do objecto do processo, com a agravante de não ter como fonte directa a acusação do M.P. ou o requerimento de abertura de instrução (acusação em sentido material) do assistente ³⁶³⁻³⁶⁴. E, mais grave, neste caso, as garantias de defesa do arguido são vulneradas.

Melhor seria que fosse consagrada a possibilidade de o M.P. reformular a acusação.

O art. 309.º, números 1 e 2, não está em causa. O que não se deve permitir é que este preceito cumpra uma finalidade diversa da finalidade para que foi eleito.

Só a partir da imputação definitiva se pode estabelecer o princípio da correlação entre acusação e sentença ³⁶⁵.

Ademais, é a quem exerce a acção penal que cumpre fixar o objecto do processo (princípio do acusatório). Ao juiz de instrução não é lícito primariamente conhecer “*ex officio*” do tipo particular de objecto do processo constituído pelos factos não autonomizáveis. Deste modo, será sempre o Ministério Público a reformular a acusação.

O objecto da sentença e o da acusação “*devem ser um e o mesmo, entre um e outro há-de verificar-se uma relação de identidade*” ³⁶⁶.

8.9. A imparcialidade do Ministério Público

Ao contrário da acusação em sentido material do assistente, que é submetida a prévia decisão judicial, o sistema não é tão rígido “*quanto à acusação do Ministério Público, já que, como órgão autónomo de administração da justiça, não valem quanto a ele as suspeitas de parcialidade*” ³⁶⁷.

O art. 219.º, n.º 1, da Constituição, preceitua: “*Ao Ministério Público compete representar o Estado, defender os interesses que a lei determinar, bem como, (...) exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática*”.

Nos termos do art. 1.º do Estatuto do Ministério Público (Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro, alterada pela Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto). O M.P. “*é o órgão do Estado encarregado de, nos termos do presente diploma, representar o Estado, exercer a acção penal e defender a legalidade democrática e os interesses postos por lei a seu cargo*”.

O Ministério Público é hoje “*um órgão autónomo de administração judiciária, cujos agentes são organizados hierarquicamente e subordinados ao Procurador-Geral da República*” ³⁶⁸, cuja legitimidade democrática resulta da nomeação pelo Presidente da República, sob proposta do Governo. O Ministério Público não tem o estatuto de parte, mas o de verdadeiro magistrado, sujeito ao estrito dever de objectividade ³⁶⁹, pelo que está “*interessado no resultado do processo enquanto tal resulta do corresponder à realização da justiça, e não forçosamente porque se tenha realizado a sua pretensão. (...) A pretensão punitiva do M.º P.º é só um instrumento ao serviço da colectividade*” (José Souto de Moura) ³⁷⁰.

O art. 2.º, n.º 2, do Estatuto do Ministério Público analisa a autonomia tanto no critério de objectividade, como no de legalidade.

³⁶³Neste sentido, igualmente, Frederico Isasca, *Alteração Substancial...*, pg. 169.

³⁶⁴Embora haja a possibilidade de recurso, segundo Germano Marques da Silva, sendo aplicável, supletivamente, o regime do art. 379.º (*Curso...*, vol. III, pg. 190):

Ou a decisão admite recurso ou não admite:

— se admite, o recurso pode ter como tímidamente as nulidades;

— se não admite, a arguição das nulidades terá lugar perante o tribunal que proferiu a decisão (art. 668.º, n.º 3, do C.P.C).

³⁶⁵Nuvolone, *Contributo...*, pg. 41.

³⁶⁶Eduardo Correia, *A Teoria...*, pg. 305.

³⁶⁷Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 141.

³⁶⁸Germano Marques da Silva, *A Reforma do Código de Processo Penal e as perspectivas de evolução do direito processual penal* in *SI*, t. XLVIII, 1999, números 277-279, pg. 81.

³⁶⁹Souto de Moura, *Inquérito...*, pg. 98.

³⁷⁰Souto de Moura, *Inquérito...*, pgs. 107-108.

O Ministério Público tem o dever de proceder à descoberta da verdade. A “*superprocura*” do Ministério Público (expressão de Salvatore Panagià³⁷¹) é dominada pelo princípio da imparcialidade, pelo que aquele se configura como o órgão apropriado para proceder ao impulso de reformulação do objecto do processo.

8.10. Certeza jurídica

As componentes essenciais da certeza jurídica são: a estabilidade, a uniformidade do tratamento jurídico, a infalibilidade das consequências jurídicas³⁷². Esta função do Direito advém das premissas juspositivas³⁷³.

A abertura de novo inquérito é susceptível de poder criar incerteza: não se sabe como e quando o processo irá ser resolvido.

8.11. Imediatismo do processo

8.11.1. Produção de prova

Existe também o interesse, ligado à pretensão punitiva, de garantir a produção de prova no mesmo processo. Deve haver, designadamente, o aproveitamento de prova perecível³⁷⁴.

O objecto da prova (art. 124.º) abrange, para além de todos os factos relevantes para a existência do crime imputado ao arguido na acusação, “*novos factos que consubstanciam uma alteração substancial dos factos descritos na acusação (...) e, eventualmente, comprovem a existência dum crime diverso*”³⁷⁵.

8.11.2. Princípio da imediação

O princípio da imediação das provas implica não só o dever de apreciar os meios de prova mais directos, numa relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes no processo, mas também a recepção de prova pelo órgão legalmente competente³⁷⁶, de modo tal que este possa obter uma percepção própria do material que haverá de ter como base da decisão.

Este princípio, que é emanado dos artigos 128.º, n.º 1, 129.º, 130.º, 140.º, n.º 2, 145.º, n.º 3, e 355.º, é também “*desejável*” no processo preliminar (embora, neste, o arbítrio na acomodação necessidades de investigação seja mais amplo, sendo a imediação condicionada pela possibilidade³⁷⁷). Ou seja, o princípio da imediação vale como regra geral para todo o processado (José António Barreiros)³⁷⁸.

Na fase de instrução, contudo, existe um dispositivo normativo que inculca que as diligências de prova obtidas no inquérito só serão repetidas no caso de não terem sido observadas as formalidades legais ou quando a repetição se revelar indispensável à realização das finalidades da instrução.

Deve, por isso, haver a utilização de provas obtidas nas fases processuais de inquérito e de instrução noutras fases sucessivas.

8.11.3. Princípio da concentração

³⁷¹Salvatore Panagià, *Indipendenza del Pubblico Ministero e superprocura: a/cune riflessioni sul tema* in *RIDPP*, 1993, n.º 3.

³⁷²Francesco Palazzo, *Il Principio di Determinazione nel Diritto Penale. La fattispecie*, Padova, Cedam, 1979, pg. 57.

³⁷³Francesco Palazzo, *Il Principio...*, pg. 57.

³⁷⁴José Souto de Moura, *O objecto do Processo* in *Apontamentos...*, II, pg. 21.

³⁷⁵Marques Ferreira, *Meios de prova*, pg. 222.

³⁷⁶Germano Marques da Silva, *Curso...*, II, pg. 129.

³⁷⁷Germano Marques da Silva, *Curso...*, II, pg. 129.

³⁷⁸José António Barreiros, *O julgamento...*, pg. 277.

Por outro lado, há que garantir a produção de prova no mesmo processo. Mais detalhadamente, há que garantir um tempo mínimo entre a produção de prova e a decisão judicial.

Sendo este aspecto instrumental relativamente ao princípio da imediação³⁷⁹, os actos processuais devem, sempre que possível, praticar-se de modo concentrado, seguidamente, com o menor intervalo de tempo entre eles; para que as impressões colhidas pelo juiz não se apaguem (princípio da concentração).

Considerar desde logo o facto é fazer relevar a organização do processo penal, impedindo-o de ser uma amálgama (mediante o recuo ao inquérito), evitando cair no caos jurídico-processual penal.

8.11.4. Conexão de processos

Uma vantagem importante que a consagração da solução de reformulação da acusação traz é a de permitir a conexão de processos de modo eficaz e amplo.

Por exemplo, A e B são acusados do crime de furto, o primeiro como autor e o segundo como instigador. Requerida a instrução, descobre-se que o facto que indicia a violência por parte de A; e que o instigador³⁸⁰ apenas havia instigado à prática de um crime de furto simples.

A alteração é substancial (*supra*).

O instigador só responde na medida em que o facto principal coincida, esteja de acordo com o seu dolo³⁸¹. Se, pelo contrário, o autor material “faz mais” (em excesso) do que o pretendido pelo instigador, este participante é unicamente “*responsável até ao limite do seu dolo de instigação*”³⁸²; não responde pelo excesso do autor³⁸³. Existe somente instigação ao crime de furto simples.

Noutro exemplo, C e D são acusados de crime de furto simples, o primeiro como autor, o segundo como instigador. Descobre-se, durante a instrução, que a coisa furtada tinha valor elevado, o que permite a qualificação do furto (art. 204.º, n.º 1, al. a)). No entanto, descobre-se também B apenas tinha instigado A a cometer um crime de furto simples, pelo que o excesso do autor não lhe é imputado, sendo-lhe apenas imputado esse crime, sem a circunstância modificativa.

Se o processo de C regressasse a inquérito, em princípio, perder-se-ia a conexão de processos, em virtude de estarem em fases diversas do processo (art. 24.º, n.º 2)³⁸⁴.

8.11.4.1. Autoria — cumplicidade; cumplicidade — autoria

³⁷⁹José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil...*, pg. 157.

³⁸⁰A tipicidade objectiva da instigação analisa-se do seguinte modo:

- a conduta do instigador é dirigida à produção do primeiro resultado da instigação: o nascimento da resolução delitiva no destinatário;
- existe uma relação causal entre esta actividade e a actividade do instigador / ou incremento do risco, para além do permitido;
- existe um juízo de imputação ao instigador do resultado lesivo (Gómez Rivero, *Inducción...*, pg. 172).

A conduta do instigador corresponde à ideia de perigosidade, de incremento do risco “*ex ante*”, de que a sua acção elimine as inibições do autor, determinando a sua adopção e posterior execução de uma resolução delitiva (Gómez Rivero, *La Inducción...*, pg. 176).

³⁸¹O duplo dolo do instigador tem como primeiro objecto de referência produção da resolução do autor do facto; e tem como segundo objecto de referência a execução do facto principal pelo autor, incluindo os elementos subjectivos do tipo e a realização do resultado típico (Jescheck, *Tratado...*, II, pg. 958).

³⁸²Jescheck, *Tratado...*, II, pgs.959-960.

³⁸³Welzel, *Derecho...*, pg. 122.

