

**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
FACULDADE DE DIREITO – ESCOLA DE LISBOA**



**A ALTERAÇÃO DOS FACTOS
NO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS**

Daniela Figueiredo Patrício

Dissertação de Mestrado Forense sob a orientação
do Professor Doutor Germano Marques da Silva

Maio de 2017

Agradecimentos

Agradeço, em primeiro lugar, ao Professor Doutor Germano Marques da Silva, pela sua disponibilidade e por todos os ensinamentos enquanto aluna e mestranda.

Agradeço aos meus pais e ao meu irmão, pelos valores transmitidos e apoio incondicional no meu percurso pessoal e académico.

Por fim, agradeço aos amigos que me acompanharam, e em especial, ao Rafael, pelo companheirismo, paciência e carinho.

Índice

Introdução	5
-------------------------	---

Capítulo I – O Objecto do Processo

1. O Objecto do Processo e a Estrutura Acusatória	6
2. O Efeito de Vinculação Temática e a Correlação entre a Acusação e a Sentença	7
3. O Facto Penalmente Relevante	9

Capítulo II – A Alteração dos Factos

1. A Alteração dos Factos e os Factos Novos.....	12
2. A Alteração Substancial	13
2.1. O Crime Diverso.....	14
2.1.1. Os Critérios de Definição do Conceito de Crime Diverso.....	14
2.2. A Agravação dos Limites Máximos das Sanções Aplicáveis.....	24
3. A Alteração Não Substancial.....	25

Capítulo III – O Regime da Alteração dos Factos

1. Considerações Iniciais	27
2. O Regime da Alteração Substancial dos Factos.....	27
2.1. O Regime da Alteração Substancial na Fase de Julgamento	27
2.1.1. A existência de acordo entre o Ministério Público, o arguido e o assistente	28

2.1.2. A inexistência de acordo entre o Ministério Público, o arguido e o assistente	29
2.1.2.1. Os factos autonomizáveis	30
2.1.2.2. Os factos não autonomizáveis	30
2.1.2.2.1. O regime anterior à Reforma de 2007.....	31
2.1.2.2.2. O regime em vigor	33
2.2. O Regime da Alteração Substancial na Fase de Instrução	35
3. O Regime da Alteração Não Substancial dos Factos	37
3.1. O Regime da Alteração Não Substancial na Fase de Julgamento	37
3.1.1. A tutela dos direitos de defesa do arguido	37
3.1.2. Os factos irrelevantes	38
3.2. O Regime da Alteração Não Substancial na Fase de Instrução	39

Capítulo IV – A Alteração da Qualificação Jurídica

1. Considerações Iniciais	41
2. O Regime da Alteração da Qualificação Jurídica	42
2.1. A Tese da Liberdade de Alteração da Qualificação Jurídica	43
2.2. A Tese da Compatibilização da Alteração da Qualificação Jurídica e as Garantias de Defesa do Arguido	44
2.3. A Tese da Vinculação do Tribunal à Qualificação Jurídica.....	45
2.4. O Regime em Vigor.....	47
 Conclusão	 49
Bibliografia	52
Jurisprudência	55

Introdução

A presente dissertação centra-se na problemática da alteração dos factos no processo penal português, nomeadamente nos artigos 303.º, 358.º e 359.º do Código de Processo Penal. O seu regime foi alvo de diversas alterações legislativas, consequência de inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais, tendo suscitado o nosso interesse.

Num primeiro momento, impõe-se a análise do objecto do processo como ponto de partida para a delimitação da actividade cognitória do tribunal. A questão central passará por definir os limites do objecto do processo e identificar as alterações que, a serem aceites, não o modifiquem de forma estrutural, respeitando uma certa correlação entre a acusação e a sentença.

Num segundo momento, debruçar-nos-emos sobre os conceitos de alteração substancial e alteração não substancial, incidindo na querela doutrinária sobre os critérios de definição da concepção de crime diverso, enquanto ponto basilar da distinção entre os dois primeiros conceitos.

De seguida, versaremos sobre o regime da alteração substancial dos factos, nomeadamente, o regime da alteração substancial dos factos não autonomizáveis, com especial atenção às situações de inexistência de acordo entre o Ministério Público, o arguido e o assistente. Por contraposição, procederemos também a uma análise do regime da alteração não substancial e a sua relevância na tutela dos direitos de defesa do arguido.

Por fim, será estudada a questão da alteração da qualificação jurídica que, embora não sendo uma alteração dos factos, com ela se encontra intimamente conexas. Abordaremos o tema com o objectivo de analisar relevância da alteração da qualificação jurídica no objecto do processo e a sua relação com a alteração dos factos.

Neste estudo o nosso escopo será o de percorrer os conceitos e os regimes da alteração dos factos e alteração da qualificação jurídica, concluindo pela flexibilidade do objecto do processo quando às mesmas, sem descurar as garantias de defesa do arguido constitucionalmente consagradas. Para tal será elaborado sempre que necessário uma ponderada reflexão, apoiada na doutrina e jurisprudência, por assim o exigir a complexidade e importância do tema.

Capítulo I – O Objecto do Processo

1. O Objecto do Processo e a Estrutura Acusatória

O objecto de qualquer processo é a matéria ou assunto que esse mesmo processo trata. No processo penal está em causa um crime, um facto violador de um bem jurídico, que irá ser investigado e de onde decorrerá uma acusação, na qual é pedido ao tribunal que aplique ao acusado a sanção prevista na lei.¹

Consoante estejamos perante um modelo processual constitucionalmente consagrado de tipo inquisitório ou acusatório, mais ou menos amplo será o espaço de liberdade concedido à entidade sobre quem recai a análise do comportamento do acusado.² A problemática da delimitação do objecto do processo só se coloca num processo penal com estrutura acusatória,³ onde existe uma necessidade de limitar a actividade cognitória e decisória do tribunal.⁴ O processo penal português tem uma estrutura basicamente acusatória integrada por um princípio de investigação, consagrada no n.º 5 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa.

Estando em causa o princípio da acusação exige-se que uma entidade autónoma, distinta da entidade que irá julgar os factos, investigue e deduza acusação de forma a não comprometer a sua imparcialidade.⁵ Mas não é apenas isso, porque a estrutura acusatória é um conceito mais vasto⁶ do que o conceito de princípio da acusação. Há também uma preocupação com a compatibilização entre as várias finalidades do processo e a possibilidade que alguns intervenientes ascendam à qualidade de sujeitos com poderes de conformação processual, valendo o princípio do contraditório.

¹ Vide GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português: Noções gerais, sujeitos processuais e objecto*, Vol. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013, p. 365-366.

² Vide FREDERICO ISASCA, *Alteração Substancial dos Factos e a sua Relevância no Processo Penal Português*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 1995, p. 214.

³ Vide A. CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de Processo Criminal*, Coimbra, 1968, p. 208.

⁴ Vide M. MARQUES FERREIRA, “Da alteração dos factos objecto do processo penal” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano I, Fasc. 1, 1991, p. 221.

⁵ Vide FREDERICO ISASCA (1995), *ob. cit.*, p. 214.

⁶ Vide IVO BARROSO, *Estudos Sobre o Objecto do Processo Penal*, Vislis Editores, 2003, p. 203-204.

O princípio da investigação exprime “o poder-dever que ao tribunal incumbe de esclarecer e instruir autonomamente”⁷ independentemente do contributo dos vários sujeitos processuais. Não há qualquer subversão do princípio da acusação, pois este princípio é limitado pelos factos constantes do objecto do processo e apenas surge quando é necessário para a descoberta da verdade material.⁸

2. O Efeito de Vinculação Temática e a Correlação entre a Acusação e a Sentença

É com a acusação⁹ que se determina o objecto do processo e conseqüentemente se delimita e fixa os poderes de cognição do tribunal e a extensão do caso julgado. Está em causa o efeito de vinculação temática, segundo FIGUEIREDO DIAS¹⁰ “a pedra angular de um efectivo e consistente direito de defesa do arguido”, pois impossibilita que o tribunal conheça factos que não constem da acusação, assumindo a “garantia de que apenas o que é acusado se terá de defender, e de que só por isso será julgado”.¹¹

É no efeito de vinculação temática que se consubstanciam três princípios fundamentais que permitem a definição e o conhecimento do objecto do processo, sendo eles o princípio da identidade, da unidade ou indivisibilidade e da consunção. De acordo com o princípio da identidade os factos devem permanecer os mesmos entre a acusação e o trânsito em julgado da sentença; o princípio da unidade ou indivisibilidade exige que os factos sejam “conhecidos e julgados na sua totalidade, unitária e indivisivelmente”; e por fim o princípio da consunção determina que o objecto do processo se considere

⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Primeiro Volume, Coimbra Editora, 1974, p. 149.

⁸ Tal como decorre do n.º 1 do artigo 340.º do Código de Processo Penal “O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa”.

⁹ No vocábulo “acusação” pretendemos incluir o requerimento de abertura de instrução, visto que se trata de uma verdadeira acusação.

¹⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (1974), *ob. cit.*, p. 145.

¹¹ A. CASTANHEIRA NEVES (1968), *ob. cit.*, p. 210.

irrepetivelmente decidido, mesmo que quando não conhecido ou julgado na sua globalidade, o devesse ter sido.¹²

É manifesta a importância de uma correlação entre a acusação e a sentença, tratando-se de uma garantia técnica, enquanto procedente de uma estrutura acusatória, e política por assegurar o direito fundamental de liberdade individual.¹³ A correlação entre a acusação e a sentença vai no sentido de que, sendo o objecto do processo definido pela acusação, haverá uma desconsideração pelo tribunal de factos ou circunstâncias não presentes na acusação.¹⁴ Tal não é assim tão linear porque a vinculação temática não é absoluta e o objecto do processo não é totalmente rígido, admitindo alterações, tanto por razões de economia processual, mas também no próprio interesse da paz do arguido.¹⁵

O n.º 3 do artigo 283.º do Código de Processo Penal admite que acusação contenha uma “narração, ainda que sintética, dos factos que fundamentam a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança”, pelo que existe a possibilidade de que surjam posteriormente factos novos que traduzam alteração da factualidade descrita.¹⁶

A identidade do objecto do processo não pode definir-se tão rígida e estreitamente de forma a impedir um esclarecimento amplo e adequado dos factos,¹⁷ do mesmo modo que não pode ter limites tão amplos ou indeterminados anulando as garantias que são a sua razão de ser. Esta identidade é uma ideia “prioritária, mas não única”¹⁸ na fixação do objecto do processo. Isto porque não está apenas em causa o direito do arguido a uma

¹² Vide JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (1974), *ob. cit.*, p. 145; e A. CASTANHEIRA NEVES (1968), *ob. cit.*, p. 211-220.

¹³ Vide GERMANO MARQUES DA SILVA, “Objecto do processo penal: a qualificação jurídica dos factos” in *Direito e Justiça*, Volume VIII, Tomo I, 1994, p. 115.

¹⁴ Neste sentido, LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA, “La correlación de la sentencia com la acusación y la defensa” in *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, Número 9, 2003, p. 33-34, “Entendemos que el deber de correlacion de la sentencia se infringe en dos casos. En primer lugar, por defecto. Así ocurre cuando la sentencia no es exhaustiva, es decir, cuando no se resuelve todo lo que se debe resolver, no habiéndose ejercitado la potestad jurisdiccional en toda la extensión requerida en el ordenamento jurídico. En segundo lugar, por exceso, es decir, cuando se resuelve sobre lo que no debía haber sido objecto de resolution”.

¹⁵ Vide GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal III*, 3ª Edição, Lisboa, Editorial Verbo, 2009, p. 267-268.

¹⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 130/98, Processo n.º 373/96, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁷ Vide A. CASTANHEIRA NEVES (1968), *ob. cit.*, p. 210-211.

¹⁸ JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Notas sobre o objecto do processo” in *Apontamentos de Direito Processual Penal*, II Volume, AAFDL, 1993, p. 26.

defesa eficaz¹⁹ e respeito pela dignidade humana e pelo livre desenvolvimento da sua personalidade, mas também o interesse público na aplicação do direito penal e na eficaz perseguição e condenação dos crimes cometidos,²⁰ sendo o equilíbrio entre estes dois pólos o fim último do processo penal.

A grande problemática surge na tentativa de definir os limites do objecto do processo e as alterações que possam existir em harmonia com os interesses e garantias referidos. Importa analisar critérios que permitam “fixar o grau de maleabilidade que o objecto do processo comporta”.²¹

No nosso ordenamento jurídico os critérios surgem com os artigos 358.º e 359.º do Código de Processo Penal que, consagrando o regime da alteração não substancial e alteração substancial dos factos, permitem identificar as condições em que será possível o conhecimento de factos novos. Nas palavras de FREDERICO ISASCA²² “o legislador traçou a vermelho o círculo dentro do qual o juiz livremente se pode movimentar na sua tarefa de investigação, mas cujo limite é, inexoravelmente, a alteração substancial dos factos”.

Consequentemente, a sentença que condene por factos diversos dos descritos na acusação, fora dos casos e condições destes artigos, será nula.²³ Serão estes preceitos a base do presente estudo.

3. O Facto Penalmente Relevante

Ao estudar a alteração dos factos, substancial ou não, é relevante abordar o conceito de “facto”. O facto é um acontecimento, uma “modificação da realidade preexistente”,²⁴ que relacionado com os conceitos de tempo e espaço, adquire a sua própria dimensão e

¹⁹ A defesa do arguido em princípio será assegurada ao lhe ser dado conhecimento de todos os factos pelo qual é acusado, assim como o tempo suficiente para preparação da sua defesa. Só uma defesa eficaz permite o cumprimento do princípio de presunção de inocência consagrado no n.º 2 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa.

²⁰ Vide A. CASTANHEIRA NEVES (1968), *ob. cit.*, p. 210-211.

²¹ JOSÉ SOUTO DE MOURA (1993), *ob. cit.*, p. 27.

²² FREDERICO ISASCA (1995), *ob. cit.*, p. 57.

²³ Esta nulidade está prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 379.º do Código de Processo Penal.

²⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Preliminar*, Lisboa, Minerva, 1990, p. 287.

se destaca deles.²⁵ A mente humana, ao observar diversos fenómenos de um determinado ponto de vista, unifica conceitualmente alguns deles numa unidade mínima de observação,²⁶ traduzindo-se esta unidade num facto.

O facto que iremos tratar é o facto processual, ou o facto penalmente relevante, aquele que consta da acusação, do requerimento para abertura de instrução ou da pronúncia. O facto penalmente relevante é aquele que o Direito chama a si, atribuindo-lhe juridicidade e exigindo o seu respeito e cumprimento. É com base na dimensão axiológica que estes factos penalmente relevantes são estabelecidos, isto é, será consoante os valores predominantes numa sociedade num determinado momento que tais factos serão ou não considerados como penalmente relevantes.²⁷

A função do processo penal será a de apurar se o facto incorpora o conjunto de pressupostos de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou medida de segurança criminais, tal como é identificado como crime na alínea a) do n.º 1 do artigo 1.º do Código de Processo Penal. Compreendendo o inquérito o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, é nesta fase processual que se dá início à reconstrução do facto.

Diversas vezes se ergueram na definição de facto processual tendo como ponto de partida as teses naturalísticas e as normativistas, que se opõem, pelo que iremos tratar dessa questão aquando da problemática do “crime diverso” na alteração substancial dos factos. Esta nossa opção prende-se com o assumir de uma coincidência entre as noções de crime diverso e facto diverso ou ultrapassagem dos limites do objecto do processo,²⁸

²⁵ Vide FREDERICO ISASCA (1995), *ob. cit.*, p. 61-63. O Autor refere que o conhecimento só se torna possível porque o objecto se dá a conhecer e se torna perceptível aos sentidos do sujeito, que o submete a uma categoria abstracta – o conceito – identificando-o como objecto.

²⁶ Vide GERMANO MARQUES DA SILVA (1990), *ob. cit.*, p. 287-288.

²⁷ Vide FREDERICO ISASCA (1995), *ob. cit.*, p. 68-69.

²⁸ No mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 124/2011 de 3 de Março de 2011, disponível em www.dgsi.pt, ao referir que “a expressão crime diverso (...) não corresponde à de diferente tipo legal de crime, no sentido substantivo, mas antes de crime para efeitos processuais, no sentido de facto diverso dos que integram os limites preexistentes do objecto do processo, ultrapassando estes.”; e JOSÉ SOUTO DE MOURA (1993), *ob. cit.*, p. 28, “Crime diverso” tem ali o sentido de “facto diverso”, ou se se quiser, de ultrapassagem dos limites do objecto do processo.” Note-se, porém, que todas as considerações que tecemos sobre o “crime diverso” terão em vista em primeiro lugar, as considerações sobre “alteração dos factos”, isto é, com “ultrapassagem dos limites do objecto do processo” não desconsideramos a diferença entre alteração de factos e factos completamente novos, como teremos oportunidade de referir no capítulo seguinte.

isto é, uma coincidência entre crime diverso e identidade do objecto do processo²⁹. A análise do conceito de crime diverso no âmbito da teoria da identidade do objecto do processo permitirá uma observação das diferentes concepções de crime diverso consoante a teoria de facto processual adoptada.

²⁹ Vide ANTÓNIO QUIRINO SOARES, “A identidade do objecto do processo” in *De Legibus*, N.º1, 2013, p. 196.

Capítulo II – A Alteração dos Factos

1. A Alteração dos Factos e os Factos Novos

A primeira questão que se coloca quando surge um facto novo no decurso do processo, é se esse facto traduz uma alteração dos factos ou um facto completamente novo. Deste modo, não seguimos as posições que não distinguem alteração de factos – enquanto modificação de um objecto preexistente – de factos novos que podem constituir objectos processuais autónomos e distintos, por considerarmos impensável que os sujeitos processuais possam dar o seu acordo no que respeita à inclusão de factos completamente novos no processo pendente, por violação do princípio do acusatório e dos direitos de defesa do arguido.³⁰

A alteração é uma variação dos mesmos factos, o que implica uma mudança nesses factos que são objecto do processo,³¹ a transformação de algo que é posto ou dado.³² Por outro lado, se o facto novo traduzir uma realidade completamente distinta da preexistente, normalmente apenas com a coincidência de ter surgido no processo em causa ou de ter alguma ligação com o arguido, tratar-se-á de um facto completamente novo, relacionado com uma “delimitação negativa e excludente do objecto do processo”,³³ pois representa um acontecimento estranho à sequência unitária de factos que integram o processo.³⁴

Aos factos que representem uma alteração dos factos será aplicado o regime previsto nos artigos 358.º e 359.º do Código de Processo Penal e aos factos que constituam uma “nova identidade jurídico-criminal”³⁵ que não interfiram com o processo e de forma a não violar o princípio da acusação, deverão ser objecto de um novo inquérito, sendo aplicáveis os artigos 242.º n.º 1, 243.º n.º 1 e 262.º n.º 2, todos do Código de Processo Penal.³⁶

³⁰ Vide HENRIQUE SALINAS, *Os Limites Objectivos do Ne Bis In Idem e a Estrutura Acusatória no Processo Penal Português*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014, p. 324-326.

³¹ TERESA PIZARRO BELEZA *apud* HENRIQUE SALINAS (2014), *ob. cit.*, p. 312.

³² FREDERICO ISASCA (1995), *ob. cit.*, p. 97.

³³ IVO BARROSO, *Objecto do Processo Penal*, Lisboa, AAFDL, 2013, p. 131-132.

³⁴ TERESA PIZARRO BELEZA *apud* HENRIQUE SALINAS (2014), *ob. cit.*, p. 318.

³⁵ ANTÓNIO QUIRINO SOARES (2013), *ob. cit.*, p. 209.

³⁶ Vide IVO BARROSO (2013), *ob. cit.*, p. 134.

Após determinar que o facto novo consubstancia uma alteração dos factos existentes no processo, o passo seguinte será determinar se está em causa uma alteração substancial, ou uma alteração não substancial, com as consequências que cada regime comporta.

2. A Alteração Substancial

No artigo 1.º do Código de Processo Penal, que respeita às definições legais, encontramos na alínea f) do seu número 1 a definição de alteração substancial dos factos. De acordo com a alínea, será “aquela que tiver por efeito a imputação ao arguido de um crime diverso ou a agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis”.

O legislador apresenta-nos assim, dois critérios que permitirão qualificar uma alteração como substancial. O primeiro critério do “crime diverso” é um critério qualitativo, e o segundo, a “agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis” é um critério quantitativo.³⁷ Estes critérios, sendo autónomos, funcionam numa relação de alternatividade, mas não numa relação de exclusividade. Isto é, cada um poderá funcionar por si só, mas o funcionamento de um não exclui o funcionamento do outro, podendo existir coincidência de critérios. Isto ocorrerá quando o critério qualitativo se traduzir também num critério quantitativo, por outras palavras, quando a imputação de um crime diverso implique a agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis.³⁸

De uma forma geral, e ainda sem uma análise minuciosa dos critérios que compõem a definição de alteração substancial dos factos, podemos concluir que esta sucederá quando exista uma modificação estrutural dos factos descritos na acusação,³⁹ com a

³⁷ Vide MARA LOPES, “O princípio da proibição da *reformatio in pejus* como limite aos poderes cognitivos e decisórios do tribunal” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. III, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 971.

³⁸ Vide FREDERICO ISASCA (1995), *ob. cit.*, p. 114-115.

³⁹ No mesmo sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21/03/2007, disponível em www.dgsi.pt, referiu que “Alteração substancial dos factos significa uma modificação estrutural dos factos descritos na acusação, de modo a que a matéria de facto provada seja diversa, com elementos essenciais de divergência que agravem a posição processual do arguido, ou a tornem não sustentável, fazendo integrar consequências que se não continham na descrição da acusação, constituindo uma surpresa com a qual o arguido não poderia contar, e relativamente às quais não pode preparar a sua defesa”.

ocorrência de factos diversos⁴⁰ e/ou de factos que ampliem a moldura da pena nos seus limites máximos, afectando o direito de defesa do arguido.

2.1. O Crime Diverso

2.1.1. Os Critérios de Definição do Conceito de Crime Diverso

I. O crime diverso, base da definição da alteração substancial de factos, comporta uma grande divergência doutrinal. Como foi referido *supra*, e respeitando a diferença entre alteração de factos e factos novos, entendemos que será à luz das concepções sobre a identidade do objecto do processo que conseguiremos definir o crime diverso enquanto pressuposto de uma alteração substancial.⁴¹

Está em causa encontrar um critério que “permitindo o funcionamento de referentes normativos, não cristalize nenhum deles em detrimento dos outros”, e que respeitando os princípios e os fins do processo penal, encontre o ponto de harmonia entre o respeito pela dignidade do arguido e uma efectiva operatividade dos poderes de investigação do tribunal. O objectivo e fim último será sempre “a justa decisão da causa, através da reposição da verdade, declarando o direito do caso concreto”.⁴²

II. Segundo uma teoria naturalística pura, o objecto do processo será o acontecimento histórico unitário, isto é, um conjunto de factos naturais independentes de qualquer consideração jurídica.⁴³ Este acontecimento será delimitado em termos fácticos e o facto é analisado independentemente da sua classificação jurídica.⁴⁴ O juiz poderá qualificar livremente os factos acusados, bem como estender o seu poder cognitivo a todos os factos que formem com os anteriores uma unidade naturalística.⁴⁵ O elemento polarizador seria um elemento naturalístico e todos os factos que o juiz aglutinasse a esse elemento

⁴⁰ Factos diversos, que não factos completamente novos e estranhos ao objecto do processo.

⁴¹ Vide ANTÓNIO QUIRINO SOARES (2013), *ob. cit.*, p. 196.

⁴² Vide FREDERICO ISASCA (1995), *ob. cit.*, p. 140.

⁴³ Vide MÁRIO DA SILVA TENREIRO, “Considerações Sobre o Objecto do Processo Penal”, *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 47, Lisboa, 1987, p. 1018.

⁴⁴ Vide IVO BARROSO (2013), *ob. cit.*, p. 81.

⁴⁵ Vide MÁRIO DA SILVA TENREIRO (1987), *ob. cit.*, p. 1018.

poderiam ser conhecidos pelo juiz mesmo não constando da acusação.⁴⁶ De acordo com esta teoria, um crime diverso seria um acontecimento histórico completamente diferente do acontecimento histórico presente na acusação.

Entendemos que esta concepção peca em primeiro lugar pela dificuldade de definição de “factos em unidade naturalística”⁴⁷ por se tratar de um conceito muito subjectivo, em segundo lugar porque no processo penal não são investigados puros acontecimentos históricos, mas como já foi referido, comportamentos que se traduzirão na prática de um crime e por isso com relevância penal,⁴⁸ e por último porque alarga excessivamente os poderes cognitivos do juiz.

CAVALEIRO DE FERREIRA, cuja posição embora próxima das teorias naturalistas, não se confunde com estas, entende que o objecto do processo é um acontecimento histórico enquanto acontecimento concreto da vida real, um facto humano de relevância penal. Apesar de considerar que no processo penal só serão recolhidos factos juridicamente relevantes, entende que não será pela sua relevância penal que surgirá o critério de diversidade do evento. Para o Autor, a identidade deve ser fundamentada atendendo aos factos praticados, isto é, à acção. A acção será a mesma, mesmo que variem as circunstâncias ou os elementos acidentais da actividade que constitui objecto do processo.⁴⁹

III. No pólo oposto às primeiras teorias traçadas, temos as teorias normativistas que defendem que a identidade do objecto não deverá resultar de qualquer coincidência naturalística.

EDUARDO CORREIA, defensor de uma teoria normativista, entendia que o objecto do processo seria “a concreta e hipotética violação jurídico-criminal acusada”. Será hipotética porque a conclusão a que se chegará no final do processo pode ser a que de a violação que ocorreu é outra, podendo neste caso o juiz partir da violação inicialmente acusada para investigar outra violação ocorrida. Por outro lado, será concreta porque o

⁴⁶ Vide ANTÓNIO QUIRINO SOARES (2013), *ob. cit.*, p. 199.

⁴⁷ Vide MÁRIO DA SILVA TENREIRO (1987), *ob. cit.*, p. 1018.

⁴⁸ Vide HENRIQUE SALINAS (2014), *ob. cit.*, p. 215.

⁴⁹ Vide CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, Vol. 1º, Lisboa, Danúbio, 1986, p. 18 e ss.; JOSÉ SOUTO DE MOURA (1993), *ob. cit.*, p. 28; FREDERICO ISASCA (1995), *ob. cit.*, p. 86; e IVO BARROSO (2013), *ob. cit.*, p. 81-83.

Autor entende que a violação ocorreu como consequência de um determinado acontecimento histórico.

A identidade do objecto do processo consistiria numa unidade criminosa,⁵⁰ por referência ao tipo legal de crime.⁵¹ Todas as alterações que não implicassem uma proliferação de crimes, isto é, que se reconduzissem ao mesmo tipo legal de crime, seriam lícitas e poderiam ser admitidas pelo juiz. Seriam razões meramente processuais de economia e de aproveitamento do material probatório que possibilitariam que o poder cognitivo do juiz se alargasse a novas incriminações que se apoiassem nos factos naturalísticos descritos na acusação.

O crime não seria diverso mesmo que o juiz chegasse à conclusão que o arguido não praticou os factos que lhe foram imputados na acusação, tendo praticado outros factos que, embora com diversas circunstâncias diferentes, ainda se subsumam ao mesmo tipo legal de crime. Contrariamente, o crime seria diverso se, não havendo qualquer alteração a nível factual, ocorresse alteração da qualificação jurídica imputando ao arguido um crime distinto do inicialmente acusado.⁵²

Estas soluções não são procedentes, primeiramente porque o crime antes de ser um fenómeno jurídico é um fenómeno social “que brota das próprias estruturas ônticas do comportamento”,⁵³ sendo incidível da realidade em que se integra. Em segundo lugar, porque violadoras do princípio do acusatório, não poderão ser aceites. Razões de economia processual e aproveitamento do material probatório não justificam a subversão do princípio do acusatório. Como referimos inicialmente, o objectivo é a busca por um critério que respeite os princípios e fins do processo penal, com o maior equilíbrio e harmonia possível, não cristalizando nenhum princípio em completo detrimento de outro.

