

Uma leitura crítica do art. 309º do CPP

– nulidade da decisão instrutória.

Para uma (re-)interpretação actualista.

JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA

1. O art. 309º do CPP estabelece que é nula a decisão instrutória na parte em que pronunciar o arguido por factos que constituam alteração substancial dos descritos na acusação do Ministério Público ou do assistente ou no requerimento para abertura de instrução. E acrescenta que esta nulidade deve ser arguida no prazo de 8 dias contados da data de notificação da acusação.

Esta norma merece-nos algumas reservas, na medida em que nos parece ser contraditória com os pressupostos essenciais em que assenta a fase de instrução no nosso CPP.

2. Tal norma curiosamente parece ter passado despercebida na prática, na doutrina, e ainda em termos legislativos¹. De facto, em todas as alterações ao CPP, desde a sua entrada em vigor (e algumas delas assumem-se como verdadeiras revisões do CPP), a norma aqui em causa manteve-se, no essencial, inalterada.

E, todavia, esta norma é totalmente inconsistente com a própria teleologia da fase de instrução, pois a sua persistência só pode ser justificada pelo facto de ter escapado a uma revisão mais profunda, que deveria ter sido realizada no momento da promulgação do próprio CPP.

¹ Despercebida, no sentido de que não encontramos qualquer objecção à sua existência.

3. Não é difícil compreender que existe uma claríssima contradição interna, no nosso CPP, em termos de soluções. Com efeito, o art. 309º liga-se directamente ao art. 303º, nº3, do CPP, o qual impõe que, havendo fundada suspeita da verificação de uma alteração substancial dos factos, o MP abra obrigatoriamente inquérito quanto a eles. Curiosamente, o art. 309º parece interpretar a obrigatoriedade de abertura de inquérito como obrigatoriedade dependente de “arguição”, sanável e ainda dependente de prazo. Solução que, obviamente, faz muito pouco sentido, quando, desde logo, o art. 119º, d) comina com nulidade insanável a ausência de inquérito nos casos em que a lei determinar a sua obrigatoriedade. Ora, como se compreende a “obrigatoriedade” de inquérito não pode ser “insanável” ou “sanável”.

4. Todavia, há seguramente uma justificação histórica para esta perplexidade de nos confrontarmos com uma solução aparentemente contraditória. A razão quanto a nós é simples: o art. 309º tinha a sua justificação plena quando, enquadrado na versão do Anteprojecto do CPP, se admitia que, se durante a fase de instrução se viessem a provar indiciariamente factos diversos dos descritos na acusação e no requerimento de abertura de instrução, *“tais factos – ainda que representassem uma alteração substancial – pudessem constituir objecto da pronúncia, desde que ao arguido tivesse sido dado conhecimento deles e oportunidade deles se defender”*². Se a solução proposta no referido Anteprojecto tivesse, de facto, vingado, o art. 309º faria pleno sentido, na medida em que a eventual nulidade diria respeito à posição jurídica do arguido, que poderia, assim, fazer valer aquela nulidade, ficando a arguição dependente do seu interesse. Com efeito, admitida a hipótese de a fase de instrução poder configurar-se como de “suplemento de investigação”, embora, nos casos de novos factos, sobre o juiz impendesse o dever de informar e prevenir o arguido, era a este que caberia o direito de arguir a nulidade, no caso de violação daquele dever, ficando na sua disponibilidade a opção entre contestar os novos factos já em fase de instrução ou, então, aguardar a fase de julgamento, defendendo-se aí face à nova pronúncia.

Assim, o art. 309º faria sentido, quando entendido exclusivamente como nulidade por violação dos direitos de defesa do arguido, em fase de instrução.

² Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal*, Jornadas de Direito Processual, o Novo Código de Processo penal, Coimbra, 1988, p. 17.

5. Como se sabe, não foi este o sentido que a versão final (e aprovada) pelo CPP veio a dar à fase de instrução, optando-se antes por estabelecer uma limitação aos poderes de decisão do juiz³. Esta alteração – de filosofia da própria fase de instrução – introduzida em “última hora”, passou pela alteração exclusiva do art. 303º, nº3, tendo, todavia, deixado inalterado o conteúdo do art. 309º.

Ora, reconheça-se que, alterar-se a filosofia da própria fase de instrução, não é coerente com a alteração de uma só norma; implicaria seguramente uma mais profunda alteração, incluindo das normas sobre “alteração dos factos” e sua invalidade.

Com efeito, ao ter-se cindido, dentro da fase de instrução, entre alterações “substanciais” e alterações “não substanciais”, para as submeter a um regime diverso, é bem evidente que o actual art. 309º não é aplicável às alterações “substanciais”, mas tão-só às alterações “não substanciais”, estas sim, dependentes de “arguição”, exclusivamente pelo arguido, na medida em que o art. 303º, nº1 impõe o dever de o juiz comunicar aquela alteração ao defensor, interrogar o arguido e conceder-lhe um prazo para preparação para defesa. Mas não é, no nosso entender, aplicável às alterações substanciais de factos, exactamente porque o art. 303º, nº 3 não quer, nunca, que estas façam parte dos poderes do juiz de instrução.