³⁸⁴Carmona Mora considera que, “*ao contrário do que se passava na anterior lei processual penal —em que a cada concurso criminoso (...) deveria corresponder um único julgamento (...)* —, o novo processo penal, tomando o protelamento excessivo dos julgamentos ou graves riscos para a pretensão punitiva do Estado, desincentiva, claramente, a conexão” (Carmona da Mota, *O juiz...*, pg. 54).

Noutro exemplo, A e B são acusados do crime de sequestro, como autor como cúmplice, respectivamente. Durante a instrução, descobre-se que afinal o autor é B e o cúmplice é A (exemplo *apud* JorGE NORONHA E SILVEIRA).

Como se referiu, a alteração é qualificada como substancial quanto a A e não substancial quanto a B.

Existe “*a priori*” conexão de processos (art. 24.º, n.º 1, al. c) ³⁸⁵).

A decisão instrutória terá de abranger ambos os arguidos, como refere Maia Gonçalves, pois é uma situação de comparticipação.

No entanto, se o primeiro processo regressar à fase de inquérito, a conexão desejada não é possível.

É certo que o processo de A poderia ser suspenso (por aplicação das regras da suspensão da instância), o que abrandaria os inconvenientes do regresso ao inquérito, abrindo a possibilidade de conexão ulterior de processos, no interesse de procura de uma melhor Justiça e harmonização de julgados.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considera que, “*Por vezes, um justo equilíbrio entre a celeridade do processo e a boa administração da justiça pode implicar que o julgamento de um acusado aguarde a instrução de um processo relativo a outros implicados para um julgamento de todos em conjunto*” ³⁸⁶.

No entanto, se esse regime se pode justificar na fase do julgamento, na fase de instrução não se justifica. O sobrestar da decisão colide com os princípios da celeridade processual e da presunção de inocência. Neste caso, seriam não um, mas dois processos paralizados, o que não abonaria o princípio da economia processual; não abonaria, em particular, o segundo arguido, que nada tem que ver com a falha investigativa.

Melhor seria a solução de reformular desde logo a acusação, permitindo uma mais eficaz conexão de processos, evitando qualquer desfasamento e qualquer demora perniciosas.

8.11.4.2. Noutro exemplo, furto e receptação dos objectos furtados devem, em princípio, ser julgados em conjunto, pois que, no caso, existe conexão de processos (Acórdão da Relação do Porto, de 6 de Novembro de 1996 ³⁸⁷).

8.11.4.3. As vantagens da conexão de processos, ou da conexão de situações processuais ³⁸⁸, são várias ³⁸⁹, sendo simbiose de vários princípios, embora carregue valor autónomo.

8.12. Direito de o assistente intervir no processo

³⁸⁵O art. 24.º, n.º 1, al. c), abrange a autoria e a cumplicidade no mesmo crime. No entanto, a responsabilidade penal é sempre individual.

As únicas excepções são as constantes do art. 30.º, sobretudo a alínea c) (dado que, da junção de processos, pode resultar um maior dano).

³⁸⁶Ireneu Cabral Barrero, *Convenção...*, pg. 144.

³⁸⁷Cit. por José António Barreiros, *Competência por Conexão* in *Conferência. O processo penal em revisão. Comunicações*, Universidade Autónoma de Lisboa, 21 de Novembro de 1997, pg. 103.

³⁸⁸José António Barreiros, *A Competência por Conexão...*, pg. 100.

³⁸⁹Os objectivos são:

- a harmonia, a unidade e a coerência do processo;
- a celeridade processual;
- a economia processual;
- a prevenção de contradição de julgados, garantindo uma só decisão para um só caso;
- a salvaguarda de direitos fundamentais dos sujeitos processuais, garantindo a sua mais eficaz concreção (José António Barreiros, *A Competência por Conexão...*, pg. 101).

Por outro lado, quanto ao assistente, o art. 32.º, n.º 7, da Constituição, garante o direito de o assistente intervir no processo.

As vítimas são sujeito passivo do crime; os prejudicados directos, que recebem directamente os efeitos do crime, como os familiares; os prejudicados indirectos, tais como os familiares do sujeito passivo que sofram danos ao intervir para assistir a vítima em perigo ou para prevenir a vitimação³⁹⁰.

A dinâmica das vítimas³⁹¹ em processo penal passou pelo seguinte:

Historicamente, a figura do assistente visou sobretudo promover interesses processuais. Confiou-se na faculdade de iniciativa da vítima para melhorar o desempenho do MP.

Com a proscricção da perseguição privada do crime, o Estado assume o monopólio da faculdade de castigar, transformando o sistema penal num instrumento de controlo directo sobre os seus súbditos³⁹².

A teoria do bem jurídico dissolveu as vítimas no anonimato, em meras abstracções, reduzindo o processo a uma relação Estado-arguido, contribuindo para a sua desumanização³⁹³.

O Estado preocupado em perseguir e em castigar o delinquente pela fragilização do Ordenamento Jurídico, marginalizou as vítimas e incrementa o dano causado com o crime³⁹⁴.

As vítimas sofreram um considerável abandono no processo penal, contribuindo para a desumanização do sistema. A vítima do crime padeceu de um radical e injusto desprezo, pois, para o Direito Penal, pela sua vocação punitiva, a vítima é uma personagem secundária, imanente e fungível³⁹⁵, o sujeito lógico de toda a conduta criminosa, uma abstracção jurídica.

Depois, ocorreu a redescoberta das vítimas. O ponto de vista das vítimas começou a germinar, a ideia de que a vitimação, hoje em dia, não pode ser considerada como mero incidente individual, mas antes como problema de política criminal³⁹⁶.

A dignidade das pessoas e desenvolvimento integral da condição humana na vida social implica que o Direito Processual Penal seja o instrumento para realizar os objectivos máximos da liberdade, da igualdade, da justiça e da paz.

O panorama antecedente, desolador para as vítimas, impôs a necessidade de inventar uma justiça penal humanitária, mediadora, reparadora e compensadora, uma nova justiça que propicie um diálogo respeitoso, rumo a uma reconciliação entre as vítimas e os delinquentes (processo penal comunicativo)³⁹⁷.

Hoje em dia, num clima ideológico diferente, o dispositivo jurídico da intervenção do assistente pode ser reconvertido e legitimado em nome da vítima, como um modo de lhe dar projecção, de não deixar que ela seja a “pessoa esquecida” do sistema de justiça criminal³⁹⁸.

A participação da vítima-assistente no duelo processual poderá, beneficemente, ajudar a reencontrar o seu sentimento de ordem, abalado com o crime (noutros casos, pelo contrário, exacerbará a perturbação)³⁹⁹.

9. A CONCORDÂNCIA PRÁTICA

³⁹⁰Julio Sampedro Arrubla, *Reflexión...*, pg. 361.

³⁹¹Sobre a vítima, Costa Andrade, *A vítima...*; Julio Sampedro Arrubla, *Reflexión sobre la posición de las victimas*, pgs. 355 ss.

³⁹²Julio Sampedro Arrubla, *Reflexión...*, pg. 362.

³⁹³Julio Sampedro Arrubla, *Reflexión...*, pg. 362.

³⁹⁴Julio Sampedro Arrubla, *Reflexión...*, pg. 355.

³⁹⁵García-Pablos *apud* Julio Sampedro Arrubla, *Reflexión...*, pgs. 361-362.

³⁹⁶Maria Rosa Crucho de Almeida, *As Relações entre Vítimas e Sistema de justiça Criminal em Portugal* in *RPCC*, ano 3, 1.º, Jan.-Mar. de 1993, pg. 103.

³⁹⁷Julio Sampedro Arrubla, *Reflexión...*, pg. 367.

³⁹⁸Maria Rosa Crucho de Almeida, *As Relações entre Vítimas e Sistema de Justiça Criminal em Portugal* in *RPCC*, ano 3, 1.º, Jan.-Mar. de 1993, pg. 115.

³⁹⁹Maria Rosa Crucho de Almeida, *As Relações entre Vítimas...*, pg. 116.

A compatibilização das finalidades referidas — do “*jus puniendi*” e da paz social do arguido — é, em nosso entender, alcançada mediante a solução propugnada por Marques Ferreira, similar à que existe no C.P.P. italiano: a “*criação de um despacho reconfirmador da acusação, por iniciativa do Ministério Público, precedido de uma investigação sumária dos factos novos*”⁴⁰⁰.

Há que operar a concordância prática das finalidades em conflito⁴⁰¹ (nos mesmos termos que Konrad Hesse defende quanto aos direitos fundamentais⁴⁰², nas colisões entre direitos ou entre direitos e valores afirmados por princípios ou por normas constitucionais).

O critério de solução de conflitos é o de procurar harmonizar da melhor maneira os princípios discordantes. Como refere Vieira de Andrade, o princípio da concordância prática executa-se através de um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito. Por um lado, exige-se que o sacrifício de cada um dos valores seja necessário e adequado à salvaguarda dos outros. Por outro lado, de acordo com a ideia de proporcionalidade em sentido estrito, impõe-se que a escolha entre as diversas maneiras de resolver a questão se faça em termos de comprimir o menos possível cada um dos valores em causa segundo o seu peso na situação.

Deste modo se atinge uma concordância prática entre os valores analisados, não se devendo aniquilar o seu conteúdo útil.

A “*media via*” que compatibiliza os valores analisados é a solução de refundir a acusação.

A própria metamorfose do objecto do processo obriga à transmutação da acusação, o que sucederá desde logo, aproveitando a instrução, ou mais tarde, após regresso a inquérito, com a possibilidade de haver, de novo, instrução.

Considerar o facto — é razão de justiça. Considerá-lo desde logo é razão de certeza jurídica. Assim o dita o são sentimento do direito.

⁴⁰⁰Marques Ferreira, *Da alteração...*, pg. 237.

⁴⁰¹Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, 1988-9, pg. 25.

⁴⁰²Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, 1988-9, pg. 25.

§ 4.º

ANÁLISE DE OUTRAS SOLUÇÕES

10. REABRIR INQUÉRITO

10.1. Âmbito da reabertura de inquérito

Qual o âmbito da reabertura de inquérito?

Maia Gonçalves defende que deve ser proferida decisão instrutória no sentido de se abrir inquérito quanto aos factos novos, a apreciar oportuna, globalmente e em conjunto com os antigos ⁴⁰³.

Segundo Frederico Isasca ⁴⁰⁴, José Souto de Moura e Tolda Pinto, seria aberto inquérito por todos os factos, angariando todo o material angariado no primeiro processo e no decurso da instrução ⁴⁰⁵ (solução também perfilhada por António Leones Dantas ⁴⁰⁶).