⁵⁰ O critério da identidade do objecto do processo seria o mesmo que hoje é consagrado para a teoria do concurso de crimes, consagrada no artigo 30.º do Código Penal.

⁵¹ Neste sentido, EDUARDO CORREIA, “Caso julgado e poderes de cognição do juiz” in *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, Coimbra, Livraria Atlântida, 1948, p. 51, “Quando se traz um caso ao conhecimento do tribunal ele começará por dirigir os seus olhos sobre os tipos legais aplicáveis. Só desse modo pode separar o essencial do não essencial nos dados que lhe são apresentados; o tipo legal tem nessa medida uma função limitativa na determinação do que é criminalmente relevante”.

⁵² Vide quanto a este tópico, EDUARDO CORREIA (1948), *ob. cit.*, p. 29 e ss.; MÁRIO DA SILVA TENREIRO (1987), *ob. cit.*, p. 1020-1023; GIL MOREIRA DOS SANTOS, “A estabilidade objectiva da lide em processo penal” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, Fasc. 1, 1992, p. 596-598; JOSÉ SOUTO DE MOURA (1993), *ob. cit.*, p. 29 e ss.; IVO BARROSO (2013), *ob. cit.*, p. 84-85; e HENRIQUE SALINAS (2014), *ob. cit.*, p. 216-220.

⁵³ FREDERICO ISASCA (1995), *ob. cit.*, p. 86.

Diferente entendimento tem CASTANHEIRA NEVES,⁵⁴ considerando que o objecto do processo é o “caso jurídico concreto apresentado e a resolver”,⁵⁵ um caso concreto que suscita um problema jurídico-criminal e que será resolvido, em primeiro lugar e provisoriamente com a acusação e pronúncia, e definitivamente com o julgamento e sentença.

O facto é, no entendimento do Autor, um *quid* ontologicamente determinado mas juridicamente referenciado, não deixando de ser um facto concreto. A questão da identidade do objecto do processo passaria por “compreender, objectivar e delimitar”⁵⁶ o caso jurídico concreto. Essa delimitação permitiria “destacá-lo do contínuo fluir da realidade objectiva”⁵⁷ e autonomizá-lo enquanto dado de um determinado problema. O Autor sublinha a ideia de impossibilidade de uma dissociação absoluta entre “factos” e “normas”, concluindo que a alteração de um implicará quase sempre a alteração do outro.

Para determinar a identidade do objecto do processo, a problemática que o juiz teria de equacionar seria a da ressonância do acontecimento histórico, polarizado pela conduta do agente, no círculo de valores pessoais, patrimoniais, ético-sociais entre outros, a que pertence a norma jurídica violada.

O juiz estará ainda perante o mesmo objecto do processo sempre que a sentença decorra do esclarecimento do facto histórico relatado na acusação, à luz das normas incriminatórias de direito penal que pertencem ao mesmo círculo de valores daquela que foi indicada na acusação. Desta forma, o juiz deverá investigar os factos que, mesmo não constando da acusação, estão relacionados com a conduta concreta do agente e permitirão um esclarecimento do relevo jurídico-criminal da sua conduta sob a perspectiva do círculo de valores da norma indicada na acusação.⁵⁸

⁵⁴ Ainda que ligado a uma perspectiva normativista.

⁵⁵ CASTANHEIRA NEVES (1968), *ob. cit.*, p. 250. Como refere o Autor, *ob. cit.*, p. 259, “É um “caso” porque nele se põe um problema; é “concreto” porque esse problema se põe numa certa situação e para ela; é “jurídico” porque desta emerge um sentido jurídico, o problemático sentido jurídico que o problema lhe refere e que nela ou através dela se assume e para o qual ela se individualiza como situação”.

⁵⁶ CASTANHEIRA NEVES (1968), *ob. cit.*, p. 250.

⁵⁷ FREDERICO ISASCA (1995), *ob. cit.*, p. 89.

⁵⁸ *Vide* CASTANHEIRA NEVES (1968), *ob. cit.*, p. 250 e ss.; MÁRIO DA SILVA TENREIRO (1987), *ob. cit.*, p. 1029-1031; FREDERICO ISASCA (1995), *ob. cit.*, p. 88 e ss.; IVO BARROSO (2013), *ob. cit.*, p. 85-86; ANTÓNIO QUIRINO SOARES (2013), *ob. cit.*, p. 200-201; e HENRIQUE SALINAS (2014), *ob. cit.*, p. 220-221.

IV. Uma outra teoria surgiu, com prevalência do critério da valoração social, afastando-se das teorias naturalísticas e normativistas. Esta teoria surge para demonstrar a relevância das valorações sociais com base no pensamento de que os comportamentos que hoje encontramos reflectidos nos tipos legais, são comportamentos que antes de serem jurídico-penalmente considerados pelo direito, já eram socialmente valorados. É com base na dignidade da pessoa humana que estes comportamentos vão sendo moldados e determinados numa comunidade em cada momento histórico, variando ao longo do tempo. Esta variação vai determinar quais os comportamentos que irão adquirir a qualidade de bens jurídicos, tornando-se merecedores de tutela penal.

Para FIGUEIREDO DIAS, entre nós o defensor das teorias da valoração social, o objecto do processo será “um recorte, um pedaço da vida, um conjunto de factos em conexão natural”⁵⁹ que serão analisados à luz de todos os juízos jurídicos pertinentes. Será uma conexão natural e não naturalística porque já não está em causa uma racionalidade proveniente das ciências da natureza. O objecto do processo é para o Autor uma “questão-de-facto integrada por todas as possíveis questões de direito que possa suscitar”.⁶⁰

Será através de um critério fundamentalmente axiológico que se concluirá pelo mesmo ou diverso “pedaço da vida”. Os factores naturalísticos, tal como o tempo ou lugar, também poderão intervir na aglutinação dos factos que compõem a acusação, mas não é nestes que se consubstancia o critério de identidade do objecto do processo. As alterações de factores naturalísticos podem nuns casos conduzir a um objecto do processo distinto, enquanto noutros o objecto será o mesmo.⁶¹ O critério é o da avaliação social, que tanto pode ser relativa à desaprovação fornecida pela lei penal como à sua censura ética e social.⁶² E mesmo englobando conteúdos jurídicos, não se identifica nem reduz a estes.⁶³

Para FIGUEIREDO DIAS, o crime será o mesmo se o juízo de valoração social do pedaço de vida que consta da acusação for o mesmo juízo de valoração social dos factos

⁵⁹ MÁRIO DA SILVA TENREIRO (1987), *ob. cit.*, p. 1024.

⁶⁰ MÁRIO DA SILVA TENREIRO (1987), *ob. cit.*, p. 1024.

⁶¹ Como exemplos do que foi referido, *vide* MÁRIO DA SILVA TENREIRO (1987), *ob. cit.*, p. 1024 e ss.

⁶² *Vide* JOSÉ SOUTO DE MOURA (1993), *ob. cit.*, p. 33-34.

⁶³ MÁRIO DA SILVA TENREIRO (1987), *ob. cit.*, p. 1030.

novos. A sociedade terá que reagir de forma semelhante a uns e a outros, sendo essa reacção “o conjunto sincrético de elementos morais sociais e eventualmente jurídicos, numa perspectiva de desvalor”.⁶⁴

FREDERICO ISASCA, no mesmo sentido, entende que a questão do objecto do processo deve ser colocada no plano da valoração social, partindo de uma concepção idêntica à adoptada por FIGUEIREDO DIAS. Afasta-se desde logo de uma teoria naturalística e normativista, considerando que para além de uma delimitação natural outros vectores devem ser atendidos para determinar e autonomizar os comportamentos em análise. O acontecimento histórico será um pedaço da vida que se recorta da realidade envolvente e é submetido a juízo, sendo aqui a referência normativa apenas a legitimação do comportamento aquando da sua apreciação judicial, enquanto decorrência do princípio da legalidade.⁶⁵

O Autor encara o facto processual como uma “pluralidade de factos singulares que se aglutinam em torno de certos elementos polarizadores” permitindo a sua “compreensão de um ponto de vista social”⁶⁶ e apreciação judicial, enquanto pedaço de vida que se separa dos restantes comportamentos do sujeito.

Porém, relativamente ao critério de identidade ou diversidade do crime, FREDERICO ISASCA considera que o critério da valoração social não é o único que deve ser tido em conta. Isto porque dois acontecimentos diferentes podem, do ponto de vista social, ter o mesmo juízo valorativo, pelo que o juiz teria de considerar como sendo o mesmo crime, quando no fundo estavam em causa dois comportamentos distintos. Acrescenta-se assim, ao critério da valoração social, o critério da identidade da imagem social. De acordo com o exemplo anterior o juiz já não chegaria à conclusão de estar em causa o mesmo crime, porque tratando-se de um acontecimento diferente, obrigatoriamente a imagem social será diferente. O Autor entende que só pela combinação destes dois critérios se poderá concluir com segurança pela diversidade do crime e, conseqüentemente, pela substancialidade da alteração dos factos.

⁶⁴ JOSÉ SOUTO DE MOURA (1993), *ob. cit.*, p. 33.

⁶⁵ *Vide* FREDERICO ISASCA (1995), *ob. cit.*, p. 93-96.

⁶⁶ FREDERICO ISASCA (1995), *ob. cit.*, p. 96.

FREDERICO ISASCA acrescenta como último crivo o comprometimento da defesa do arguido. O facto novo pode representar para o homem médio uma valoração e imagem social idênticas, mas se comprometer a defesa do arguido irá consubstanciar uma alteração substancial dos factos. O nível de maximização óptima seria pela conjugação dos três critérios, mas cada um deles tem autonomia própria para qualificar uma alteração como substancial.⁶⁷

Com esta junção de critérios será possível alterar circunstâncias como o lugar, tempo, modo de execução entre outros, e a alteração ser qualificada como não substancial. Ainda que a valoração social seja a mesma e a imagem social seja também a mesma, sempre haverá o último patamar do não comprometimento da defesa do arguido. A título de exemplo, se o arguido A está acusado de cometer um crime de furto no dia X às 14 horas da tarde em Lisboa, e factos novos revelam que afinal não foi às 14 horas mas sim às 18 horas, em princípio a alteração não será substancial porque aparentemente a valoração e imagem social são idênticas e a defesa do arguido está assegurada. Mas se a defesa do arguido se basear numa testemunha que o coloca às 14 horas do dia X em Coimbra, a sua defesa ficaria comprometida com esta alteração pois às 18 horas já poderia estar em Lisboa. Este último critério do comprometimento da defesa do arguido permite assim salvaguardar as situações em que a defesa do arguido poderá ser desconsiderada.

Por fim, não é excluído das hipóteses de alteração substancial, um facto novo que impute um crime menos grave por considerar que mesmo nestas situações qualquer um dos três critérios que indica podem ser afectados, assim como na redundância em que cairia o critério quantitativo da agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis, se assim não fosse.⁶⁸

V. TERESA PIZARRO BELEZA adopta uma teoria mista, conjugando as teorias naturalísticas e normativistas. A definição de crime diverso seria alcançada em dois passos.

⁶⁷ Vide FREDERICO ISASCA (1995), *ob. cit.*, p. 143-144.

⁶⁸ Vide FREDERICO ISASCA (1995), *ob. cit.*, p. 144-147. O Autor não exclui a hipótese de a sua concepção falhar em alguma das inúmeras situações que a vida nos apresenta, entendendo que nesses casos o juiz deve sempre qualificar a alteração como substancial de forma a proteger o arguido com base nos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*.

Em primeiro lugar, o conceito a determinar seria o de “alteração”, sendo que teria de se recorrer a critérios pré-normativos, adoptando aqui uma teoria naturalística. Através de uma apreciação do caso concreto, o crime não será diverso se não se verificar um conjunto de factos tão distinto que ponha em causa os direitos e defesa do arguido.

Em segundo lugar surge a determinação do “crime diverso”, recorrendo a um critério normativo, isto é, “à identidade do bem jurídico protegido na norma incriminadora”.⁶⁹ O crime será diverso se o bem jurídico presente no tipo legal for diverso, sendo aplicáveis as regras relativas ao concurso de normas.⁷⁰

VI. GERMANO MARQUES DA SILVA considera que a distinção entre uma alteração substancial e não substancial dos factos terá de ser analisada com base no juízo de ilicitude, porque “cada norma tem um específico sentido de valor, de ilicitude”.⁷¹ Se uma alteração não implicar um juízo de ilicitude distinto do juízo inicial, nem agravar os limites máximos das sanções aplicáveis, poderá ser considerada desde que ao arguido seja assegurada a sua possibilidade de defesa. Desta forma, o crime não será materialmente diverso desde que o bem jurídico protegido seja essencialmente o mesmo, isto é, desde que os seus elementos constitutivos essenciais não divirjam.⁷² O Autor distingue, no facto penalmente relevante,⁷³ os elementos essenciais e os elementos acidentais. Os elementos essenciais são “aqueles sem os quais não existe crime”⁷⁴ e os elementos acidentais apenas alteram o desvalor do crime na sua quantidade. Os primeiros são a razão pelo qual é aplicado ao agente uma pena ou medida de segurança, enquanto os segundos servem apenas para graduar a pena quantitativamente.⁷⁵

Mantendo-se o juízo de ilicitude, “podem alterar-se as modalidades da acção, pode o evento material não ser inteiramente coincidente com o modo descrito, podem alterar-se

⁶⁹ IVO BARROSO (2013), *ob. cit.*, p. 91.

⁷⁰ TERESA PIZARRO BELEZA *apud* IVO BARROSO (2013), *ob. cit.*, p. 90-91.

⁷¹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal I*, 3ª Edição, Lisboa, Editorial Verbo, 1996, p. 339.

⁷² *Vide* GERMANO MARQUES DA SILVA (2013), *ob. cit.*, p. 382-383.

⁷³ Facto esse que, sendo uma modificação da realidade preexistente, terá de se tratar de um facto concreto, porque referido aos tipos legais, e não um mero conceito ou modelo de facto, como refere o Autor (2009), *ob. cit.*, p. 269.

⁷⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA (1990), *ob. cit.*, p. 282.

⁷⁵ *Vide* GERMANO MARQUES DA SILVA (1990), *ob. cit.*, p. 282.

as circunstâncias e o elemento subjectivo”⁷⁶ que não estaremos perante um crime materialmente diverso.

GERMANO MARQUES DA SILVA sublinha a relevância da alteração da qualificação jurídica para efeitos de delimitação do objecto do processo, referindo que “à identidade substantiva do facto processualmente relevante importa também a sua qualificação jurídica”,⁷⁷ pois a consciência da ilicitude é um elemento importante que não pode ser desconsiderado. Com base nesta concepção, a alteração da qualificação jurídica dos factos objecto do processo poderia implicar uma alteração substancial dos factos, mesmo que naturalisticamente os factos se mantenham os mesmos. A alteração da qualificação jurídica e todas as questões decorrentes da mesma, serão estudadas em capítulo próprio.

VII. Importa também referir a posição que tem sido adoptada pela Jurisprudência Portuguesa nos últimos anos.

Como já foi referido, a coincidência entre “crime diverso” e “tipo legal de crime” foi ultrapassada, tendo-se entendido no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03/11/1999⁷⁸ que a noção de “crime diverso” não corresponde à de “diferente tipo legal de crime”, correspondendo antes à noção de “facto diverso”.

Um acórdão muito referenciado pela doutrina e jurisprudência é o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23/05/2007.⁷⁹ Neste tem-se que o objecto do processo é constituído “por aquele facto naturalístico que se discute, situado no passado, com a sua identidade, imagem e valoração social, que viola os bens jurídicos penalmente tutelados, e por cuja prática o agente é alvo de censura”.

Haverá crime diverso quando da adição ou modificação dos factos resulte um bem jurídico diverso do primitivo, um facto naturalístico diferente, objecto de distinto juízo de valoração social, ou a perda da imagem social do facto primitivo, isto é, a perda da sua

⁷⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA (2013), *ob. cit.*, p. 383.

⁷⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA (1994), *ob. cit.*, p. 95.

⁷⁸ Processo n.º 1001/98-3, disponível em www.dgsi.pt.

⁷⁹ Processo n.º 0513936, disponível em www.dgsi.pt.

identidade, assim como quando o arguido não teve oportunidade de se defender dos novos factos e estes não são meramente esclarecedores ou concretizadores dos factos iniciais.⁸⁰

Os acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães de 21/05/2007 e 24/10/2016⁸¹ também sublinham a ideia de “juízo de valoração social” e “identidade, imagem e valoração social” para concluir pela diversidade ou identidade do crime.

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20/11/2014⁸² vem decidir no sentido de que o acontecimento histórico terá por base uma percepção social unitária, com uma determinada valoração, não prescindindo de uma referência normativa e de uma referência ao bem jurídico e a outros elementos da acção. A noção de bem jurídico, a identidade do sujeito da acção e o juízo base de ilicitude serão também elementos a considerar ao estabelecer a diferença entre identidade e alteridade dos factos. Este acórdão vem também estabelecer que a alteração para um crime menos grave poderá implicar um crime diverso e, conseqüentemente, uma alteração substancial dos factos.⁸³

O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24/09/2014⁸⁴ refere que o “crime não será materialmente diverso desde que o bem jurídico tutelado seja essencialmente o mesmo”. E assim será quando os seus elementos constitutivos essenciais não divergirem e a razão do juízo de ilicitude permaneça a mesma.⁸⁵ Outros acórdãos seguiram esta concepção de crime diverso, colocando a tónica nos elementos constitutivos essenciais e, conseqüentemente, na razão do juízo de ilicitude.⁸⁶

A jurisprudência tem considerado existir crime diverso quando existe modificação do autor ou da vítima, quando os locais e datas dos factos são muito distintos dos acusados, quando existe imputação de um crime por acção e posteriormente a condenação pelo mesmo crime por omissão, ou vice-versa, imputação por um crime de furto e condenação

⁸⁰ No mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 06/10/2010, Processo n.º 403/04.1GAMCNA.P1, disponível em www.dgsi.pt.

⁸¹ Processos n.º 605/071 e 1386/11.7TABCL.G1, respectivamente, disponíveis em www.dgsi.pt.

⁸² Processo n.º 17/07.4GBORQ.E2A.S1, disponível em www.dgsi.pt.

⁸³ Posição defendida por FREDERICO ISASCA (1995), *ob. cit.*, p. 144-147. No mesmo sentido, MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal – Comentários e Notas Práticas*, Coimbra Editora, 2009, p. 23-24.

⁸⁴ Processo n.º 28/12.8TACP.V.P1, disponível em www.dgsi.pt.

⁸⁵ Vide GERMANO MARQUES DA SILVA (2013), *ob. cit.*, p. 382-383.

⁸⁶ Cfr. Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 09/03/2016 e de 24/10/2016, Processos n.ºs 11744/13.7TDPRT.P1 e 1386/11.7TABCL.G1, respectivamente, disponíveis em www.dgsi.pt.

por um crime de receptação e vice-versa, ou imputação por um crime continuado e acusação por um crime único.⁸⁷

O nosso entendimento vai no sentido adoptado pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20/11/2014 que conjuga em harmonia as noções de valoração e identidade social, bem como de bem jurídico e juízo base de ilicitude, sendo todos estes elementos observados no caso concreto para um melhor entendimento do que será o crime diverso, com uma análise do caso concreto e não uma análise abstracta. O respeito pela dignidade do arguido verificado na preocupação pelas suas garantias de defesa e conjugado com a operatividade dos poderes de investigação do tribunal, possibilitará um perfeito ponto de equilíbrio que consubstanciará na justa decisão da causa.

2.2. A Agravção dos Limites Máximos das Sanções Aplicáveis

A parte final da alínea f) do n.º 1 do artigo 1.º do Código de Processo Penal consagra que será alteração substancial dos factos aquela que tiver por efeito a agravção dos limites máximos das sanções aplicáveis. Este critério quantitativo é também autónomo, ou seja, é independente da imputação de um crime diverso. Haverá alteração substancial dos factos por força deste critério quantitativo quando da adição ou subtracção de factos novos à acusação resulte a agravção dos limites máximos das sanções aplicáveis.

Há várias situações em que factos novos poderão representar uma agravção dos limites máximos das sanções aplicáveis sem ocorrência de crime diverso, qualificando a alteração como substancial. Desde logo, as situações em que os factos acusados impliquem uma condenação por um crime simples e os factos novos uma qualificação pelo crime qualificado. Há uma subsunção a um tipo legal de crime distinto que se encontra numa relação de especialidade e cujo limite máximo da pena é superior, mas o crime é o mesmo.

Também nas situações em que os factos novos se traduzam numa diversa modalidade de comparticipação criminosa ou num diverso grau de execução do facto, nos casos da

⁸⁷ Vide PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, 3ª Edição actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009, p. 40; e FERNANDO GAMA LOBO, *Código de Processo Penal Anotado*, Almedina, 2015, p. 12.

tendência criminosa, do alcoolismo ou situações equiparadas,⁸⁸ ou quando o arguido é acusado pelo crime na forma tentada, traduzindo os factos novos a imputação do crime consumado, estará em causa a activação deste critério de qualificação de uma alteração como substancial, de forma a assegurar as garantias de defesa do arguido.⁸⁹

3. A Alteração Não Substancial

O conceito de alteração não substancial dos factos não se encontra expressamente definido na lei, pelo que só poderá ser alcançado através do seu conceito contrário, o da alteração substancial. Uma alteração será não substancial quando da alteração dos factos descritos na acusação ou na pronúncia não resulte a imputação ao arguido de um crime diverso ou a agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis.

Será com base nos conceitos que definimos anteriormente que será atingido o presente conceito de alteração não substancial dos factos. Uma alteração não substancial dos factos não implica um “desfiguramento do crime”,⁹⁰ tratando-se de uma divergência de identidade que não transforme o quadro da acusação em outro distinto quanto aos seus elementos essenciais,⁹¹ respeitando a circunstâncias acidentais ou a circunstâncias modificativas atenuantes.⁹²

Tem-se entendido que haverá alteração não substancial⁹³ quando, não tendo por efeito a imputação de um crime diverso ou a agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis, dos novos factos resulte uma alteração nos elementos espaço-temporais e no objecto do crime, uma alteração na forma de participação do agente, uma subida de grau no elemento ético-psicológico doloso ou negligente do crime, ou o conhecimento de novas condutas que resultem na mesma unidade de resolução, ou se integrem num crime

⁸⁸ Nos casos do artigo 83.º e seguintes do Código Penal.

⁸⁹ Vide PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (2009), *ob. cit.*, p. 39-40; ANTÓNIO QUIRINO SOARES (2013), *ob. cit.*, p. 208; HENRIQUE SALINAS (2014), *ob. cit.*, p. 354; e FERNANDO GAMA LOBO (2015), *ob. cit.*, p. 12.

⁹⁰ IVO BARROSO (2013), *ob. cit.*, p. 41.

⁹¹ Neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21/03/2007, Processo n.º 07P024, disponível em www.dgsi.pt.

⁹² Vide GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), *ob. cit.*, p. 276.

⁹³ Vide MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO (2009), *ob. cit.*, p. 25.

continuado com as da acusação. Também estaremos perante uma alteração não substancial quando dos factos novos resulte a reincidência,⁹⁴ pois os seus efeitos não interferem com o limite máximo das sanções aplicáveis, mas tão só com o seu limite mínimo.⁹⁵

O modo como as alterações, substanciais ou não, podem ser integradas no objecto do processo será estudado no capítulo seguinte.

⁹⁴ No mesmo sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5/12/1990, Processo n.º 041292, disponível em www.dgsi.pt.

⁹⁵ O n.º 1 do artigo 76.º do Código Penal consagra que “em caso de reincidência, o limite mínimo da pena aplicável ao crime é elevado de um terço e o limite máximo permanece inalterado”.

Capítulo III – O Regime da Alteração dos Factos

1. Considerações Iniciais

Na fase de inquérito existe uma maior indefinição do objecto do processo, pois sendo a fase onde se irá indagar a notícia do crime e lhe “definir os contornos”,⁹⁶ através da recolha de elementos de prova, o objecto irá variar livremente ao ritmo dos elementos recolhidos.⁹⁷ Só no final desta fase – com a acusação – é que a alteração do objecto do processo ganha relevância e o efeito de vinculação temática se torna operativo. Com a sua progressiva concretização e definição, o objecto do processo ganha contornos reais, cuja ultrapassagem será fortemente regulada.

Assim é na fase de instrução e na fase de julgamento, cujo regime da alteração dos factos foi consagrado nos artigos 303.º, 358.º e 359.º do Código de Processo Penal. O primeiro regime a analisar será o da alteração substancial dos factos.

2. O Regime da Alteração Substancial dos Factos

2.1. O Regime da Alteração Substancial na Fase de Julgamento

O artigo 359.º do Código de Processo Penal regula a alteração substancial dos factos na fase de julgamento. Esta apenas poderá ser suscitada no decurso da audiência de julgamento e depois de se discutir e contraditar a prova que indicia os factos novos.⁹⁸ A violação desta norma gera a nulidade insanável ou absoluta, prevista no artigo 379.º n.º 1 alínea b) do mesmo código, com repetição total ou parcial do julgamento.⁹⁹

Nos números 1 e 2 lê-se que “uma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia não pode ser tomada em conta pelo tribunal para o efeito de

⁹⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA (2013), *ob. cit.*, p. 381.

⁹⁷ *Vide* IVO BARROSO (2013), *ob. cit.*, p. 138.

⁹⁸ *Vide* MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO (2009), *ob. cit.*, p. 914.

⁹⁹ Neste sentido, FERNANDO GAMA LOBO (2015), *ob. cit.*, p. 697.

condenação do processo em curso, nem implica a extinção da instância” e que a comunicação dessa alteração ao Ministério Público “vale como denúncia para que ele proceda pelos novos factos, se estes forem autonomizáveis em relação ao objecto do processo”. A regra geral será a de que o tribunal não pode considerar os novos factos se estes consubstanciarem uma alteração substancial.

2.1.1. A existência de acordo entre o Ministério Público, o arguido e o assistente

No n.º 3 está estabelecida a excepção a esta regra geral, dispondo que se ressalvam dos números anteriores os casos em que o Ministério Público, o arguido e o assistente estiverem de acordo com a continuação do julgamento pelos novos factos, se estes não determinarem a incompetência do tribunal.¹⁰⁰

Na audiência de julgamento, se se concluir que os novos factos determinam uma reconfiguração do objecto do processo determinando um crime diverso ou a agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis, poderá ocorrer ou não o acordo dos sujeitos processuais na continuação do julgamento pelos novos factos. Contudo, excepcionais serão as situações em que o arguido consentirá no prosseguimento do processo com a inclusão dos novos factos.¹⁰¹

Havendo acordo entre o Ministério Público, o arguido e o assistente sobre a continuação do julgamento pelos novos factos, não se coloca a distinção entre factos autonomizáveis e não autonomizáveis, pois ambos serão investigados no processo em curso.¹⁰² Trata-se de uma forma de “contribuir para a eficiência da administração da justiça penal”,¹⁰³ onde os sujeitos processuais se encontram interessados numa resolução rápida e justa do caso concreto.¹⁰⁴ Como nota FREDERICO ISASCA, também os

¹⁰⁰ Sendo determinada a incompetência do tribunal para julgar os novos factos, tal deverá ser consignado em acta e ordenada a remessa dos autos ao tribunal competente para julgamento. Neste sentido, FERNANDO GAMA LOBO (2015), *ob. cit.*, p. 697.

¹⁰¹ *Vide* GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), *ob. cit.*, p. 275.

¹⁰² *Vide* M. MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado*, 17ª Edição, Coimbra, Almedina, 2009, p. 823; JOSÉ MANUEL BUCHO, “Alteração substancial dos factos em processo penal” in *Julgar* N.º 9, 2009, p. 47; e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (2009), *ob. cit.*, p. 913.

¹⁰³ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (2009), *ob. cit.*, p. 909.