A solução de Germano Marques da Silva é considerar o até aí processado ineficaz, existindo uma excepção inominada “*que determina que o processo seja remetido à fase de inquérito para que, mais bem investigado, possa a acusação abranger, se for o caso, o facto que a audiência de julgamento indiciou*” ⁴⁰⁷.

Segundo Gil Moreira dos Santos, deve existir inquérito ⁴⁰⁸; a verdade material é algo que, pelo fim do processo penal, se antepõe e se sobrepõe ao consenso ⁴⁰⁹.

10.2. Opinião

A opinião acerca da abertura de inquérito foi já transmitida,

O mérito desta solução é chamar a atenção para a unidade que os factos formam, não sendo possível a cisão, em obediência aos princípios da legalidade e da verdade material ⁴¹⁰, A investigação em inquérito apenas dos factos novos, sobrevivendo no decurso da instrução, não seria exequível, atendendo aos inconvenientes e problemas ⁴¹¹ a ele imanentes.

Dir-se-ia: não seria muito relevante distinguir a solução de abrir obrigatoriamente inquérito da solução de Marques Ferreira, uma vez que ambas conduziriam, em princípio, ao resultado mais conducente com o princípio da verdade material; a primeira teria mesmo a vantagem de fazer brotar uma decisão mais matura.

No entanto, o tempo nas decisões Judiciais é também analisável de outro prisma — uma justiça lenta também se torna injusta.

Por outro lado, a solução de abrir obrigatoriamente inquérito não contorna o obstáculo de ser pouco maleável, pouco flexível face às diversas naturezas que uma alteração substancial de factos pode assumir.

Por último, o inquérito poderá prolongar-se indefinidamente.

⁴⁰³Maia Gonçalves, *Código de Processo...*, pg. 568.

⁴⁰⁴Frederico Isasca, *Alteração Substancial...*, pg. 183.

⁴⁰⁵Tolda Pinto, *A Tramitação...*, pg. 778.

⁴⁰⁶António Leones Dantas, *A definição...*, pg. 103.

⁴⁰⁷*Curso...*, III, pg. 281.

⁴⁰⁸Gil Moreira dos Santos, *A Estabilidade...*, pg. 611.

⁴⁰⁹O art. 303.º, n.º 3, não dispensa o inquérito, antes o pressupõe como exigência (Gil Moreira dos Santos, *A Estabilidade...*, pg. 611); o regime do art. 309.º não pode colidir com o regime do art. 119.º, al. d).

⁴¹⁰Tolda Pinto, *A Tramitação...*, pg. 778.

⁴¹¹Tolda Pinto, *A Tramitação...*, pg. 778.

O Ministério Público não irá desenvolver actividade investigatória de vulto, mediante um juízo de probabilidade raiando a certeza, chegar-se-á ao mesmo resultado: uma nova acusação, a findar a fase de inquérito, incorporando o facto novo. Deste modo, não só não é útil, mas também não é necessário (lembre-se a velha frase de Catão: “*Não compreis o que é útil, mas o que é necessário*”).

Mais: o inquérito é uma fase predominantemente secreta, pelo que, em geral, por força das imperiosas necessidades próprias da investigação criminal, é diminuto o poder participativo do arguido⁴¹². **Não existe igualdade de armas** entre a acusação e a defesa na fase de inquérito⁴¹³; o inquérito é dominado pelo Ministério Público e tem uma natureza predominantemente inquisitória, não acusatória, para além de tendencialmente secreta, sujeita ao regime do segredo de justiça, e não contraditória. No inquérito, partindo do dever de objectividade, é apenas dever do M.P. o exercício do contraditório intra-subjectivo (Jorge Gaspar)⁴¹⁴.

O regresso ao inquérito implicaria o recomeçar de todas as operações, o reabrir de uma estrutura demasiado pesada, sem a descoberta de um facto autonomizável.

Como refere Teresa Pizarro Beleza, a “*alternativa de estar sempre a «voltar atrás» é inadmissível até ao art. 32.º, n.º 2, da Constituição*”.

10.2.1. As medidas de coacção

As medidas de coacção são uma área crítica do Direito Processual Penal. A sua aplicação traduz-se num constrangimento a direitos pessoais; em limitações da liberdade.

O Legislador entendeu que a vida em sociedade exige que, em determinados casos e e respeitando certas condições, determinados direitos individuais sejam restringidos. Mediante o recurso às medidas de coacção, o legislador pretendeu garantir a comparência dos indivíduos indiciados como autores de factos puníveis a actos processuais; pretendeu garantir que determinados meios de prova se preservassem para que, posteriormente, em julgamento, toda a prova entre tanto reunida, se não esboroasse⁴¹⁵.

10.2.2. A prisão preventiva

O estudo dos direitos fundamentais em especial começou por se fazer sobretudo em áreas do Direito Criminal, do processo penal, da liberdade de imprensa e do Direito do Trabalho⁴¹⁶. De acordo alguns, o direito fundamental originário é a protecção contra a prisão arbitrária⁴¹⁷.

Tomemos este exemplo paradigmático. A prisão preventiva é condicionada por uma prévia violação do direito. Assim, como sanção visa evitar a perpetração de futuros crimes, sobretudo os de desobediência, resistência; “*é, em primeira linha, um meio de evitar a violação de norma sancionadora de pena (...). Secundariamente é uma obrigação especial de colaboração com a justiça com fundamento penal*” (José de Sousa e Brito)⁴¹⁸.

Segundo o Acórdão do S.T.J., de 11 de Março de 1993, “*porque continua a verificar-se uma unidade de acção em relação a parte dos factos, mantêm a sua validade os actos praticados com base neles, nomeadamente em relação às medidas de coacção que tiverem sido aplicadas*”. No entanto, deste modo, ultrapassar-se-ia os prazos. Ora, as medidas de coacção, *maxime* a prisão preventiva, são de aplicação mínima e extraordinária: a restrição ao bem jurídico liberdade só pode ter carácter extraordinário e consistir numa restrição mínima⁴¹⁹.

⁴¹²Jorge Gaspar *Titularidade da Investigação...*, pg. 54.

⁴¹³Ge4rmano Marques da Silva, *Curso...*, I, pg. 63.

⁴¹⁴Jorge Gaspar *Titularidade da Investigação...*, pg. 54.

⁴¹⁵Rómulo Mateus, *Medidas de Coacção...*, pgs. 125-126.

⁴¹⁶Vieira de Andrade, *Os direitos...*, pg. 69 (nota).

⁴¹⁷Nuno Piçarra, *O Princípio...*, pg. 194.

⁴¹⁸José de Sousa e Brito, *Para uma Fundamentação...*, pg. 110.

⁴¹⁹Assim, David Catana, *As Medidas de Coacção...*, pg. 89.

“a prisão preventiva contende com o direito fundamental da liberdade dos cidadãos e, por isso, a forma como tal liberdade pode ser restringida tem de ter assento na Constituição e a respectiva regulamentação tem de respeitar os princípios da legalidade, da sua necessidade e ainda da proporcionalidade e adequação” (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 70/90, de 15 de Março ⁴²⁰⁻⁴²¹).

Embora o tempo de prisão preventiva sofrida pelo arguido, bem como o tempo de cumprimento da obrigação de permanência na habitação, seja descontado integralmente na pena que lhe for aplicada (art. 80.º do C.P.), pode também haver absolvição.

O art. 28.º, n.º 4, da Constituição inculca que a lei deve prever prazos.

O C.P.P. concretiza a Constituição, referindo que, havendo lugar a instrução, no caso de não ter sido proferida decisão instrutória, que serão, em geral, 10 meses (art. 215.º, n.º 1, al. b)); em determinados casos, o limite pode ser elevado para 12 meses (art. 215.º, n.º 2). Excepcionalmente, em casos de “*excepcional complexidade do crime*”, devido ao número elevado de arguidos ou de ofendidos ou devido ao carácter altamente organizado do crime, o limite é de 16 meses ⁴²² (havendo inquérito, não deve ultrapassar seis meses sem haver acusação (art. 215.0, n.º 1, al. a)).

O art. 9.º, n.º 3, do PIDCP, refere:

“Todo o indivíduo preso ou detido sob acusação de uma infracção penal (...) deverá ser julgado num prazo razoável ou libertado.”

O art. 5.º, n.º 3, da CEDH, refere:

“Qualquer pessoa presa ou detida (...) deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo.”

Este preceito impõe a libertação da pessoa a partir do momento em que a sua detenção deixa de ser razoável, isto é, desde o momento em que a privação da liberdade ultrapassa os limites que se podem aplicar a uma pessoa presumida inocente ⁴²³.

O carácter razoável da prisão preventiva deve ser analisado de acordo com as circunstâncias concretas de cada caso, incumbindo, em primeiro lugar, às autoridades nacionais proceder para que a duração da prisão preventiva não ultrapasse o limite do prazo razoável ⁴²⁴.

Impõe-se ao MP, desde o início, um especial cuidado na apreciação das dilatações de prazos, permitindo prever com antecedência a duração das medidas detentivas, o que constitui uma garantia acrescida para o arguido ⁴²⁵.

⁴²⁰In ATC 15.º vol., 1990, pgs. 267-268.

⁴²¹Sobre o problema da prisão preventiva e a sua aplicação pelos tribunais portugueses, v. Teresa Pizarro Beleza, *A Moderna Criminologia e a Aplicação do Direito Penal in RJ*, n.º 8, Out.-Dez. de 1986, pgs. 58-60 (nota).

⁴²²Pode ainda existir a prorrogação da prisão preventiva por mais 6 meses, tendo havido recurso para o Tribunal Constitucional (o que, “*de jure condendo*”, é discutível, se o recurso não for interposto pelo arguido) ou se o processo penal tiver sido suspenso para julgamento em outro tribunal de questão prejudicial (arr. 215.º, n.º 4).

⁴²³Cabral Barrero, *A Convenção...*, pg. 106.

A manutenção da prisão preventiva não deve surgir como uma execução antecipada da sentença, mas como uma necessidade ditada pela preocupação de garantir a não perturbação do decurso da instrução ou a comparência do acusado perante os juízes. Comparando o preceito com o art. 6.º, n.º 1, o art. 5.º, n.º 3, da CEDH impõe-se uma maior diligência (Cabral Barreto, *A Convenção...*, pg. 144).

⁴²⁴Cabral Barrero, *A Convenção...*, pg. 107.

⁴²⁵Tolda Pinto, *A Tramitação...*, pg. 482.