¹⁰⁴ *Vide* FREDERICO ISASCA (1995), *ob. cit.*, p. 200-201.

interesses da vítima são tidos em conta, pois tanto o assistente como o Ministério Público podem quebrar este acordo.¹⁰⁵

O acordo do arguido deverá ser expresso e dado pessoalmente ou pelo seu defensor, sendo que o seu silêncio nunca será visto como aceitação da continuação do julgamento pelos novos factos.¹⁰⁶

É de ressaltar que o acordo do arguido não significa nunca uma confissão automática dos factos novos.¹⁰⁷ Assim será mesmo nos casos em que o arguido tenha confessado os factos que já constavam do objecto do processo. Deve ser desenvolvida quanto aos novos factos uma completa actividade investigatória e probatória.¹⁰⁸

O n.º 4 do preceito em análise demonstra o respeito pelos direitos de defesa do arguido e pelo princípio do contraditório ao consagrar que nos casos em que exista acordo, “o presidente concede ao arguido, a requerimento deste, prazo para preparação de defesa não superior a 10 dias, com o consequente adiamento da audiência, se necessário”. Também neste prazo poderá o arguido requerer a produção de prova suplementar, que considere necessária para contraditar ou esclarecer os novos factos, sendo este requerimento analisado pelo tribunal à luz do artigo 340.º n.º 1 do Código de Processo Penal.¹⁰⁹

2.1.2. A inexistência de acordo entre o Ministério Público, o arguido e o assistente

É neste âmbito – na inexistência de acordo entre os sujeitos processuais – que se introduziu a distinção entre factos autonomizáveis e factos não autonomizáveis.¹¹⁰

¹⁰⁵ Vide FREDERICO ISASCA (1995), *ob. cit.*, p. 200-201.

¹⁰⁶ Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 463/2004 Processo n.º 226/2003 e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5/3/2008 Processo n.º 3259/07, disponíveis em www.dgsi.pt. Quando o tribunal comunica ao arguido estar-se perante uma alteração não substancial dos factos, mas na realidade se trata de uma alteração substancial, o seu silêncio não pode valer como acordo para continuação do julgamento.

¹⁰⁷ Tal pode acontecer, mas não vai implícito ao acordo para continuação do julgamento pelos novos factos.

¹⁰⁸ Vide JOSÉ MANUEL BUCHO (2009), *ob. cit.*, p. 49-50.

¹⁰⁹ Vide IVO BARROSO (2013), *ob. cit.*, p. 271; e MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO (2009), *ob. cit.*, p. 914.

¹¹⁰ Foi introduzida na proposta de Lei n.º 109/X, disponível em www.mj.gov.pt.

2.1.2.1. Os factos autonomizáveis

Os factos são autonomizáveis¹¹¹ em relação ao objecto do processo quando, sendo ainda uma variação dos factos que compõem o objecto do processo, constituem um quadro fáctico distinto, integrando a prática de um ilícito criminal quando analisados separadamente.¹¹² Por outras palavras, “quando podem, por si só, (...) ser susceptíveis de fundamentar uma incriminação autónoma em face do objecto do processo”.¹¹³

O regime dos factos autonomizáveis é simples, pois como o n.º 2 do artigo 359.º refere, a sua comunicação ao Ministério Público vale como denúncia para que ele proceda pelos novos factos, prosseguindo o processo originário a sua tramitação normal. Isto significa que será aberto um inquérito num novo e autónomo processo penal, procedendo o Ministério Público pelos novos factos “se e na medida em que tal se imponha” face aos critérios a que se encontra vinculado.¹¹⁴

2.1.2.2. Os factos não autonomizáveis

Os factos não autonomizáveis – não destacáveis ou inextrincáveis¹¹⁵ – são factos que não são cindíveis do núcleo de factos inicial, sendo insusceptíveis de uma valoração jurídico-penal alheia ao objecto do processo existente.¹¹⁶ O facto novo não é susceptível de fundamentar nenhum crime. Os novos factos estão “imbrincados nos factos constantes da acusação”.¹¹⁷ A título de exemplo, a relação de parentesco, presente na alínea a) do n.º 2 do artigo 132.º, enquanto facto novo, conhecido num processo que julga um crime de homicídio simples, isoladamente considerado não fundamenta qualquer crime. Só junto do núcleo de factos inicial fará sentido fazer a sua análise.

¹¹¹ Os factos autonomizáveis podem surgir através de duas modalidades de alterações, as substitutivas e as cumulativas. Na alteração substitutiva acresce ao objecto do processo um novo facto que substitui integralmente o antigo, e na cumulativa os factos novos fazem crescer outros bens jurídicos violados, existindo uma acumulação de acções. Neste sentido, IVO BARROSO (2013), *ob. cit.*, p. 79 e p. 124.

¹¹² Vide MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO (2009), *ob. cit.*, p. 913; e VINÍCIO RIBEIRO, *Código de Processo Penal – Notas e Comentários*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2011, p. 1011.

¹¹³ FREDERICO ISASCA (1995), *ob. cit.*, p. 203.

¹¹⁴ Vide JOSÉ MANUEL BUCHO (2009), *ob. cit.*, p. 61.

¹¹⁵ IVO BARROSO (2013), *ob. cit.*, p. 173.

¹¹⁶ Vide IVO BARROSO (2013), *ob. cit.*, p. 216.

¹¹⁷ SOUSA MENDES *apud* JOSÉ MANUEL BUCHO (2009), *ob. cit.*, p. 55.

O seu regime é uma problemática mais controversa. Hoje a lei é clara quando dispõe que não sendo os factos autonomizáveis, não poderão ser tomados em conta pelo tribunal para o efeito de condenação no processo em curso, nem implicam a extinção da instância. Mas antes da Lei n.º 48/2007 de 29 de Agosto, agora vigente, o regime na fase de instrução e de julgamento era mais dúbio.¹¹⁸

2.1.2.2.1. O regime anterior à Reforma de 2007

O Código de Processo Penal, antes da Reforma de 2007, não consagrava expressamente o regime a cumprir nos casos de alteração substancial do objecto do processo. Consequentemente, várias posições doutrinárias e jurisprudenciais se propuseram a suprir esta lacuna legislativa.

TERESA PIZARRO BELEZA, FERNANDA PALMA, SOUSA MENDES E GIL MOREIRA DOS SANTOS adoptaram a tese da total desconsideração pelos novos factos com continuação do processo em curso. Também o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/11/1990¹¹⁹ seguiu este entendimento, exigindo que o tribunal desconsiderasse os factos novos se de um facto não autonomizável se tratasse. Esta posição que impunha a preterição absoluta de conhecimento de uma alteração substancial dos factos era minoritária.

Contra esta posição, diversas foram as teorias que sustentavam que todos os casos de alteração substancial deveriam ter como consequência a comunicação ao Ministério Público para que procedesse pelos novos factos, autonomizáveis ou não.¹²⁰

Na tese da suspensão da instância – no sentido do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/01/1993¹²¹ – o juiz deveria suspender a instância perante uma alteração

¹¹⁸ Nas palavras de NUNO BRANDÃO, “A nova face da instrução” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, N.º 18, 2008, p. 246, “entendeu-se não ser prudente cristalizar na lei adjectiva determinada solução que com o tempo poderia vir a revelar-se desadequada ou ultrapassada”.

¹¹⁹ Publicado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 401, p. 443.

¹²⁰ A solução era compatível com a letra da lei na medida em que não distinguia entre factos autonomizáveis ou não autonomizáveis, apenas consagrando o n.º 1 do artigo 359.º que “uma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, se a houver, não pode ser tomada em conta pelo tribunal para o efeito de condenação do processo em curso; mas a comunicação da alteração ao Ministério Público vale como denúncia para que ele proceda pelos novos factos.”

¹²¹ Publicado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 423, p. 380.

substancial dos factos, comunicando-a ao Ministério Público para abertura de inquérito quanto a todos os factos.

Perante a lacuna do Código de Processo Penal, teria que se seguir o disposto no seu artigo 4.º, observando as normas do processo civil que se harmonizem com o processo penal. Seria no artigo 276.º n.º 1 alínea c) do Código de Processo Civil de 1961 – actual artigo 269.º n.º 1 alínea c) – que se encontra a solução para esta problemática. O tribunal poderia, por força da conjugação destes artigos, ordenar a suspensão da instância quando entendesse que ocorria um motivo justificado, sendo este a fundada suspeita da verificação de novos factos que traduzissem numa alteração substancial e a obrigatoriedade que recai no Ministério Público de proceder quando aos mesmos.

Não seria instaurado um novo processo, mas apenas reaberto o inquérito do processo já em curso, onde os factos seriam analisados na sua totalidade, podendo o Ministério Público manter a acusação inicial ou acusar com inclusão dos novos factos.

Esta tese permitiria um equilíbrio e harmonia entre os princípios do processo penal, fossem eles do acusatório, de defesa do arguido ou de descoberta da verdade material. Contudo, não deixou de receber algumas críticas.¹²²

Uma outra posição que defendia o regresso dos factos à fase de inquérito seria através da verificação de uma excepção processual dilatória inominada determinando a remessa do processo 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”.¹²³ Em nada

¹²² FREDERICO ISASCA (1995), *ob. cit.*, p. 205-209, embora defendendo esta teoria para a fase de instrução, considera que na fase de julgamento a mesma contrariava o artigo 359.º e o regime nele consagrado. Isto porque sempre viria o tribunal conhecer no processo em curso os novos factos. E se se entendesse que o que estava em causa era a defesa do princípio do acusatório, isto é, do conhecimento próprio e directo dos factos pelo tribunal, aí este problema já não se colocaria mas outro aparecia. Neste caso seriam violados os n.ºs 2 e 3 do preceito, pois seria possibilitada a continuação do julgamento sem o acordo do arguido pelos novos factos. A não ser que não se entendesse como uma “continuação do julgamento”, mas sim um “novo julgamento”, porque com novo objecto. Posição que o autor indica com alguma reticência, mas que não rejeita por completo. O Autor defendeu depois que os factos novos não autonomizáveis que consubstanciassem uma alteração substancial deveriam ser considerados no momento da determinação da pena concreta, enquanto circunstâncias agravantes. Não imputando um crime diverso, nem agravando os limites máximos das sanções aplicáveis, a agravação dentro da moldura da pena seria ainda conforme a letra da lei. Como refere JOSÉ MANUEL BUCHO (2009), *ob. cit.*, p. 64, ainda que tal posição fosse compatível relativamente a circunstâncias agravantes qualificativas, já não o seria quando estivesse em causa um bem jurídico diverso.

¹²³ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), *ob. cit.*, p. 275. No mesmo sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/12/1997, publicado na Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, ano II, 1994, tomo 3, p. 13-28.

seriam prejudicados os direitos constitucionalmente garantidos do arguido, por não corresponder a uma recusa de decisão mas apenas ao protelamento da mesma.

Por sua vez, uma solução de arquivamento com fundamento no artigo 277.º n.º 1 do Código de Processo Penal foi defendida por LEONES DANTAS, rejeitando as soluções que sustentavam a continuação do processo sem consideração dos novos factos. Já ROBALO CORDEIRO referia uma solução de absolvição da instância – com recurso ao artigo 10.º do Código Civil por remissão do artigo 4.º do Código de Processo Penal – com consequente termo do processo pendente e instauração de nova acção penal.¹²⁴

Prevalencia a opinião de que os novos factos não poderiam ser ignorados e o Ministério Público, enquanto entidade competente para o exercício da acção penal, os deveria investigar na fase processual própria para o efeito, isto é, o inquérito. Assim era o entendimento da doutrina e jurisprudência maioritárias, embora divergindo em relação ao destino a dar à fase processual e à natureza jurídica do despacho de índole formal que lhe deveria por termo.¹²⁵

2.1.2.2.2. O regime em vigor

O novo regime – introduzido pela Lei n.º 48/2007 de 29 de Agosto – veio sustentar a posição da continuação do processo em curso com preterição absoluta de conhecimento de uma alteração substancial dos factos. O juiz deverá desconsiderar totalmente os novos factos e continuar o processo como se deles não tivesse conhecido. Com esta alteração, as teses referidas anteriormente, cujo objectivo seria a reabertura do inquérito, deixam de ser compatíveis com a lei.

A justificação prende-se com uma decorrência dos princípios *non bis in idem* e do acusatório,¹²⁶ impondo a continuação do processo sem alteração do seu objecto. Não negando que a solução actual respeita estes princípios, entendemos que outras soluções igualmente os respeitarão.

¹²⁴ Vide JOSÉ MANUEL BUCHO (2009), *ob. cit.*, p. 62 e ss.; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (2009), *ob. cit.*, p. 913-917; IVO BARROSO (2013), *ob. cit.*, p. 216 e ss.; e HENRIQUE SALINAS (2014), *ob. cit.*, p. 397 e ss. e p. 456 e ss.;

¹²⁵ Vide NUNO BRANDÃO (2008), *ob. cit.*, p. 246-247, embora para a fase de instrução.

¹²⁶ Constante da exposição de motivos da proposta de Lei n.º 109/X, disponível em www.mj.gov.pt.

Desde logo, com o regresso à fase de inquérito o princípio do acusatório em nada fica afectado pois será realizada pelo Ministério Público uma investigação na qual o juiz não terá interferência. Passando os factos pelo crivo do inquérito, pode até a acusação manter-se a mesma pois o Ministério Público não tem qualquer obrigação de acusar pelos novos factos, mas apenas de os investigar. Também o princípio do contraditório está respeitado pois com o regresso ao inquérito o arguido poderia organizar toda a sua defesa não sendo sujeito a qualquer surpresa incriminatória. Da perspectiva do princípio *ne bis in idem* consagrado no artigo 29.º n.º 5 da Constituição da República Portuguesa, o “mandado constitucional” implícito neste artigo de “esgotante apreciação de toda a matéria tipicamente ilícita submetida à cognição do tribunal num certo processo penal”¹²⁷ encontra-se em perfeita consonância com a posição que temos vindo a defender.

Neste sentido, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 226/2007¹²⁸ concluiu que “o inexorável sacrifício parcial do conhecimento da verdade material que decorre é consequência comportável – embora não necessária ou inevitável – da orientação para a defesa do processo penal e da posição diferenciada dos sujeitos processuais, designadamente a que decorre da estrutura acusatória do processo” e que “a opção do legislador (...) ainda que não fosse a única compatível com a Constituição¹²⁹ coaduna-se com a qualidade do Ministério Público como titular da acção penal”.