Como nota Odete Maria de Oliveira, tendo sido requerida a instrução, o prazo de duração máxima até à decisão instrutória “*é superior à soma dos prazos de duração máxima do inquérito e da instrução*”, pois “*há que contar não só com a necessidade de proceder à notificação do despacho de acusação mas também com o prazo para o arguido requerer a abertura de instrução*”⁴²⁶ (diferentemente, nos casos de arquivamento e requerimento de abertura de instrução pelo assistente, o Ministério Público já teria requerido a revogação da prisão preventiva (art. 212.º, n.º 2, al. a)).

Há que contar com o prazo para o juiz de instrução proferir a decisão instrutória (artigos 283.º, n.º 5, e 307.º, números 1 e 3).

Contudo, a Autora refere que “*talvez seja excessivo que o prazo de duração máxima da prisão preventiva até à decisão instrutória exceda em dois meses a soma dos prazos de duração máxima do inquérito e da instrução*” (cfr. artigos 276.º, n.º 1, e 306.º, n.º 1); pelo que “*a diferença de um mês seria mais adequada*” e o Ministério Público deve evitar que exceda nove meses (e não dez), nos casos do art. 215.º, n.º 1, al. b)⁴²⁷.

A prisão preventiva tem carácter excepcional (art. 28.º, n.º 2, da Constituição).

Como reconhece Souto de Moura, a obrigatoriedade de abertura de inquérito pode redundar em prejuízo da economia processual. O início de novo prazo de prisão preventiva no novo inquérito pode “voltar-se contra” o arguido.

A prisão preventiva poderá originar responsabilidade do Estado. A prisão preventiva, só por si, acarreta inúmeros danos: a privação da liberdade, a estigmatização, a privação ou a diminuição de outros direitos fundamentais (incluindo de preparação da própria defesa)⁴²⁸, e um “déficit de inocência”, isto é, um aumento das probabilidades de se ser condenado, ou objecto de uma pena mais dura⁴²⁹.

Trata-se de um caso especial e típico de anormal funcionamento do Estado-Juiz⁴³⁰ (art. 27.º, n.º 5, e 22.º da Constituição).

A “anormalidade” de uma prisão preventiva legal decorre de um acto ilícito posterior, que a torna ilegítima porque violadora de um direito fundamental à liberdade e à garantia dessa liberdade⁴³¹. O funcionamento anormal decorrente de ilegalidade é a violação de prazos ou outras formalidades, competências e procedimentos processuais, por exemplo, o prolongamento da detenção para além dos prazos máximos previstos na lei⁴³². E o mesmo sucede nos casos em que se cumprem prazos máximos de detenção, mas a facilidade da lide pugnava por uma maior brevidade⁴³³.

10.2.3. A ligação não desejável entre o juiz de instrução criminal e o ministério público

Mediante a solução de abrir obrigatoriamente inquérito, pode existir uma ligação não desejável, para cumprimento do princípio do acusatório, alguma “promiscuidade” entre o Juiz e o Ministério Público.

Como refere Souto de Moura, a par da falta de poderes de cognição, o J.I.C. não poderá amputar o evento da pronúncia, ficcionando que ocorreu de certo modo, quando tem a “fundada suspeita” de que ocorreu de modo diverso⁴³⁴.

⁴²⁶Odete Maria de Oliveira, *As Medidas de coacção no novo Código de Processo Penal* in “*Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Almedina, Coimbra, 1997, pg. 190.

⁴²⁷Odete Maria de Oliveira, *As Medidas de coacção...*, pg. 190.

⁴²⁸Luís Guilherme Catarino, *A Responsabilidade do Estado...*, pg. 354.

⁴²⁹Luís Guilherme Catarino, *A Responsabilidade do Estado...*, pg. 354.

⁴³⁰Luís Guilherme Catarino, *A Responsabilidade do Estado...*, pg. 311.

⁴³¹Luís Guilherme Catarino, *A Responsabilidade do Estado...*, pg. 312.

⁴³²Luís Guilherme Catarino, *A Responsabilidade do Estado...*, pg. 316.

⁴³³Luís Guilherme Catarino, *A Responsabilidade do Estado...*, pg. 312.

⁴³⁴*Inquérito...*, pg. 131.

Todavia, o Juiz não deverá ter um papel interventivo e propulsor na reabertura de inquérito ⁴³⁵.

Como refere Germano Marques da Silva, o entendimento dado pela lei ao princípio do acusatório impede que o juiz ordene ao Ministério Público que deduza acusação em conformidade com os factos que considere indiciados ⁴³⁶, que existe em algumas decisões, como nota Teresa Pizarro Beleza. Tomemos os seguintes exemplos:

- 1) No Acórdão do S.T.J., de 28 de Janeiro de 1993, usa-se as expressões “*deve entender-se o tribunal a quo sugeriu ao MP a abertura de novo inquérito quanto a todos os factos*” (e não somente quanto aos factos novos; o que configura quase uma imposição ao juiz; acrescentando a sentença a seguir: “*E tal decisão daquele tribunal não é ilegal*”.
- 2) Maia Gonçalves refere-se a uma “*decisão instrutória de se abrir inquérito quanto aos factos novos, a apreciar em conjunto com os antigos*” ⁴³⁷.
- 3) No Acórdão do S.T.J., de 17 de Dezembro de 1997, referindo-se à fase de julgamento, pode referir-se:

I. No silêncio da lei quanto ao comportamento processual a adoptar (...) afigura-se mais correcta a solução da extracção de certidão de todo o processado (para que o Ministério Público proceder pelos novos factos), que a remessa dos próprios autos (...).

II. A posição legitimamente assumida pelo arguido, de não aceitar a continuação do julgamento pelos factos novos como também quanto aos da actual acusação, por estes serem elementos essenciais a ambos os tipos de crime, que se apresentam, deste modo, numa relação de interferência.

III. A solução adoptada (não prolação de sentença) corresponde tão só a protelamento da decisão final (sobre a factualidade que vier a ser definitivamente apurada e que poderá eventualmente coincidir com os factos da actual acusação (...)).”

Em nosso entender, este género de argumentos fere o princípio do acusatório; tudo se passa como se o juiz ordenasse a feitura de inquérito ao M.P. Como nota Beling, dando ao juiz a possibilidade de conhecer *ex officio* de um facto novo, ele torna-se, dessa maneira, interessado na punição, transformando-se em «parte» e senhor nas suas relações com o arguido. “*Ora, com isso, destrói-se a posição supra-partidária e neutral do juiz: atribui-se-lhe um poder que contém em si o gérmen do seu abuso*” ⁴³⁸.

É sempre necessária a acusação formal e material, para preservar a “pureza da função judicial”.

10.2.4. O pretense argumento da incúria do ministério público ou dos órgãos de polícia criminal

Segundo alguma opinião, com o regime de ser aberto obrigatoriamente inquérito, constante do art. 303.º, n.º 3, o M.P. (art. 53.º) ou os Órgãos de Polícia Criminal (artigos 55.º e 56.º) seriam penalizados por não ter descoberto algo que o J.I.C. descobriu na instrução, nomeadamente uma relação de concurso aparente, mormente uma relação de especialidade, decorrente da variação dos factos. O Ministério Público “*deveria pagar o preço da sua inépcia durante o inquérito, por não ter conseguido ver o que o J.I.C. viu na instrução*” ⁴³⁹.

Não podemos dar a nossa concordância:

⁴³⁵A Criminologia ensina que o papel do juiz de instrução é misto no processo formal de controlo do crime, participando em parte — porventura na maior parte, dependendo a proporção do *tipo* de juiz em causa e das exactas funções que lhe sejam atribuídas — do papel do MP, noutra parte do papel mais específico do juiz (Jorge de Figueiredo Dias / Manuel da Costa Andrade, *Criminologia...*, pgs. 471-472).

⁴³⁶*Curso...*, III, pg. 171.

⁴³⁷Cit. por Teresa Pizarro Beleza, *Apontamentos...*, III, pg. 101.

⁴³⁸Beling *apud* Eduardo Correia, *A Teoria...*, pg. 317.

⁴³⁹Cfr. José Souto de Moura, *O Objecto...* in *Apontamentos...*, II, pg. 42.

Em primeiro lugar, como refere Souto de Moura, os factos novos, que surgem na instrução, podem não revelar incúria ou incompetência do Ministério Público ou dos Órgãos de Polícia Criminal ⁴⁴⁰.

Ainda que assim fosse (os estudos da Criminologia têm colocado em evidência a discricionariedade em sentido sociológico da polícia ⁴⁴¹⁻⁴⁴²; a acção do M.P. assenta sobre um conflito resultante do desfasamento entre o teor das expectativas e o nível dos meios; o aumento dos recursos directamente ao dispor do M.P. estão longe de acompanhar o aumento explosivo da criminalidade a que ele é chamado a responder ⁴⁴³; há potencialmente uma relação de atrito entre o M.P. e os O.P.C. ⁴⁴⁴), nem se poderá dizer que uma solução diversa, de não reabrir inquérito, premiaria a incúria do M.P., pois está em causa um valor mais elevado — a verdade material. A reformulação da acusação é devida, não à superfluidade do inquérito, mas pelo facto de este ficar incompleto.

⁴⁴⁰José Souto de Moura, *Inquérito...*, pg. 132.

⁴⁴¹Como notam Jorge de Figueiredo Dias / Manuel da Costa Andrade (*Criminologia...*, pg. 444), a ideia de discricionariedade da polícia briga com as representações comuns da colectividade em geral e da própria polícia. Segundo tais representações, a polícia é uma instância de controlo virada para a manutenção da ordem e a aplicação da lei, nos termos da mais estrita legalidade. No entanto, estas representações afiguram-se irrealistas, se pensarmos que não é possível atingir a expectativa de “*total enforcement*”, isto é, de resposta da polícia a toda a criminalidade (Jorge de Figueiredo Dias / Manuel da Costa Andrade, *Criminologia...*, pg. 444).

A polícia tem ao seu dispor todas as possibilidades desde o entusiasmo à apatia, desde o fanatismo às discriminações subtis entre situações análogas, desde o comportamento legal ao ilegal. “*É neste sentido e com este alcance que se fala numa discricionariedade de facto (Skolnick), ou discricionariedade em sentido sociológico (Brusten), da polícia*”. Trata-se daquele espaço de liberdade que goza a acção concreta da polícia e que ultrapassa largamente as margens dentro das quais a lei permite a intervenção de considerações de oportunidade da polícia (Jorge de Figueiredo Dias / Manuel da Costa Andrade, *Criminologia...*, pg. 446).

A importância prática desta discricionariedade já levou alguns Autores a assimilar a actuação da polícia à do político.

Algumas variáveis da discricionariedade são as seguintes:

— Gravidade da infracção

A discricionariedade da polícia tende a reduzir-se com a gravidade da infracção (Jorge de Figueiredo Dias / Manuel da Costa Andrade, *Criminologia...*, pg. 454); a disponibilidade da polícia para tomar conta do caso, esclarecê-lo e processá-lo formalmente aumentará com a gravidade da infracção (Jorge de Figueiredo Dias / Manuel da Costa Andrade, *Criminologia...*, pg. 455).

Distância social da polícia em relação à comunidade em que a delinquência ocorre: “*Quanto mais profissionalizada e burocratizada for a organização policial, mais provável será a obediência aos critérios da legalidade*”.

(Jorge de Figueiredo Dias / Manuel da Costa Andrade, *Criminologia...*, pg. 456).

— Relações entre as diversas instâncias de controlo

“*A polícia é particularmente sensível ao modo como representa e aprecia a actuação das restantes instâncias, designadamente o Ministério Público e o tribunal. (...) Oriundos, na sua maioria, dos estratos mais respeitáveis e com elevado nível de aspirações das classes inferiores, os polícias revelam, a par de grande apego aos valores da law and order, uma acentuada rigidez de valores*” (Jorge de Figueiredo Dias / Manuel da Costa Andrade, *Criminologia...*, pg. 457).

A comunidade, por um lado, projecta a polícia como super-herói na luta contra crime; por outro lado, e inversamente, como o assistente solícito que acorre a quem reclama auxílio (Jorge de Figueiredo Dias / Manuel da Costa Andrade, *Criminologia...*, pg. 463).

A sociologia da discricionariedade tem procurado pôr em relevo a natureza dos *goals* e «códigos» informais da polícia como organização (Jorge de Figueiredo Dias / Manuel da Costa Andrade, *Criminologia...*, pg. 465). Como refere Skolnick, “*não deve apelar-se tanto para princípios filosóficos ou para prejuízos pessoais para se compreender a conduta profissional da polícia. O seu comportamento efectivo obedece preferentemente à necessidade sentida de se mostrar um profissional competente, antes que a qualquer outra razão*” (Skolnick *apud* Jorge de Figueiredo Dias / Manuel da Costa Andrade, *Criminologia...*, pg. 465).

Como refere Souto de Moura, o M.P. e o juiz estão condenados a laborar conjuntamente ⁴⁴⁵.

10.3. O destino da instrução

Nesta lógica, suscita-se um segundo problema: o que sucede à instrução?, qual o destino do processo base? Colocam-se problemas quanto à tramitação subsequente do processo.

10.3.1. Suspensão da instância

Frederico Isasca refere que não é possível despacho de pronúncia ou de não pronúncia (art. 308.º, n.º 1). Há que recorrer às normas de processo civil, nos termos do art. 4.º do C.P.P. (integração de lacunas). Não se geraria litispendência (isto é, um processo novo): o processo continua a ser o mesmo; apenas regressa à fase de investigação ⁴⁴⁶. A solução de Frederico Isasca é a de o tribunal ordenar a suspensão da instância, uma vez que ocorreria um motivo justificado. Este conceito seria preenchido, dado que:

- existe uma fundada suspeita da verificação de factos novos que implicam uma alteração substancial dos factos;
- existe a obrigatoriedade de o M.P. abrir inquérito.

Haveria lugar, pois, à aplicação analógica do regime da suspensão da instância ⁴⁴⁷.

O inquérito teria por base os factos anteriormente conhecidos (A, B e C, por hipótese), aos quais se adicionaria o facto novo (D), o qual fundamenta a suspeita da verificação de uma alteração substancial, permitindo qualificar o furto.

10.3.1.1. Consequências

Findo o inquérito, existem duas possibilidades ⁴⁴⁸:

- a) O M.P. conclui pela suficiência dos indícios quanto a todos os factos e deduz acusação também pelos novos factos na instrução, ficando sujeitos a uma decisão judicial de comprovação, ou seja, o despacho de pronúncia ou de não pronúncia (art. 308.º, n.º 1).

A polícia obedece, como qualquer organização burocrática, a uma racional idade de *eficiência*, de maximização da sua produção (Jorge de Figueiredo Dias / Manuel da Costa Andrade, *Criminologia...*, pg. 466).

O Ministério Público caracteriza-se por uma acentuada burocratização da organização e pela rotina, como consequência do conflito entre os *fins* (ou expectativas da comunidade: a resposta ao crime em termos de legalidade) e os *meios* ao seu dispor. Por via de regra, o M.P. não interage directamente com o arguido, mas apenas como o seu processo (Jorge de Figueiredo Dias / Manuel da Costa Andrade, *Criminologia...*, pg. 497).

⁴⁴²Sobre o papel do Ministério Público no processo formal de controlo, na perspectiva criminológica, v. Jorge de Figueiredo Dias / Manuel da Costa Andrade, *Criminologia...*, pgs. 471 ss.

⁴⁴³Jorge de Figueiredo Dias / Manuel da Costa Andrade, *Criminologia...*, pg. 481.

⁴⁴⁴Por via de regra, o M.P. abstém-se de toda a intervenção directa na fase instrutória, não realizando nem sequer promovendo qualquer iniciativa investigatória, antes aceitando de forma tendencialmente passiva os resultados da investigação conduzida pela polícia (Jorge de Figueiredo Dias / Manuel da Costa Andrade, *Criminologia...*, pg. 497).

⁴⁴⁵José Souto de Moura, *O objecto...*, in *Apontamentos...*, II, pg. 42.

⁴⁴⁶Frederico Isasca, *Alteração Substancial...*, pg. 183.

⁴⁴⁷E não extinção da instância, nem absolvição da instância, nem causa de inutilidade superveniente da lide, nem excepção dilatatória, nem excepção peremptória (Frederico Isasca, *Alteração Substancial...*, pgs. 184-186).

⁴⁴⁸Frederico Isasca, *Alteração Substancial...*, pgs. 186-187.

b) O M.P. não conclui pela suficiência dos indícios quanto ao facto novo. Neste caso, manterá a primeira acusação.

No entanto, neste caso, duas sub-hipóteses são possíveis:

- b1) Nada obsta a que o assistente requeira a abertura da instrução quanto ao facto novo (art. 287.º, n.º 1, al. b)). Este direito exercido pelo assistente sujeita a despacho de pronúncia ou de não pronúncia do juiz de Instrução.
- b2) Se o assistente nada fizer, mantém-se a primeira acusação, isto é, a pronúncia, por exemplo, pelo crime de furto simples (art. 203.º do C.P.), sendo irrecorrível (art. 310.º, n.º 1), por se verificar sintonia ente a acusação do M.P. e a decisão do juiz de instrução.

10.3.2. Decisão instrutória de absolvição da instância

A solução de José Souto de Moura é a de uma decisão instrutória de absolvição da instância naquele processo:

Nem sempre a decisão instrutória redundava num despacho de pronúncia ou de não pronúncia. Existe sempre um momento prévio — o saneamento (art. 308.º, n.º 3). Neste saneamento, o J.I.C. apreciará a questão prévia da sua falta de poderes de cognição, impeditiva da apreciação do fundo da questão, do mérito da causa.

Trata-se de uma decisão de forma, de um arquivamento da instrução, com incidência apenas a nível do caso julgado forma⁴⁴⁹.

Remeter-se-á para novo inquérito toda a factualidade⁴⁵⁰.

10.4. Valoração da solução da suspensão da instância

A suspensão da instância faz manter dois processos pendentes.

Como refere António Leones Dantas, com observações que nos parecem válidas quando se trate de factos não destacáveis, a reabertura de inquérito com objecto alargado iria conduzir a um encerramento da fase do processo⁴⁵¹.

A impugnação desta decisão teria de ser feita através de um novo requerimento de abertura de instrução, já que a nova decisão de encerramento do inquérito abre caminho a um objecto de instrução completamente diverso. Assim, se o M.P., após o inquérito, alarga o âmbito da acusação aos novos factos não autonomizáveis, o arguido, se quiser impugnar esta acusação, terá de requerer a abertura de instrução face ao mesmo, porque o anterior não abrange a matéria de facto agora nele integrada.

Acresce que ainda seria necessário que se seguisse instrução ao novo inquérito, já que a instrução é facultativa⁴⁵². Ainda que tal sucedesse, sempre se teria de ponderar se o juiz de instrução seria competente para conhecer a nova situação, por virtude da conexão de processos⁴⁵³.

Ainda que os dois factores anteriores não obstaculizassem, a suspensão seria possível se o processo retomasse os seus termos, no momento e no estado em que se encontrava na altura da constatação da alteração substancial, o que é impossível por força da alteração do objecto.

Neste ponto, a afirmação de Souto de Moura é feliz: a instrução ficaria a aguardar por coisa alguma⁴⁵⁴.

Mesmo que tal inquérito fosse junto à instrução, o J.I.C. continuaria “preso” pelos factos da acusação do primeiro inquérito. Seria, pois, irrelevante. Melhor, o novo inquérito, em que a

⁴⁴⁹ *Instrução...*, pgs. 132-133.

⁴⁵⁰ *O objecto do Processo in Apontamentos...*, II, pg. 42.

⁴⁵¹ *A definição...*, pg. 102-103.

⁴⁵² Gil Moreira dos Santos, *A Estabilidade...*, pg. 607.

⁴⁵³ Gil Moreira dos Santos, *A Estabilidade...*, pg. 607.

⁴⁵⁴ José Souto de Moura, *O objecto...*, in *Apontamentos...*, II, pg. 42.

acusação surgisse abrangendo os factos novos, só aumentaria os poderes de cognição do J.I.C., numa instrução que, deste modo, seria a sequência ⁴⁵⁵.

De acordo com Gil Moreira dos Santos, a suspensão não é possível, por contrariar a peremptoriedade do prazo para ulatimação da instrução ⁴⁵⁶.

Paulo de Sousa Mendes considera que não há “*suporte dogmático-legal*” e que a paragem da causa é incompatível com a noção dinâmica do processo ⁴⁵⁷.

Ademais, o Juiz de instrução não deve “*paternalizar*” o Ministério Público. Está praticamente tudo investigado.

10.5. Organização de um novo processo

10.5.1. Decisão instrutória de absolvição da instância

Souto de Moura refere que deverá existir uma decisão instrutória de absolvição da instância naquele processo (cfr. art. 308.º, n.º 3), decisão de forma, de arquivamento da instrução, com incidência apenas a nível do caso julgado formal, diferindo do despacho de não-pronúncia ⁴⁵⁸.