Também o entendimento de que o Ministério Público deveria suportar as consequências de um inquérito insuficiente,¹³⁰ por não ter apurado factos que mais tarde seriam apurados pelo juiz de instrução criminal ou de julgamento, não colhe. Para além da falta de recursos técnicos e humanos, e da impossibilidade de descrever, na acusação e pronúncia, os factos exactamente como ocorreram mesmo que preparadas com grande cuidado,¹³¹ há sempre situações que o Ministério Público e os órgãos de polícia criminal não podem controlar.

¹²⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS *apud* NUNO BRANDÃO (2008), *ob. cit.*, p. 250.

¹²⁸ Processo n.º 170/08, disponível em www.dgsi.pt.

¹²⁹ Encontra-se aqui remissão para o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 237/2007, Processo n.º 802/04, disponível em www.dgsi.pt, que considerou a tese da absolvição da instância como compatível com as exigências constitucionais.

¹³⁰ Como refere JOSÉ MANUEL BUCHO (2009), *ob. cit.*, p. 71, o Ministério Público poderá ver-se tentado a “acusar sempre pelo mais”, mesmo que sejam inconsistentes ou frágeis os indícios dos factos não autonomizáveis.

¹³¹ *Vide* JOSÉ MANUEL BUCHO (2009), *ob. cit.*, p. 68.

Não se compreende esta opção legislativa, que embora ganhando a nível de celeridade processual, princípio do acusatório e garantias de defesa, deixa um completo vazio no que toca à prossecução da verdade material e à justiça do caso concreto.¹³² O processo penal deverá servir o interesse comunitário na perseguição do crime, tutelando os bens jurídicos fundamentais. Não se vislumbra o atendimento à concordância prática entre princípios do processo penal que deveria estar na base de qualquer decisão legislativa.¹³³

2.2. O Regime da Alteração Substancial na Fase de Instrução

O regime da alteração substancial dos factos na fase de instrução é idêntico ao regime na fase de julgamento.¹³⁴ As problemáticas sobre que discorremos *supra* aplicam-se também a esta fase, mais ou menos dentro dos mesmos parâmetros. Assim, iremos aprofundar apenas o ponto em que divergem literalmente.

Os números 3 e 4 do artigo 303.º do Código de Processo Penal, regulando a alteração substancial na fase da instrução, dispõem que “uma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou no requerimento para abertura da instrução não pode ser tomada em conta pelo tribunal para o efeito de pronúncia no processo em curso, nem implica a extinção da instância” e que “a comunicação da alteração substancial dos factos ao Ministério Público vale como denúncia para que ele proceda pelos novos factos, se estes forem autonomizáveis em relação ao objecto do processo”.

Encontra-se também consagrado o regime que vincula o juiz de instrução criminal aos factos objecto do processo, com preterição absoluta de novos factos que impliquem uma alteração substancial. No decurso dos actos de instrução ou debate instrutório, verificando-se uma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou no

¹³² Neste sentido, JOSÉ MANUEL BUCHO (2009), *ob. cit.*, p. 65 e ss.; NUNO BRANDÃO (2008), *ob. cit.*, p. 248-249; e IVO BARROSO (2013), *ob. cit.*, p. 222-224.

¹³³ Neste sentido, JOSÉ SOUTO DE MOURA (1993), *ob. cit.*, p. 42, “Os interesses colectivos que se jogam no penal tornam definitivamente inaceitável que nos abriguemos no reino do formal, quando se ignoram factos, e se forja uma pronúncia, que se sabe ser com toda a probabilidade uma mentira.”; NUNO BRANDÃO (2008), *ob. cit.*, p. 253 “Aniquilamento absoluto e como tal desproporcional e arbitrário, dos valores e princípios constitucionais”; e MARA LOPES (2010), *ob. cit.*, p. 975-976, “Impõe a actual lei que o tribunal não os considere, ignorando cegamente a justiça do caso concreto, colocando a tónica num rígido princípio do acusatório e na observância dos direitos de defesa do arguido”.

¹³⁴ Neste sentido, HENRIQUE SALINAS (2014), *ob. cit.*, p. 473.

requerimento de abertura de instrução, o juiz de instrução criminal pode dar conhecimento ao Ministério Público para que proceda pelos novos factos, se estes forem autonomizáveis. Não sendo autonomizáveis, o juiz de instrução criminal não pode deles conhecer, tal como acontece na fase de julgamento.

Perante tal semelhança de regimes, há apenas um mecanismo que não está presente no conteúdo do artigo 303.º do Código de Processo Penal – o acordo entre o Ministério Público, o arguido e o assistente.

Há autores que consideram que se trata de uma excepção nesta matéria, em relação ao regime da fase de julgamento,¹³⁵ estando completamente excluída a possibilidade de acordo na fase de instrução.

Discordamos desta solução, e encaramos a falta de previsão de acordo no regime da alteração substancial dos factos na fase de instrução como uma lacuna a suprir pelo legislador. Seguimos o entendimento de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, aplicando ao regime da fase de instrução, por analogia, o n.º 3 do artigo 359.º do Código de Processo Penal.¹³⁶

A ser de outra forma, não se compreende uma vinculação temática do juiz de instrução tão excessiva comparada com a vinculação temática do juiz de julgamento, principalmente numa fase anterior do processo.

Embora não sejam muito frequentes as situações em que o arguido dará o seu acordo na continuação do processo pelos novos factos, não faz sentido que tenha possibilidade de o fazer numa fase final, estando-lhe vedada essa mesma faculdade numa fase anterior.

¹³⁵ Neste sentido, FERNANDO GAMA LOBO (2015), *ob. cit.*, p. 588, contudo considerando que desta forma fica comprometido o apuramento da verdade; MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO (2009), *ob. cit.*, p. 754. Também o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19/10/2011, Processo n.º 1834/08.3, disponível em www.dgsi.pt.

¹³⁶ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (2009), *ob. cit.*, p. 770. Com o mesmo entendimento, FREDERICO ISASCA (1995), *ob. cit.*, p. 178; IVO BARROSO (2013), *ob. cit.*, p. 246; e HENRIQUE SALINAS (2014), *ob. cit.*, p. 427-430.

3. O Regime da Alteração Não Substancial dos Factos

3.1. O Regime da Alteração Não Substancial na Fase de Julgamento

O artigo 358.º do Código regula o regime da alteração não substancial dos factos na fase de julgamento, indicando o seu n.º 1 que “se no decurso da audiência se verificar uma alteração não substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, se a houver, com relevo para a decisão da causa, o presidente, oficiosamente ou a requerimento, comunica a alteração ao arguido e concede-lhe, se ele o requerer, o tempo estritamente necessário para a preparação da defesa”.

Tratando-se de uma alteração que não transforma o quadro da acusação em outro distinto quanto aos seus elementos essenciais, o legislador abriu uma nesga no efeito de vinculação temática, permitindo uma certa flexibilidade na correlação entre a acusação e a sentença. Cumprindo certos requisitos, e não descurando as garantias de defesa do arguido, estas alterações não substanciais poderão incorporar o objecto do processo preexistente.

3.1.1. A tutela dos direitos de defesa do arguido

Neste regime é patente a importância dada ao princípio do contraditório e da salvaguarda de uma defesa eficaz por parte do arguido.¹³⁷ Assim, se da prova produzida na audiência resultarem novos factos¹³⁸ que não comportam um crime diverso ou a agravamento dos limites máximos das sanções aplicáveis, o juiz comunica tais factos aos presentes, procedendo oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, do assistente ou do defensor.

Sendo requerido, o juiz concederá ao arguido o tempo estritamente necessário para que este “analise a situação que lhe é colocada pelo tribunal e pondere da necessidade de

¹³⁷ Neste sentido, M. MAIA GONÇALVES (2009), *ob. cit.*, p. 814.

¹³⁸ Os novos factos deverão resultar de um conjunto credível de meios de prova, tornando-se possível formar um juízo de indicição suficiente, tal como na acusação, nos termos do artigo 283.º n.º 2 do Código de Processo Penal. Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29/03/2007, Processo n.º 2014/07-9, disponível em www.dgsi.pt.

ser produzida prova suplementar¹³⁹ ou repondere a estratégia de defesa que vinha sendo seguida”.¹⁴⁰ Na ponderação do “tempo estritamente necessário” deve existir um equilíbrio entre o exercício do direito de defesa do arguido bem como do exercício do contraditório por um lado, e por outro o interesse em terminar o julgamento no mais curto período de tempo.¹⁴¹ No sentido do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/04/2000,¹⁴² entendemos que a preparação da defesa é mais do que um simples “convite circunscrito à alegação em exclusiva sede jurídica”, sendo o arguido a delimitar e fixar esses limites.

O n.º 2 do artigo 358.º ressalva a situação de a alteração ter derivado de factos alegados pela defesa, por se considerar que nestes casos o arguido não é surpreendido com factos novos, não sendo necessário acautelar de forma acrescida o seu direito de defesa, libertando o tribunal “da redundância de comunicar ao arguido aquilo que ele trouxe para o julgamento”.¹⁴³ Deixam de ser factos novos, passando a ser factos objecto do processo.¹⁴⁴

Como consequência do incumprimento deste regime a lei prevê, na alínea b) do n.º 1 do artigo 379.º, a nulidade da sentença.

3.1.2. Os factos irrelevantes

A doutrina e a jurisprudência já se pronunciaram no sentido de considerarem algumas situações como não integrando uma alteração de factos, quer substancial, quer não substancial. Esta interpretação decorre da expressão do n.º 1 do artigo 358.º “uma alteração não substancial dos factos (...) com relevo para a decisão da causa”. Assim,

¹³⁹ O critério da pertinência das diligências requeridas pelo arguido deve ser analisado pelo juiz à luz do n.º 1 do artigo 340.º do Código de Processo Penal.

¹⁴⁰ MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO (2009), *ob. cit.*, p. 901.

¹⁴¹ *Vide* MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO (2009), *ob. cit.*, p. 901-902. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (2009), *ob. cit.*, p. 902, entende que o prazo será até 10 dias para alegação e apresentação de prova, com o conseqüente adiamento do debate se tal for necessário, sendo aplicado o artigo 424.º n.º 3 do Código de Processo Penal por analogia. M. MAIA GONÇALVES (2009), *ob. cit.*, p. 819, entende, contrariamente, que a preparação da defesa não envolve em caso algum o adiamento da audiência.

¹⁴² Processo n.º 662/99-5, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁴³ MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO (2009), *ob. cit.*, p. 902.

¹⁴⁴ Contra esta posição, IVO BARROSO (2013), *ob. cit.*, p. 67-68, entendendo o Autor que a omissão de comunicação ao arguido será uma restrição a um direito, liberdade e garantia – por força dos artigos 32.º n.º 1 e 16.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa. Não seguimos a orientação do Autor.

entendendo que algumas situações não são relevantes para a decisão da causa, são desconsideradas enquanto alterações dos factos.

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24/01/2002¹⁴⁵ refere que uma alteração não substancial pressupõe uma modificação relevante para a decisão, não bastando que a matéria de facto provada não seja inteiramente coincidente com a da acusação ou pronúncia. O Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 5/06/2006¹⁴⁶ decide no sentido de considerar que quando os factos traduzam meros factos concretizantes ou uma maior pormenorização do modo como estes ocorreram, não se está sequer perante uma alteração de factos.

Não seguimos este entendimento, mas sim o do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26/05/1993¹⁴⁷ que dispõe que a acusação não pode admitir alegações implícitas ou subentendidas relativas a elementos típicos dos seus crimes, devendo ser sempre clara e explícita. Também o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 674/99 de 15 de Dezembro¹⁴⁸ seguiu esse entendimento, julgando inconstitucionais as normas dos artigos 358.º e 359.º quando interpretadas no sentido de se não entender como alteração dos factos a consideração de factos atinentes ao modo de execução do crime que, embora constantes dos meios de prova juntos aos autos, aí não se encontravam especificamente discriminados.

Um entendimento diferente permitirá que o juiz conheça de factos novos, que entendidos dentro da linha ténue do conceito de factos irrelevantes, não irão desencadear o regime do artigo 358.º, que tem em si inerente o respeito pelo princípio do contraditório e garantias de defesa do arguido.

3.2. O Regime da Alteração Não Substancial na Fase de Instrução

Tal como ocorre no regime da alteração substancial dos factos, o regime da alteração não substancial na fase de instrução, consagrada nos números 1 e 2 do artigo 303.º, é semelhante ao regime da fase de julgamento.

¹⁴⁵ Processo n.º 1298/99-5ª, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁴⁶ Processo n.º 659/06-1, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁴⁷ Publicado em Colectânea de Jurisprudência, 1993, t. III, p. 247.

¹⁴⁸ Processo n.º 24/97-2ª, disponível em www.dgsi.pt.

As únicas diferenças prendem-se com o prazo para preparação da defesa que será não superior a oito dias e a possibilidade expressa de adiamento do debate; e com a consequência do não cumprimento do regime que, não existindo qualquer preceito a determinar, constitui uma simples irregularidade.

Em tudo o resto o regime será idêntico, entendendo até PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE¹⁴⁹ aplicar-se analogicamente o artigo 358.º n.º 2 quando a alteração não substancial derivar de factos alegados pela defesa, dispensando a comunicação do juiz nessas situações.

¹⁴⁹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (2009), *ob. cit.*, p. 769.

Capítulo IV – A Alteração da Qualificação Jurídica

1. Considerações Iniciais

A questão da alteração da qualificação jurídica está intimamente ligada ao objecto do processo e à alteração dos factos. Isto porque o objecto do processo corresponde “à matéria sobre que ele versa, ao *quid* sobre que recai”, recaindo também sobre a qualificação jurídica.¹⁵⁰

Qualquer facto sujeito a apreciação judicial tem de ser previamente qualificado como violador de normas jurídicas, isto é, qualquer comportamento criminoso para ser sujeito a juízo terá de ser juridicamente qualificado.

A qualificação jurídica ocorre quando se subsume um determinado acontecimento na descrição abstracta de uma preposição legal, verificando se o comportamento concreto do agente corresponde ao “comportamento abstractamente descrito numa dada lei penal como constituindo um crime”.¹⁵¹ Tal como acontece com a matéria de facto, a qualificação jurídica vai sendo progressivamente elaborada até se estabilizar com a acusação.