10.5.2. Absolvição da instância

A solução aplicação analógica da norma do C.P.C. relativa à absolvição da instância, integrando a lacuna (art. 10.º do C.C.), é propugnada, dubitativamente, por Robalo Cordeiro. No dizer deste Autor, seria uma solução criadora de um pressuposto processual uma solução criadora de um pressuposto processual ⁴⁵⁹.

10.5.3. Arquivamento, por analogia

Não longe desta solução é a proposta de António Leones Dantas, de integrar a lacuna por aplicação analógica do art. 277.º, n.º 1, do C.P.P., sem necessidade de recurso ao C.P.C. A verificação de alteração substancial dos factos tornaria o procedimento legalmente inadmissível, havendo o arquivamento; seria uma decisão de forma que não impediria que o novo processo fosse instaurado para indagação dos factos objecto do processo inicial ⁴⁶⁰.

10.6. Valoração das soluções de organização de um novo processo

10.6.1. Quanto à absolvição da instância “*proprio sensu*” (proposta por Robalo Cordeiro), Marques Ferreira refere que duvidosamente é possível, uma vez que não se vislumbra qualquer “*possibilidade de invocar qualquer das excepções*”, não havendo qualquer excepção dilatória inominada, nem irregularidade; ademais, a al. d) do n.º 2 e a al. c) do n.º 3 do art. 120.º do C.P.P. subtraem as matérias aí indicadas ao conhecimento oficioso do juiz.

Paulo de Sousa Mendes considera que contraria o princípio da legalidade, sendo uma concessão ao princípio da oportunidade ⁴⁶¹⁻⁴⁶².

10.6.2. A análise no tocante a este tipo de solução pode ser unificada.

⁴⁵⁵José Souto de Moura, *Inquérito...*, pg. 133.

⁴⁵⁶Gil Moreira dos Santos, *A Estabilidade...*, pg. 607.

⁴⁵⁷Paulo de Sousa Mendes, *Processo...*, pg. 118 (nota).

⁴⁵⁸José Souto de Moura, *Inquérito...*, pgs. 133-134.

⁴⁵⁹Idêntica à prevista no projecto de reforma italiana, a qual, em situações idênticas, veda o conhecimento do mérito ao juiz, que se limita a proferir “*sentenza di non doversi procedere*”.

⁴⁶⁰António Leones Dantas, *A definição...*, pgs. 105-106.

⁴⁶¹Paulo de Sousa Mendes, *Processo...*, pg. 119.

⁴⁶²Segundo Gil Moreira dos Santos, a absolvição da instância não é aceitável, pois o juiz tem poderes para conhecer da qualificação jurídica que lhe foi proposta e sobre ela não pode deixar proferir decisão.

Existe um valor que não é assegurado — o da paz social do arguido, incomodado e importunado diversas vezes, acentuando e renovando o vexame para o acusado de ser objecto de novos processos ⁴⁶³.

Por exemplo, existe um processo por crime de homicídio simples na forma tentada impossível, na fase de instrução (artigos 131.º, 22.º, 23.º, n.º 2, 23.º, n.º 3, “*a contrario*”, do C.P.).

Se se vier a descobrir o facto K, que prova que o agente é descendente, que qualifica o homicídio (art. 132.º, n.º 2, al. *a*), do C.P.), haverá uma alteração substancial dos factos por força do art. 1.º, n.º 1, al. *f*), 2.ª parte, do C.P.P.: em lugar de um limite máximo de 16 anos (art. 131.º), o limite máximo é de 16 anos e 7 meses, nos termos dos artigos 132.º, n.º 2, al. *a*), 23.º, n.º 2, e 73.º, n.º 1, al. *a*), do C.P.

O facto não é autonomizável. Haveria absolvição da instância.

Aberto um novo processo, chega-se à fase de instrução.

Sobrevém então o facto L, que prova que a vítima estava viva no momento do disparo. Esta variação dos factos é substancial, na medida em que agrava os limites máximos das sanções aplicáveis (art. 1.º, n.º 1, al. *f*), 2.ª parte, do C.P.P.): a moldura penal deixa de ser atenuada (nos termos atenuação obrigatória, prevista no artigo 23.º, n.º 2, com remissão obrigatória para os artigos 72.º e 73.º do C.P.) — é então aplicável a moldura global prevista para o crime na forma consumada (art. 132.º, n.º 1: 12 a 25 anos).

Haveria novamente absolvição da instância e novo processo.

Julgamos que a solução da absolvição da instância pode conduzir a este resultado, não conducente com o princípio da economia processual.

10.6.3. Existe também o problema do debate instrutório, que é obrigatório.

O problema é o seguinte (em particular para a via de absolvição da instância): se não tivesse sido realizado ainda o debate instrutório, *quid juris?*

O debate instrutório é obrigatório. Assim, a solução de Souto de Moura é a de que, apesar de aparentemente inútil, deverá ser realizado ⁴⁶⁴.

Mas, se há uma decisão instrutória de absolvição da instância, não se percebe por que deve ser realizado.

Em coerência, dever-se-ia defender a sua não realização. No entanto, tal viola a lei.

10.6.4. Abrir inquérito acaba por criar incerteza; não se sabe o que destino dar à instrução.

As soluções afloradas não são, por isso, estruturalmente articuladas, uma vez que são susceptíveis de provocar a desagregação da unidade processual, a quebra da harmonia dos diversos actos do processo; ao arrepio do princípio da celeridade processual.

Como refere Teresa Pizarro Beleza, as soluções de suspensão da instância e de absolvição da instância parecem contornar a estrutura acusatória e levantar sérios problemas quanto a prazos de inquérito, medidas de coacção e prescrição ⁴⁶⁵.

11. SOLUÇÃO DA PRETERIÇÃO ABSOLUTA DE CONHECIMENTO DOS FACTOS NOVOS

11.1. Exposição

Esta solução propugna a continuação do processo em curso, com preterição absoluta de conhecimento da alteração substancial de factos.

⁴⁶³Eduardo Correia, *A Teoria...*, pg. 305.

⁴⁶⁴José Souto de Moura, *Inquérito...*, pg. 132. Também neste sentido, Tolda Pinto (*A Tramitação...*, pg. 778), apesar de poder surgir como uma inutilidade, na medida em que se estará em presença da eventual discussão de questões relacionadas com a apreciação da prova e do preenchimento ou não do conceito de alteração substancial.

⁴⁶⁵*Apontamentos...*, III, pg. 107.

Paulo de Sousa Mendes considera que há dois interesses em confronto: o interesse do arguido na manutenção da “*eadem res*” e o interesse público na eficaz perseguição e condenação dos crimes efectivamente cometidos ⁴⁶⁶. Dada “*a concreta estrutura acusatória do nosso processo penal, no qual a função do juiz é materialmente judicial*”, o processo prossegue os seus trâmites, com “*inexorável sacrifício parcial do conhecimento da verdade material*”; trata-se apenas de “*escamotear alguns concretos factores de avaliação da quantidade de pena*” ⁴⁶⁷.

11.2. Valoração

O mérito desta solução consiste em ponderar o valor da paz social do arguido.

Apesar de ser um valor relevante, no confronto com outros princípios e interesses, nomeadamente com o princípio da **verdade material**, não justifica a cristalização do objecto do processo e a continuação, sem mais, com o objecto originário do processo. O interesse público, constitucionalmente protegido, na aplicação da lei penal, é de ordem superior (Giovanna Ichino) ⁴⁶⁸. Como refere José Souto de Moura, “*os interesses colectivos que se jogam no processo penal tornam definitivamente inaceitável que nos abriguemos*” no campo do formal, “*quando se ignoram factos e se forja uma pronúncia, que se sabe ser contada com toda a probabilidade uma mentira*” ⁴⁶⁹. Por exemplo, o J.I.C. não se pode pronunciar por furto simples, se há um furto qualificado ⁴⁷⁰.

Com efeito, estamos numa fase embrionária.

A solução não confere um conteúdo relevante à alteração substancial de factos ocorrida ⁴⁷¹. Com o processo longe de terminado, o facto nunca poderia ser incorporado.

Como refere novamente Souto de Moura, “*se o juiz não pudesse conhecer os factos novos e ninguém mais os pudesse ter em conta*”, chegaríamos à conclusão de que o mecanismo processual estaria muito aquém de uma justiça penal, dominada no aspecto substantivo também pelo **princípio da legalidade** ⁴⁷².

Por outro lado, como se disse, não procede o argumento de o M.P. ser “castigado” por não ter descoberto o facto novo.

A solução analisado poderia ser operante em alguns casos, extirpando, por exemplo, uma circunstância agravante da medida da pena.

Não obstante, teria o inconveniente de remeter para a fase de julgamento esta questão, tornando-a mais tortuosa; teria repercussões nesta fase ou, caso assim não fosse, teria efeitos indesejados ao nível da força consumptiva e da indivisibilidade do caso julgado, pois o facto inextricável não contemplado mais dificilmente poderia ser reapreciado na fase de julgamento; o facto acabaria por ser necessariamente agregado, cabendo na esfera material do caso julgado ⁴⁷³.

⁴⁶⁶Paulo de Sousa Mendes, *Processo...*, pg. 117.

⁴⁶⁷Paulo de Sousa Mendes, *O Processo...*, pgs. 117-119.

⁴⁶⁸Giovanna Ichino, *Obrigatoriedade...*, pg. 63.

⁴⁶⁹José Souto de Moura, *O Objecto...* in *Apontamentos...*, II, pg. 42.

⁴⁷⁰José Souto de Moura, *O Objecto...* in *Apontamentos...*, II, pg. 46 (nota).

⁴⁷¹Como foi referido, a alteração pode resultar de requerimento de abertura de instrução do próprio arguido.

⁴⁷²José Souto de Moura, *Inquérito...*, pg. 132 (nota).

⁴⁷³A decisão formaria caso julgado a dois níveis:

- caso julgado formal: inimpugnabilidade da decisão no âmbito do processo e a sua executabilidade;
- caso julgado material: o que foi julgado não pode voltar a ser objecto de uma nova apreciação e, portanto, de um novo processo; a decisão esgotou o conteúdo do primeiro processo.

O caso julgado abrange a globalidade dos factos que integram o concurso legal, incluindo os não concretamente apreciados. Dá-se assim relevo à eficácia activa e à eficácia omissiva do caso julgado: Os efeitos do caso julgado material da decisão proferida num processo (Z 1) sobre certo objecto da sentença (c) (Miguel Teixeira de Sousa, *O objecto da sentença e o caso julgado material (estudo sobre a funcionalidade processual)* in *BMJ*, n.º 325, Abril de 1983, pg. 178):

Mais grave seriam as consequências em outros casos. Que dizer de situações em que o arguido não seria cúmplice, mas autor do crime?, ou de situações em que não cometeu o crime com negligência, mas com dolo? O juiz não poderia proferir despacho de pronúncia⁴⁷⁴. Ainda que, segundo outro entendimento, assim não fosse, como haveria o M.P. de sustentar no julgamento uma acusação com a qual não concorda inteiramente?⁴⁷⁵.

-
- o efeito positivo, a proibição de acção proveniente do impedimento subjectivo à contradição da decisão (Germano Marques da Silva, *Curso...*, m, pg. 38); a questão deve considerar-se como resolvida nos precisos termos da decisão final (Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 40);
 - o efeito negativo, a proibição de acção resultante do impedimento subjectivo à repetição da decisão; impede-se novo julgamento dessa questão, sobre o mesmo crime.

Estes efeitos conjugam-se em processo subsequente (Z 2) sobre idêntico objecto processual (c) como excepção de caso julgado. O comando de omissão ou a proibição de acção respeitante ao impedimento subjectivo à repetição no processo subsequente do conteúdo da decisão anterior e ao impedimento subjectivo à contradição no processo posterior do conteúdo da decisão antecedente (Miguel Teixeira de Sousa, *O objecto da sentença...*, pg. 178) (embora o caso julgado não esteja expressamente previsto no C.P.P., é subsidiariamente aplicável a disciplina C.P.C., com as devidas adaptações (“*ex vi*” art. 3.º do C.P.P.) (Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 41). Deste modo, impede-se um novo procedimento. Uma nova apreciação violaria o princípio “*ne bis in Idem*” (segundo Frederico Isasca, faria também com que o arguido respondesse pela negligência de outros ou pelos vícios do sistema).

O efeito negativo do caso julgado, “*ne bis in Idem*”, é referenciado no art. 29.º, n.º 5, da Constituição, sendo interpretado correntemente como referido a factos (tendo um conteúdo mais lato do que o caso julgado civil (neste sentido, Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 45: “*A Constituição alarga os efeitos do caso julgado para além dos que resultariam simplesmente da aplicação subsidiária ao processo penal dos efeitos do caso julgado civil*”). A circunstância não poderia ser reapreciada autonomamente; o facto seria necessariamente agredado.

Ademais, outro princípio jurídico é o da consumpção (*supra*). Como refere Miguel Teixeira de Sousa, “*Das relações de inclusão entre objectos processuais nascem as situações de consumpção objectiva; a consumpção objectiva pode ser recíproca se os objectos processuais possuem idêntica extensão, e não recíproca, se os objectos processuais têm distinta extensão; a consumpção não recíproca pode ser inclusiva, se o objecto antecedente engloba o objecto subsequente, e prejudicial, se o objecto subsequente abrange o objecto antecedente*” (Miguel Teixeira de Sousa, *O Objecto...*, pg. 171). Daqui derivam noções como a autoridade de caso julgado e excepção de caso julgado, prejudicialidade objectiva e identidade subjectiva.

⁴⁷⁴Alguns Autores têm opinião diversa, considerando suficiente a presença de indícios de probabilidade de o arguido ter cometido crime, para ser sujeito a julgamento.

⁴⁷⁵No caso de o M.P. ter arquivado o inquérito ou ter mudado de parecer quanto à possibilidade de o arguido ter cometido crime, segundo José Damião da Cunha (*A Participação dos particulares...*, pg. 640), é solução inadmissível caber ao M.P. a tarefa de matricialmente sustentar o conteúdo do despacho de pronúncia (equivalendo este a uma acusação) — isto é, que o M.P. faça “sua” a decisão do juiz de instrução — em ordem a sustentar como hipótese que uma possibilidade razoável de o arguido ter cometido o crime.

O despacho de pronúncia não se pode configurar como uma “ordem” do juiz de instrução (José Damião da Cunha, *A Participação dos particulares...*, pg. 642).

Aceitar que o M.P. possa ser obrigado a sustentar — automaticamente — o despacho de pronúncia, na circunstância de sobressaírem factos novos, é inadmissível, em termos constitucionais (a independência ou paralelismo entre magistraturas) e em função dos princípios e da estrutura do processo penal (José Damião da Cunha, *A Participação dos particulares...*, pgs. 642-643).

Não é viável que o M.P. seja “obrigado” a sustentar uma convicção contrária, pela qual não é responsável.

O M.P. deve atender ao despacho de pronúncia, mas deve assim proceder segundo as regras inerentes à sua autonomia e independência, nomeadamente, pode atender à circunstância de, na fase de instrução,

§ 5.º

12. A FUNÇÃO DO DESPACHO DE PRONÚNCIA

A pronúncia não tem senão uma “*função indiciária e inculpatória*” (Cunha Rodrigues ⁴⁷⁶).

Para a pronúncia, a lei não exige “*a prova, no sentido de certeza moral da existência de um crime, donde se pode formar a convicção de que existe uma possibilidade razoável de que foi cometido o crime pelo arguido*”.

Na pronúncia, o juiz não julga a causa — apenas verifica se se justifica que, com as provas recolhidas no inquérito e na instrução, o arguido seja submetido a julgamento pelos factos da acusação ⁴⁷⁷, embora se trate de um juízo objectivo fundamentado nas provas e nos autos.

O despacho de pronúncia apenas reconhece o direito de acção penal e recebe a acusação (Cavaleiro de Ferreira ⁴⁷⁸).

O despacho de pronúncia procura interpretar e traduzir a acusação com o sentido de exprimir a vontade de uma cognição esgotante do seu objecto. O despacho de pronúncia reflecte um interesse da pretensão punitiva do Estado, ligado à paz jurídico-criminal do arguido ⁴⁷⁹.

A função de garantia da pronúncia era já posta em causa por Luís Osório, no seu *Comentário do Código de Processo Penal Português*, 4.º, de 1933.

O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 124/90, de 19 de Abril, refere: a pronúncia “*desempenha (...) uma pura função de garantia, já que com ela o que se visa é impedir que o arguido seja submetido a julgamento sem que haja motivo sério para tanto*”.

“*Ora, para obter esse desiderato (...) há que fazer passar a acusação pelo crivo de uma decisão judicial*” ⁴⁸⁰.

“*O despacho de pronúncia não representa, pois, uma qualquer antecipação de um juízo de condenação do arguido, tanto mais que a única prova susceptível de conduzir à condenação é a prova que for produzida na audiência de discussão e julgamento, e não aquela que o juiz da pronúncia considerou suficiente para que aquele fosse submetido a julgamento*” ⁴⁸¹.

Assim, o despacho de pronúncia apresenta-se, “*objectivamente, como um instrumento de garantia da inocência do arguido*” ⁴⁸².

Ao passo que a acusação é a síntese da pretensão punitiva do Estado-Administração face ao arguido ⁴⁸³, diferentemente, o despacho de pronúncia constitui antes um juízo provisório do caso, emitido por uma autoridade judicial. E, se constitui o coroar de todo um trabalho de investigação e de análise jurídica tendente à apresentação do caso ao juiz do julgamento, não muito mais, é, essencialmente, o verdadeiro início da fase fundamental visada pelo processo judicial penal: o julgamento público e contraditório do arguido, fim do próprio processo (Simas Santos) ⁴⁸⁴.

sobressaírem novos elementos que, por alguma forma, contrariem a posição por ele anteriormente tomada (José Damiano da Cunha, *A Participação dos particulares...*, pg. 642).

Assim, no caso concreto, a defesa do ponto de vista (a hipótese acusatória) durante a audiência de julgamento, tem de caber a quem, por forma processualmente admissível, solicitou que o facto fosse submetido a julgamento: o assistente (José Damiano da Cunha, *A Participação dos particulares...*, pg. 643). Segundo José Damiano da Cunha (*A Participação dos particulares...*, pg. 641), a solução possível é a de caber ao assistente fazer valer em julgamento o ponto de vista que está legitimado pelo despacho de pronúncia.

⁴⁷⁶José Narciso da Cunha Rodrigues, *Sobre o princípio da igualdade...*, pg. 101.

⁴⁷⁷Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 179.

⁴⁷⁸Cavaleiro de Ferreira, *A Pronúncia*, pg. 13.

⁴⁷⁹Eduardo Correia, *A Teoria...*, pg. 315.

⁴⁸⁰In *ATC*, 15.º vol., 1990, pg. 420.

⁴⁸¹Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 124/90, de 19 de Abril, in *ATC*, 15.º vol., 1990, pg. 421.

⁴⁸²Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 124/90, de 19 de Abril, in *ATC*, 15.º vol., 1990, pg. 420.

⁴⁸³Simas Santos, *Alteração substancial...*, pg. 126.

⁴⁸⁴Simas Santos, *Alteração substancial...*, pg. 126

Como refere Germano Marques da Silva, a “*decisão instrutória de pronúncia é uma decisão com conteúdo meramente processual, pois não se resolve a questão de saber se o acusado deve ou não ser punido*”, “*mas tão-só que se verificam os pressupostos indispensáveis para a submissão a julgamento pelos factos da acusação*”⁴⁸⁵.

A pronúncia (art. 308.º n.º 2) tem três efeitos:

- 1) Na ordem de tramitação processual, tem o efeito de assegurar a continuação do processo, enviando o facto — objecto do despacho de pronúncia — para julgamento. O processo continua para a fase seguinte, sem obstáculos;
- 2) No que tange ao estatuto dos sujeitos processuais, constitui ou mantém o estatuto do arguido, subsistindo o estatuto do assistente⁴⁸⁶.
- 3) Como terceiro efeito, a pronúncia fixa então o objecto do processo da fase de julgamento (cfr. art. 359.º), de alguma forma substituindo as acusações anteriores (ou o requerimento de abertura de instrução) (delimitação do objecto)⁴⁸⁷⁻⁴⁸⁸.

As provas recolhidas nas fases preliminares do processo não constituem pressuposto da decisão jurisdicional de mérito, mas de mera decisão processual quanto à prossecução do processo até à fase de julgamento⁴⁸⁹.

Não sendo o despacho de pronúncia vinculativo, não constitui um obstáculo a poder dar guarida a uma reformulação da acusação por parte do Ministério Público.

⁴⁸⁵Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pg. 186.

⁴⁸⁶José Damiano da Cunha, *A participação dos particulares...*, pg. 640.

⁴⁸⁷Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pgs. 186-188.