As disposições relativas à acusação, nomeadamente a alínea c) do n.º 3 do artigo 283.º do Código de Processo Penal, consagram que esta “contém sob pena de nulidade a indicação das disposições legais aplicáveis”. Esta previsão de nulidade realça a importância da alteração da qualificação jurídica no objecto do processo, pois se assim não fosse, uma consequência menos gravosa seria consagrada.

Numa situação de alteração da qualificação jurídica – contrariamente ao que acontece na alteração dos factos – a factualidade permanece intactamente inalterada, não se adicionando ou retirando factos do objecto do processo.¹⁵² O que ocorre é uma diversa

¹⁵⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA (2013), *ob. cit.*, p. 372.

¹⁵¹ FREDERICO ISASCA (1995), *ob. cit.*, p. 100. Neste sentido, G. CORNU *apud* “La qualification dans le procès pénal” in Collection Actes & Études, Sous la direction de Olivier Décima, Éditions Cujas, 2013, p. 19, “La qualification est la détermination de l’infraction par rattachement du fait en cause à l’infraction définie par la loi; opération intellectuelle consistant à déterminer le texte pénal s’appliquant éventuellement à un comportement antisocial.”

¹⁵² *Vide* IVO BARROSO (2013), *ob. cit.*, p. 290.

apreciação dos factos existentes na acusação ou pronúncia, com imputação de um tipo legal distinto.

O que nos propomos a analisar neste capítulo é exactamente a relevância que a alteração da qualificação jurídica assume na delimitação do objecto do processo, e de que forma se relaciona com a alteração dos factos.

2. O Regime da Alteração da Qualificação Jurídica

O actual regime da alteração da qualificação jurídica dos factos está previsto no Código de Processo Penal no n.º 5 do artigo 303.º para a fase de instrução e no n.º 3 do artigo 358.º para a fase de julgamento, sendo-lhe aplicável o regime da alteração não substancial dos factos.

Para compreender a razão de ser deste regime, importa contextualizar legislativamente, analisando de forma breve o modo como o mesmo se foi alterando ao longo do tempo até chegar à sua forma actual.

O artigo 447.º do Código de Processo Penal de 1929 dispunha que “o tribunal poderá condenar por infracção diversa daquela por que o réu foi acusado, ainda que seja mais grave, desde que os seus elementos constitutivos sejam factos que constem do despacho de pronúncia ou equivalente”.

No entanto, o Código de Processo Penal de 1987 na sua versão originária não continha qualquer disposição que estabelecesse de forma expressa o regime a aplicar quando ocorresse uma alteração da qualificação jurídica. O silêncio da lei possibilitou a defesa de duas posições que se situam em pólos opostos, a da liberdade do tribunal na alteração da qualificação jurídica e a da vinculação do tribunal à alteração da qualificação jurídica,¹⁵³ bem como de uma posição intermédia, de liberdade de qualificação jurídica com compatibilização das garantias de defesa do arguido.

¹⁵³ Vide HENRIQUE SALINAS (2014), *ob. cit.*, p. 232 e 240.

2.1. A Tese da Liberdade de Alteração da Qualificação Jurídica

O entendimento dominante da doutrina e da jurisprudência era o de que havia total liberdade de qualificação jurídica. Entendia-se que não havia obrigação na comunicação ao arguido da alteração da qualificação nem na concessão de prazo para a defesa.¹⁵⁴ A alteração da qualificação jurídica seria completamente distinta da alteração dos factos, não envolvendo qualquer alteração do objecto na sua materialidade fáctica.

BELEZA DOS SANTOS, defensor acérrimo desta posição, entendia que o tribunal podia qualificar juridicamente os factos constantes da acusação de forma diversa da existente no despacho de pronúncia ou equivalente, ainda que a pena imposta fosse mais grave.¹⁵⁵ O réu não poderia contar com a qualificação jurídica do despacho de pronúncia porque haveria sempre a possibilidade de este ser alterado, sem que dessa forma fossem prejudicados os seus legítimos interesses.¹⁵⁶ O Autor entendia que o benefício por parte do réu de erros de qualificação seria “exorbitante e injustificado”, sendo igualmente “injustificado e vexatório” a vinculação do tribunal a uma determinada interpretação da lei.¹⁵⁷

No mesmo sentido, FREDERICO ISASCA considerava que o tribunal era absolutamente livre em sede de qualificação jurídica, desde que se mantivesse intacto o objecto do processo.¹⁵⁸ A qualificação jurídica dos factos objecto do processo, enquanto pura actividade intelectual, não deveria ser negada ao tribunal quando considere que a qualificação jurídica da acusação ou pronúncia não é a correcta. Existe um “dever de correcção” que permite viabilizar o equilíbrio e a estabilidade comunitárias.¹⁵⁹

A modificação da qualificação jurídica, não interferindo com o objecto do processo, não violaria o princípio de vinculação temática, pois o mesmo não abrange a alteração da

¹⁵⁴ Vide MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO (2009), *ob. cit.*, p. 902-903.

¹⁵⁵ Vide BELEZA DOS SANTOS, “A sentença condenatória e a pronúncia em processo criminal” in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 63.º, n.º 2428, 1931, p. 385-386.

¹⁵⁶ Vide BELEZA DOS SANTOS (1931), *ob. cit.*, p. 387. Para o Autor, a única restrição seria derivada das regras da competência, concluindo que a decisão não podia importar a aplicação de uma pena que excedesse a competência do tribunal.

¹⁵⁷ BELEZA DOS SANTOS (1931), *ob. cit.*, p. 387.

¹⁵⁸ Vide FREDERICO ISASCA, “Sobre a alteração da qualificação jurídica em processo penal” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 4, Fasc. 1, 1994, p. 399.

¹⁵⁹ FREDERICO ISASCA (1994), *ob. cit.*, p. 374 e 394.

qualificação jurídica, mas tão-só a alteração de factos. Será face à factualidade imputada – e não à qualificação jurídica – que se deverá aferir a pretensão punitiva.¹⁶⁰

O Autor entendia ainda que o momento processual adequado para a comunicação ao arguido da alteração da qualificação jurídica seria a leitura da sentença, podendo este – através da interposição tempestiva do recurso – reagir correctamente contra uma qualificação jurídica de que discorde.¹⁶¹

Foi este o entendimento do Assento n.º 2/93¹⁶² ao estabelecer que “não constitui alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, a simples alteração da respectiva qualificação jurídica ainda que se traduza na submissão de tais factos a uma figura criminal mais grave”.

2.2. A Tese da Compatibilização da Alteração da Qualificação Jurídica e as Garantias de Defesa do Arguido

A posição defendida no Assento n.º 2/93 foi alvo de críticas na doutrina e jurisprudência constitucional no sentido de que a sua posição deixava “insuportavelmente fragilizados os direitos de defesa do arguido” ao ser confrontado com uma nova qualificação jurídica sem possibilidade de se defender.¹⁶³ O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 279/95 de 31 de Maio¹⁶⁴ decidiu no sentido de que do enquadramento jurídico-criminal podem decorrer muitas das opções básicas ao nível da estratégia de defesa, que não podem ceder perante a liberdade de qualificação jurídica.

Neste seguimento, o Supremo Tribunal de Justiça veio proferir o Assento n.º 3/2000¹⁶⁵ que concluía que “o tribunal, ao enquadrar juridicamente os factos constantes da acusação ou da pronúncia, quando esta exigisse, podia proceder a uma alteração do correspondente enquadramento, ainda que em figura criminal mais grave, desde que

¹⁶⁰ FREDERICO ISASCA (1994), *ob. cit.*, p. 374 e 393.

¹⁶¹ FREDERICO ISASCA (1994), *ob. cit.*, p. 399.

¹⁶² Por Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/01/1993, publicado no Diário da República, Série-I-A de 10 de Março de 1993, disponível em www.dre.pt.

¹⁶³ Vide MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO (2009), *ob. cit.*, p. 903.

¹⁶⁴ Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

¹⁶⁵ Publicado no Diário da República n.º 35, I Série-A, de 11/02/2000.

previamente desse conhecimento e, se requerido, prazo ao arguido da possibilidade de tal ocorrência, para que o mesmo pudesse organizar a sua defesa”.

A alteração da qualificação jurídica é permitida, contudo esta posição não descarta os direitos de defesa do arguido, comunicando-lhe a alteração e dando-lhe um prazo para reorganizar a sua defesa.

2.3. A Tese da Vinculação do Tribunal à Qualificação Jurídica

Em sentido contrário à posição que defende a liberdade de qualificação jurídica, a tese da vinculação do tribunal à qualificação jurídica – defendida por GERMANO MARQUES DA SILVA – admite que esta “pode e deve ser encarada numa perspectiva de facto”.¹⁶⁶ A liberdade absoluta de qualificação jurídica implicaria uma violação dos princípios da acusação e do contraditório, por não se dar ao arguido a possibilidade de contraditar a norma que lhe foi aplicada.¹⁶⁷

O Autor reconhece que a norma incriminadora não faz parte do facto, sendo exterior a este, mas que só por referência à norma será possível dar ao facto um concreto sentido de ilicitude. Tanto a consciência do facto típico como a consciência da antijuridicidade revelada pelo tipo incriminador concorrem na formação da culpa. Sendo a culpabilidade um pressuposto essencial da punibilidade, e sendo a consciência da ilicitude um elemento essencial daquela, entende-se que a consciência da ilicitude será também um facto processual incluído no objecto do processo. Desta forma, a consciência da ilicitude deve ser objecto de prova¹⁶⁸ porque a sua falta pode afastar a imputação subjectiva dos factos.¹⁶⁹

A alteração da qualificação implica sempre um diverso contorno objectivo do comportamento desvalioso porque cada norma tem um específico sentido de ilicitude.¹⁷⁰

¹⁶⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA (2013), *ob. cit.*, p. 377.

¹⁶⁷ *Vide* GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), *ob. cit.*, p. 270-271.

¹⁶⁸ O Autor, (1996), *ob. cit.*, p. 343 e (2013), *ob. cit.*, p. 378, entende que têm de ser indicados os factos, sujeitos a prova na audiência, donde resulte a consciência pelo arguido da ilicitude do seu comportamento. Todos os elementos factuais, objectivos e subjectivos, são objecto da prova no processo penal e todos constituem pressupostos da responsabilidade criminal.

¹⁶⁹ *Vide* GERMANO MARQUES DA SILVA (2013), *ob. cit.*, p. 375.

¹⁷⁰ *Vide* GERMANO MARQUES DA SILVA (1996), *ob. cit.*, p. 339-340.

O arguido não terá de se defender apenas dos factos materiais que constituem os elementos do facto típico, mas também da imputação subjectiva que exige a consciência da ilicitude do comportamento ou que a falta desta não seja censurável.¹⁷¹

GERMANO MARQUES DA SILVA conclui que a alteração da qualificação jurídica será sempre relevante, podendo ter natureza substancial ou não substancial. Haverá alteração substancial quando resulte que o “sentido da antijuridicidade dos factos acusados” é distinto da dos factos apurados, resultando num crime diverso, ou quando resulte o agravamento dos limites máximos das sanções que seriam aplicadas. Pelo contrário, uma alteração da qualificação jurídica implicará uma alteração não substancial quando não afecte o sentido da qualificação dada aos factos na acusação nem resulte na agravamento dos limites máximos das sanções aplicáveis.¹⁷²

Não obstante os argumentos apresentados a favor da importância da qualificação jurídica da acusação nas consequências do procedimento posterior,¹⁷³ a doutrina e jurisprudência maioritárias têm considerado que os mesmos são irrelevantes.¹⁷⁴

A proposta de interpretação dada por GERMANO MARQUES DA SILVA – de forma a assegurar que as consequências da alteração da qualificação jurídica não interfiram de modo inoportuno com os direitos de defesa do arguido – vai no sentido de fixar o limite quantitativo da pena a aplicar no processo pela qualificação jurídica dada na acusação. O tribunal poderá qualificar diversamente os factos mas já não aplicar pena mais grave do que a que resultaria se a qualificação na acusação fosse correcta.¹⁷⁵

Adoptamos uma posição de vinculação do tribunal à qualificação jurídica – embora sem alicerces na lei processual penal portuguesa – por entendermos que é a que melhor se coaduna com as garantias de defesa do arguido. Na nossa opinião, um diverso

¹⁷¹ Vide GERMANO MARQUES DA SILVA (2013), *ob. cit.*, p. 379.

¹⁷² Vide GERMANO MARQUES DA SILVA (1994), *ob. cit.*, p. 115.

¹⁷³ Desde a determinação da competência material do tribunal e do limite máximo da pena a aplicar, à possibilidade de concessão ao acusado de confissão integral e sem reservas e consequente renúncia da produção de prova. Para mais desenvolvimentos, vide GERMANO MARQUES DA SILVA (2013), *ob. cit.*, p. 372-373.

¹⁷⁴ Porém, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 173/92, 2ª Secção in *Novos Estilos*, n.º 4, Abril de 1993, p. 71 e ss., demonstrou a importância da qualificação jurídica quando decidiu no sentido de que esta se destina a esclarecer o tribunal e o arguido sobre a imputação jurídico-penal que sobre ele impende, para que possa preparar convenientemente a sua defesa e o tribunal possa ponderar o interesse das provas oferecidas pelos intervenientes processuais.

¹⁷⁵ Vide GERMANO MARQUES DA SILVA (2013), *ob. cit.*, p. 384-385.

entendimento penderá sempre para uma solução de sacrifício dos direitos de defesa do arguido bem como do princípio do acusatório. A consciência da ilicitude, na qualidade de elemento essencial da culpabilidade, não pode ser descurada enquanto requisito fundamental na condenação do arguido. Desta forma, tanto os factos como a qualificação jurídica deverão constituir limitações ao objecto de cognição do tribunal.

2.4. O Regime em Vigor

A Lei n.º 59/98 de 25 de Agosto veio expressamente consagrar uma posição intermédia, de liberdade de qualificação jurídica com compatibilização das garantias de defesa do arguido, fazendo aplicar ao regime da alteração da qualificação jurídica o regime da alteração não substancial dos factos. Quando o tribunal decidir alterar a qualificação jurídica deverá comunicar essa alteração ao arguido, facultando-lhe, se ele o requerer, o tempo necessário para preparação da sua defesa. Esta solução permitiu encontrar um ponto de equilíbrio entre os dois pólos opostos no que toca à vinculação ou não do tribunal à qualificação jurídica. Contudo, não deixa de merecer críticas,¹⁷⁶ nomeadamente a de que nem todas as alterações da qualificação jurídica devem ser equiparadas a uma alteração não substancial, sendo-o apenas quando não implique um diverso sentido da acusação.

Há duas últimas considerações a tecer sobre o regime actual da alteração da qualificação jurídica. A primeira é a possibilidade de produção de prova por parte do arguido enquanto “preparação de defesa”. Entendem alguns Autores que o exercício do direito de defesa nestes casos assume uma dimensão puramente normativa, pelo que a produção de prova não teria relevância.¹⁷⁷ Discordamos totalmente deste entendimento, considerando que a ser assim, a tentativa de compatibilização com as garantias de defesa do arguido seria meramente ficcionada, não tendo qualquer sentido prático no que à defesa do arguido respeita.

A segunda e última questão respeita à possibilidade de mais do que uma alteração da qualificação jurídica no mesmo processo. A posição defendida pelo Tribunal

¹⁷⁶ Neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA (2013), *ob. cit.*, p. 383-384.

¹⁷⁷ *Vide* HENRIQUE SALINAS (2014), *ob. cit.*, p. 259.

Constitucional no seu Acórdão n.º 544/2006¹⁷⁸ foi no sentido de não julgar inconstitucional as normas dos artigos 303.º e 358.º do Código de Processo Penal quando interpretadas no sentido de permitirem uma alteração da qualificação jurídica dos factos mais do que uma vez no mesmo processo.

Considerando que repudiamos uma tese de liberdade de qualificação jurídica, discordamos também da solução preconizada neste acórdão. Temos sérias dúvidas de que as garantias de defesa do arguido se encontrem asseguradas quando o tribunal possa alterar a qualificação jurídica dos factos “mais do que uma vez no mesmo processo”.

Colocada esta possibilidade de várias alterações jurídicas no mesmo processo, entendemos que será difícil para o tribunal determinar a linha inultrapassável, isto é, o limite de reformulações da alteração jurídica – mesmo com comunicação ao arguido – até que seja considerado que tal interfere com o seu direito de defesa.

¹⁷⁸ Processo n.º 388/2006-2ª.

Conclusão

Chegando à fase final do nosso estudo, importa concluir a exposição sumariando as conclusões mais pertinentes que resultaram da reflexão realizada. Estamos conscientes de que as questões suscitadas encerram uma elevada controvérsia, tendo sido nosso objectivo suscitar os problemas e reflectir nas suas soluções.

A problemática da alteração dos factos é, por outras palavras, a da delimitação do objecto do processo, que só é relevante por ser colocada perante um processo penal com estrutura acusatória onde se impõe a necessidade de limitar a actividade cognitória e decisória do tribunal. Esta actividade é delimitada pela acusação que, ao fixar o objecto do processo, activa o efeito de vinculação temática, possibilitando a existência de uma certa correlação entre a acusação e a sentença. Mas a vinculação temática não é absoluta e o processo não é totalmente rígido, admitindo alterações com vista a um esclarecimento amplo e adequado dos factos.

Na consignação deste limite de flexibilidade, importa ter como referência as garantias de defesa do arguido, mas também o interesse público na aplicação do direito penal, sendo o escopo primordial o equilíbrio entre estes dois interesses.

Uma primeira questão passa por limitar o presente estudo aos factos que implicam uma modificação de um objecto preexistente, e não aos factos completamente novos que podem constituir objectos processuais autónomos e distintos. De seguida, impõe-se distinguir entre alteração substancial e não substancial, sendo que a lei fornece dois critérios no artigo 1.º n.º 1 alínea f) do Código de Processo Penal, o do crime diverso e o da agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis. Concluimos que nesta distinção importa ter presente as noções de valoração e identidade social, bem como de bem jurídico e juízo base de ilicitude, através de uma análise casuística. A justa decisão da causa passará pelo equilíbrio entre a preocupação pelas garantias de defesa do arguido e a operatividade dos poderes de investigação do tribunal.

Na análise do regime da alteração dos factos, incidimos sobre a fase de instrução e a fase de julgamento, pois será só a partir da fase de instrução que as alterações no objecto do processo ganham relevância e o efeito de vinculação temática se torna operativo.

A regra geral, quanto a alterações substanciais do objecto do processo, é a de que estas não podem ser consideradas pelo tribunal. A única excepção a esta regra é a existência de acordo entre o Ministério Público, o arguido e o assistente na continuação do julgamento pelos novos factos. Não existindo acordo, apenas os factos autonomizáveis poderão ser comunicados ao Ministério Público, para que este proceda por eles num novo e autónomo processo penal.

A questão dos factos não autonomizáveis é mais controversa, porque embora a lei disponha que estes “não poderão ser tomados em conta pelo tribunal para o efeito de condenação no processo em curso, nem implicam a extinção da instância”, a doutrina maioritária discorda. Concluimos no mesmo sentido, não compreendendo esta opção legislativa. Os ganhos a nível de celeridade processual, princípio do acusatório e garantias de defesa não justificam o vazio deixado perante a prossecução da verdade material e justiça do caso concreto. Entendemos que nesta decisão legislativa não se verificou um cuidado atendimento à concordância prática entre os princípios do processo penal.

Por contraposição, no regime da alteração não substancial dos factos, o legislador admite uma certa flexibilidade na correlação entre a acusação e a sentença, permitindo incorporar no objecto do processo factos novos que consubstanciem uma alteração não substancial, não descurando o princípio do contraditório e da salvaguarda de uma defesa eficaz por parte do arguido.

Por fim, a alteração da qualificação jurídica – abordada porque estreitamente conexcionada ao objecto do processo e à alteração dos factos – ocorre quando se subsume um determinado acontecimento na descrição abstracta de uma preposição legal. Perante uma mesma factualidade, ocorre uma diversa apreciação dos factos existentes, com imputação de um tipo legal distinto.

A questão que surge é a da sua relevância na determinação do objecto do processo, tendo sido para tal necessário analisar a doutrina e jurisprudência mais relevantes. Depois de uma ponderada reflexão, concluimos pela adopção de uma posição de vinculação do tribunal à qualificação jurídica. Não obstante esta solução não ser compatível com a letra da lei, entendemos que será a mais respeitosa das garantias de defesa do arguido. A consciência da ilicitude não poderá ser negligenciada enquanto requisito fundamental na

condenação do arguido. Assim, entendemos que a qualificação jurídica deverá também constituir uma limitação ao objecto de cognição do tribunal.

No que às alterações factuais respeita, a lei tem como fundamental pressuposto as garantias de defesa do arguido. Contrariamente, no âmbito das alterações da qualificação jurídica, o tribunal tem liberdade para as reformular mais do que uma vez no mesmo processo, bastando-se com a comunicação ao arguido e concessão de prazo para defesa. Entendemos que das posições que perfilhamos resulta um mais estável equilíbrio entre os princípios do processo penal, não sobrepondo uns a outros, mas sim harmonizando-os.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal*, 3ª Edição actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009.

BARROSO, Ivo, *Estudos Sobre o Objecto do Processo Penal*, Vislis Editores, 2003.

BARROSO, Ivo, *Objecto do Processo Penal*, Lisboa, AAFDL, 2013.

BRANDÃO, Nuno, “A nova face da instrução” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, N.º 18, 2008.

BUCHO, José Manuel, “Alteração substancial dos factos em processo penal” in *Julgar* N.º 9, 2009.

CORREIA, Eduardo, “Caso julgado e poderes de cognição do juiz” in *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, Coimbra, Livraria Atlântida, 1948.

DÉCIMA, Olivier, “La qualification dans le procès pénal” in *Collection Actes & Études*, Éditions Cujas, 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Primeiro Volume, Coimbra Editora, 1974.

FERREIRA, Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, Vol. 1º, Lisboa, Danúbio, 1986.

FERREIRA, M. Marques, “Da alteração dos factos objecto do processo penal” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano I, Fasc. 1, 1991.

GALIANA, Luis Andrés Cucarella, “La correlación de la sentencia com la acusación y la defensa” in *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, Número 9, 2003.

GONÇALVES, M. Maia, *Código de Processo Penal Anotado*, 17ª Edição, Coimbra, Almedina, 2009.

ISASCA, Frederico, “Sobre a alteração da qualificação jurídica em processo penal” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 4, Fasc. 1, 1994.

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

LOBO, Fernando Gama, *Código de Processo Penal Anotado*, Almedina, 2015.

LOPES, Mara, “O princípio da proibição da *reformatio in pejus* como limite aos poderes cognitivos e decisórios do tribunal” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. III, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal – Comentários e Notas Práticas*, Coimbra Editora, 2009.

MOURA, José Souto de, “Notas sobre o objecto do processo” in *Apontamentos de Direito Processual Penal*, II Volume, AAFDL, 1993.

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

RIBEIRO, Vinício, *Código de Processo Penal – Notas e Comentários*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2011.

SALINAS, Henrique, *Os Limites Objectivos do Ne Bis In Idem e a Estrutura Acusatória no Processo Penal Português*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014.

SANTOS, Beleza dos, “A sentença condenatória e a pronúncia em processo criminal” in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 63.º, n.º 2428, 1931.

SANTOS, Gil Moreira dos, “A estabilidade objectiva da lide em processo penal” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, Fasc. 1, 1992.

SILVA, Germano Marques da, *Do Processo Preliminar*, Lisboa, Minerva, 1990.

SILVA, Germano Marques da, “Objecto do processo penal: a qualificação jurídica dos factos” in *Direito e Justiça*, Volume VIII, Tomo I, 1994.

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal I*, 3ª Edição, Lisboa, Editorial Verbo, 1996.

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal III*, 3ª Edição, Lisboa, Editorial Verbo, 2009.

SILVA, Germano Marques da, *Direito Processual Penal Português: Noções gerais, sujeitos processuais e objecto*, Vol. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013.

SOARES, António Quirino, “A identidade do objecto do processo” in *De Legibus*, N.º1, 2013.

TENREIRO, Mário da Silva, “Considerações Sobre o Objecto do Processo Penal”, *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 47, Lisboa, 1987.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 130/98, Processo n.º 373/96, (disponível em <www.dgsi.pt>).

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 124/2011 de 3/03/2011, (disponível em <www.dgsi.pt>).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21/03/2007, (disponível em <www.dgsi.pt>).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03/11/1999, Processo n.º 1001/98-3, (disponível em <www.dgsi.pt>).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23/05/2007, Processo n.º 0513936, (disponível em <www.dgsi.pt>).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 06/10/2010, Processo n.º 403/04.1GAMCNA.P1, (disponível em <www.dgsi.pt>).

Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães de 21/05/2007, Processo n.º 605/07, (disponível em <www.dgsi.pt>).

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 24/10/2016, Processo n.º 1386/11.7TABCL.G1, (disponível em <www.dgsi.pt>).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20/11/2014, Processo n.º 17/07.4GBORQ.E2A.S1, (disponível em <www.dgsi.pt>).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24/09/2014, Processo n.º 28/12.8TACPV.P1, (disponível em <www.dgsi.pt>).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09/03/2016, Processo n.º 11744/13.7TDPRT.P1, (disponível em <www.dgsi.pt>).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24/10/2016, Processo n.º 1386/11.7TABCL.G1, (disponível em <www.dgsi.pt>).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21/03/2007, Processo n.º 07P024, (disponível em <www.dgsi.pt>).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5/12/1990, Processo n.º 041292, (disponível em <www.dgsi.pt>).

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 463/2004, Processo n.º 226/2003, (disponível em <www.dgsi.pt>).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5/3/2008, Processo n.º 3259/07, (disponível em <www.dgsi.pt>).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/11/1990, publicado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 401, p. 443, (*apud* BUCHO, José Manuel, “Alteração substancial dos factos em processo penal” in *Julgar* N.º 9, 2009, p. 62).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/01/1993, publicado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 423, p. 380, (*apud* BUCHO, José Manuel, “Alteração substancial dos factos em processo penal” in *Julgar* N.º 9, 2009, p. 63).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/12/1997, publicado na Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, ano II, 1994, tomo 3, p. 13-28 (*apud* BUCHO, José Manuel, “Alteração substancial dos factos em processo penal” in *Julgar* N.º 9, 2009, p. 64).

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 226/2007, Processo n.º 170/08, (disponível em <www.dgsi.pt>).

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 237/2007, Processo n.º 802/04, (disponível em <www.dgsi.pt>).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19/10/2011, Processo n.º 1834/08.3, (disponível em <www.dgsi.pt>).

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29/03/2007, Processo n.º 2014/07-9, (disponível em <www.dgsi.pt>).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/04/2000, Processo n.º 662/99-5, (disponível em <www.dgsi.pt>).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24/01/2002, Processo n.º 1298/99-5ª, (disponível em <www.dgsi.pt>).

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 5/06/2006, Processo n.º 659/06-1, (disponível em <www.dgsi.pt>).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26/05/1993, publicado em Colectânea de Jurisprudência, 1993, t. III, p. 247, (*apud* BARROSO, Ivo, *Objecto do Processo Penal*, Lisboa, AAFDL, 2013, p. 49).

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 674/99 de 15 de Dezembro, Processo n.º 24/97-2ª, (disponível em <www.dgsi.pt>).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/01/1993, publicado no Diário da República, Série-I-A de 10 de Março de 1993, (disponível em <www.dre.pt>).

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 279/95 de 31 de Maio, (disponível em www.tribunalconstitucional.pt>).

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 173/92, 2ª Secção in Novos Estilos, n.º 4, Abril de 1993, p. 71 e ss., (*apud* SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal III*, 3ª Edição, Lisboa, Editorial Verbo, 2009, p. 272).

Acórdão Constitucional n.º 544/2006, Processo n.º 388/2006-2ª, (*apud* MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal – Comentários e Notas Práticas*, Coimbra Editora, 2009, p. 905).