⁴⁸⁸Algo diferentemente, José Damiano da Cunha considera que a consequência processual própria é a admissão do facto a julgamento, não a substituição da acusação (José Damiano da Cunha, *A Participação dos particulares...*, pg. 642).

⁴⁸⁹Germano Marques da Silva, *Curso...*, III, pgs. 178-179

§ 6.º

13. A SOLUÇÃO PREFERÍVEL

Concordamos que os factos não são cindíveis, mas não se pode tomar esta afirmação tão à letra. Com efeito, “O processo penal sempre terá de descobrir expedientes que não prejudiquem de forma tão grosseira a aplicação do direito substantivo, e portanto a justiça material”⁴⁹⁰.

A solução de o M.P. poder reformular a acusação é profícua.

Se não houver necessidade investigatória, entendemos que a melhor solução é a do Direito italiano e de Marques Ferreira:

A acusação originariamente contestada necessita de um ajustamento, dado que, do facto agregável, resulta uma alteração substancial dos factos descritos na acusação (por exemplo, adveniente de uma circunstância agravante).

Identicamente, no nosso Direito, será desejável que o M.P. tenha a iniciativa de apresentar ao juiz de instrução criminal uma investigação sumária dos factos não destacáveis; após esta apresentação, o juiz proferirá um despacho reconformador da acusação.

Esta solução também se poderá tornar extensiva, se essa for a opção do Legislador, por razões de economia processual, aos casos de concurso ideal⁴⁹¹. Um argumento que favorecerá este entendimento é o de o art. 24.º, n.º 1, al. a), estender a conexão de processos a vários crimes através da mesma acção ou omissão (concessão subjectiva). Atendendo à “função de esclarecimento” do concurso ideal, isto é, a de proporcionar “a possibilidade, indispensável em Direito Penal, de uma acção ser compreendida exhaustivamente”⁴⁹², uma reformulação da acusação proporcionaria uma melhor perspectiva de análise da lesão dos distintos objectos de acção.

Como Luís de Camões refere, no final “d’Os Lusíadas”:

*“Nem me falta na vida honesto estudo
Com longa experiência misturado”* (Canto X, 154, v. 5-6⁴⁹³).

Estes versos constituem o auto-retrato de Camões⁴⁹⁴: o conhecimento adquirido pelas letras, estudo, experiência; dons naturais, prática e estudo (Carlos Eugénio Corrêa da Silva aproximou estes predicados das três qualidades essenciais do orador⁴⁹⁵).

A “experiência” demonstra que a acusação estava incompleta, carecida de um ajustamento. a “honesto estudo” indica o caminho a trilhar: a solução da reformulação da acusação.

14. CONSEQUÊNCIAS EM SEDE DE POLÍTICA LEGISLATIVA

Como ensina Castanheira Neves, “o sistema positivo sempre será duplamente ultrapassado: pelos princípios axiológico-normativos por que se vai determinando o comunitário projecto axiológico e pela realidade historicamente concreta da sua aplicação”⁴⁹⁶.

⁴⁹⁰José Souto de Moura, *O objecto...* in *Apontamentos...*, II, pg. 42.

⁴⁹¹Marques Ferreira, *Da alteração...*, pg. 227.

⁴⁹²Jescheck, *Tratado...*, II, pg. 1011.

⁴⁹³A continuação é “*Nem engenho, que aqui vereis presente / Cousas que juntas se acham raramente*” (v. 7-8).

⁴⁹⁴Maria Helena da Rocha Pereira, *Novos Ensaios sobre temas clássicos na poesia portuguesa*, Imprensa Nacional- Casa da Moeda, pg. 108.

⁴⁹⁵Cit. por Maria Helena da Rocha Pereira, *O «honesto estudo» de Camões...*, pg. 28.

⁴⁹⁶Castanheira Neves, *O Papel do jurista no Nosso Tempo*, pg. 47.

“As normas jurídicas não são imortais, mas sujeitas a modificarem-se e a extinguirem-se. Como na natureza, assim no mundo jurídico não há imobilidade, mas transjarmação” (Francesco Ferrara)⁴⁹⁷.

Vital Moreira refere que é importante, nomeadamente, para o rigor e distanciamento, a atitude crítica em face das normas vigentes. “tão importante como conhecer as leis é compreender as soluções legais, indagar da opção legislativa”, apreender a sucessão das soluções legislativas⁴⁹⁸.

O “feedback” do sistema notmativo existente implica uma nova situação de partida, a redacção e a produção de uma nova disposição (“drafting”)⁴⁹⁹.

Após a disposição formulada na linguagem, após a decomposição do enunciado e após a reconstrução da sua estrutura sintáctica (processo interpretativo), após o diagrama do sistema e das consequências jurídicas, é necessário a redacção do conteúdo do diagrama num enunciado⁵⁰⁰.

A técnica legislativa é “a arte de construir um ordenamento jurídico bem estruturado nos seus princípios e integrado por normas correctamente formuladas, isto é, um ordenamento que faça o princípio da segurança jurídica efectivo”⁵⁰¹.

O Legislador tem, ou deve ter, uma actividade própria de “indirizzare” a actividade interpretativa⁵⁰².

Castanheira Neves refere o específico dinamismo e enriquecimento históricos:

Segundo este Mestre coimbrão, “um sistema só pode fechar-se sobre si mesmo se for pensado como um sistema estático referido a um «objecto» também relativamente estático; mas se o objecto se revelar com um dinamismo (desde logo o dinamismo histórico) que o mantém permanentemente aberto à mutação e à aquisição, então certamente que ou o sistema se continua a pensar estático e terá de renunciar à sincronização com o objecto e, portanto, a dominá-lo, ou o sistema pretende essa sincronização e terá de assumir um dinamismo correlativo ao dinamismo do objecto — terá de manter-se como ele aberto à mutação e à aquisição”⁵⁰³⁻⁵⁰⁴.

O requisito da claridade normativa afecta o conteúdo da norma: a exposição de uma norma deve seguir uma ordem lógica que se reflecte numa estrutura formal uniforme⁵⁰⁵; podendo ser formulada a seguinte redacção:

“Art. 303.º

(...)

⁴⁹⁷Francesco Ferrara, *Interpretação...*, pg. 189.

⁴⁹⁸Vital Moreira, *Organização Administrativa (Programa, conteúdos e métodos de ensino)*, Coimbra, 2001, pg. 104.

⁴⁹⁹Giuseppe G. Floridia, *Rappresentazioni grafiche, tecniche interpretative e drafting legislativo (elementi per il primo modulo del corso)* in *Lezioni di tecnica legislativa*, a cura di Sergio Bartole, ISPRAEL, Padova, Cedam, 1988, pg. 125.

⁵⁰⁰Giuseppe G. Floridia, *Rappresentazioni...*, pg. 146.

⁵⁰¹Fernando Sainz Moreno, *Técnica Normativa: Visión Unitaria de una Materia Plural*, in *La Técnica Legislativa a debate*, Jesús M.ª Corona Ferrero / Francesc Pau Vall / José Tudela Aranda (Coordinadores), Asociación Española de Letrados de Parlamentarios, Tecnos, pg. 20.

⁵⁰²Sergio Seminara, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano, 1987, pg. 270.

⁵⁰³Castanheira Neves, *O Papel do Jurista no Nosso Tempo*, pg. 47.

⁵⁰⁴Como refere Manuel de Andrade, “A justa linha política ou legislativa está (...) num quid medium entre um idealismo utopista, que despreza todas as contingências históricas, e um realismo sem horizonte, que divinisa o actual, erigindo arbitrariamente todo o ser em dever ser. O legislador razoável tomará na devida conta todos os factores da realidade que tem diante de si (...); ouvirá também os ensinamentos da história, do direito comparado e das ciências conexas com o tema a regular; e por último não deixará de atender e ponderar todos os motivos e considerações que sobre esse ponto tenham sido invocados. A decisão final, no entanto, dependerá sempre de um juízo de valor que há-de ser realizado pelo esforço reflectivo da sua própria mente, da sua própria consciência jurídica, elucidada e preparada embora por aquela escrupulosa informação” (Manuel Domingues de Andrade, *Ensaio...*, pgs. 101-102).

⁵⁰⁵Fernando Sainz Moreno, *Técnica Normativa...*, pg. 44.

4. Se resultar alteração substancial de factos não cindíveis, o Ministério Público procede a uma investigação sumária dos mesmos, finda a qual profere um despacho reconfirmador da acusação.

5. Se não existir necessidade investigativa, o disposto no número anterior é aplicável aos casos de concurso 'ideal'."

SÍNTESE CONCLUSIVA

Reflectindo no regime aplicável a alteração substancial de factos não autonomizáveis do objecto do processo, na fase de instrução, afigura-se-nos as seguintes conclusões:

As estruturas valorativas da alteração não substancial de factos, da alteração substancial de factos destacáveis, de factos completamente novos e de factos não destacáveis possuem naturezas distintas e diversas, dado que deverá ser levado em conta, rumo a uma distribuição proporcionada, harmoniosa do regime jurídico por cada uma daquelas realidades jurídico-processuais.

Deverá haver um regime tripartido:

i) A alteração não substancial de factos segue o regime da incorporação no objecto do processo; *ii)* a alteração substancial de factos autonomizáveis segue o regime da abertura de inquérito quanto aos factos não escritos na acusação; *iii)* a alteração substancial de factos não autonomizáveis deverá seguir um regime diverso.

A instrução possui uma natureza própria: é uma fase facultativa; configura-se como uma fase intermédia, de charneira, de transição na tramitação processual penal. Materialmente e do ponto de vista da finalidade, contudo, é simplesmente a expansão do inquérito.

A instrução tem condições propícias de revelar uma alteração substancial de factos não destacáveis, pela finalidade investigativa que a sustenta, pelos factos que resultarem da discussão, pelo requerimento para abertura de instrução do assistente, em particular nos casos em que comporte “*ab initio*” uma alteração substancial de factos não destacáveis relativamente ao objecto da acusação do Ministério Público.

A solução de abrir obrigatoriamente inquérito por todos os factos é algo rígida.

É necessário uma “*media via*” que compatibilize os princípios e os valores do processo penal.

A alteração substancial de factos autonomizáveis deveria seguir o regime de haver um despacho reconfirmador do Ministério Público, precedido de uma investigação sumária; solução profícua, na fase de instrução, pelo que, “*de jure condendo*”, é necessário considerar esta opção legislativa.

Trata-se de uma solução mais maleável e, salvo melhor opinião, preferível, sobretudo atendendo aos princípios da economia processual e da paz jurídica do arguido.

O objecto do processo necessita de ser retocado; a instrução necessita de ser aproveitada sistematicamente.