Com efeito, enquanto que, na redacção original do Anteprojecto, as alterações “substanciais” eram, na sua teleologia, um problema de “defesa do arguido”, na solução positiva e adoptada pelo CPP, trata-se, menos que de um problema de “direitos de defesa”, de um verdadeiro problema de separação de poderes e de “estrutura acusatória”. Tal como diz FIGUEIREDO DIAS *“na medida em que – pequena que seja – se torne possível ao juiz ordenar ao ministério público que acuse, ou enviar para julgamento uma causa não sustentada por uma acusação ou equivalente, nessa precisa medida fica irremediavelmente comprometida a imparcialidade da decisão judicial que posteriormente venha a ser tomada”*⁴. Não se quer obviamente retomar uma discussão que a seu tempo conduziu à solução proposta pelo CPP. Mas, seguramente, quis o CPP que, já em fase de instrução, existisse uma vinculação temática por

³ Sobre isto, cf. FIGUEIREDO DIAS, *Sobre os sujeitos processuais...*, p. 17, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O inquérito no novo Código de Processo Penal*, Jornadas... p. 77 e ainda JOSÉ SOUTO DE MOURA, *Inquérito e Instrução*, Jornadas..., p. 131.

⁴ *Sobre os sujeitos processuais...*, p. 17.

parte do juiz de instrução. Mas, só por isso mesmo, a regra do art. 309º é insustentável à luz dos próprios princípios institucionais do processo penal. Com efeito, a “obrigatoriedade” de abertura de inquérito quanto aos novos factos traduz exemplarmente a ideia de que não se trata de uma qualquer nulidade dependente de arguição⁵. Por outras palavras, ao caso devem-se aplicar as regras de nulidade insanável.

6. A opção que, em 1988, se fez no sentido de a fase de instrução dever ser entendida como fase de controlo judicial de uma decisão (arquivamento ou acusação) do MP, excluindo uma hipótese, ainda que justificada por razões de economia processual, de a fase de instrução poder ser conformada como fase “de investigações” complementadoras do objecto do processo, é quanto a nós uma solução correcta e coerente que impede qualquer transigência com o princípio da acusação e a que mais se adequa com os princípios da própria função jurisdicional. Mas, exactamente porque se tratam de princípios conformadores da própria actividade das autoridades judiciais, são princípios irrenunciáveis que se justificam enquanto legitimação do processo penal. Daí que a sua violação não possa estar dependente de arguição (desde logo, pelos próprios órgãos que têm o poder-dever de fazer respeitar as suas competências).

De resto, a posterior evolução legislativa – nomeadamente em matéria de Revisão do CPP – tem progressivamente afirmado o carácter de controlo judicial que deve ser atribuído à fase de instrução. Com efeito, tem-se reforçado o papel dos próprios sujeitos processuais na definição do sentido dos actos instrutórios do juiz (cf., assim, os arts. 287º, nº 2, 288º, nº 4), o que claramente só pode ser entendido como um aprofundamento da opção (fundamental) que o legislador perfilhou em 1988 quanto à fase de instrução⁶. Mas também por isso, a nulidade referida torna-se ainda mais inconsistente.

⁵ E mesmo que fosse pensável, por razões de economia processual, aceitar o envio para julgamento pelos novos factos, a solução não poderia ser de “nulidade dependente de arguição”, mas uma solução, análoga à que vale em fase de julgamento, de consentimento de todos os sujeitos processuais (art. 359º, nº 2).

⁶ O que, todavia, também, por si, justifica que as hipóteses de alterações substanciais de factos, na fase de instrução, se tornem, por assim dizer, de carácter quase residual. Por isso mesmo, talvez se compreenda que esta questão não tenha sido aflorada.

7. Julgamos, pois e em suma, que existiu um “lapso legislativo”⁷, no momento de aprovação do CPP. Assim, ao ter-se alterado, em última hora, o art. 303 do CPP, que significou uma alteração da “filosofia” da fase de instrução, não se alargou o âmbito das alterações, necessárias para que a nova filosofia ganhasse coerência.

Com efeito, estamos persuadidos de que o art. 309º se refere – ou se deve referir – às situações contempladas no art. 303º, nº 1.

A decisão instrutória que pronunciar o arguido por factos que constituam alteração substancial de factos descritos na acusação ou no requerimento para abertura de instrução consubstancia uma verdadeira nulidade insanável, por força do art. 119º, *d*), em directa ligação à obrigatoriedade de o MP abrir inquérito quanto àqueles – art. 303º, nº3.

Daí que esta nulidade deva ser declarada oficiosamente em qualquer fase do procedimento. Tal nulidade, podendo ser arguida em recurso, deve ser de conhecimento oficioso por qualquer tribunal. Assim, e desde logo, deve também ser fundamento de rejeição da própria pronúncia, em matéria de saneamento do processo (art. 311º - rejeitar a pronúncia, na parte em que ela representa uma alteração dos factos descritos na acusação e/ou no requerimento para abertura de instrução).

8. Para esta solução, concorrem as seguintes ponderações essenciais:

A fase de instrução deve ser concebida como uma fase de controlo judicial, requerida ou pelo arguido, ou pelo assistente, quanto a uma decisão do MP. Admitir que o juiz de instrução possa conhecer e pronunciar para além dos limites que fazem parte da sua cognição, significaria aceitar que a função jurisdicional, em fase de instrução, não seria uma função que actuaria a requerimento de um interessado, face a uma actuação e decisão prévia do MP. O que, obviamente, implicaria que, em fase de julgamento, se violaria o princípio da acusação e da distinção, materialmente imposta, entre entidade que acusa (e que sustenta a acusação) e entidade que julga. Por isso mesmo, cremos que as consequências da violação destes princípios fundamentais têm de ser radicais, face à sua importância estruturante.

⁷ Lapso legislativo que, todavia, não impõe uma necessária alteração da lei, mas tão-só uma interpretação correctiva, nos termos que propomos.

Só podem ser submetidas a julgamento pronúncias que respeitem o princípio da acusação ou, então, que correspondam ao conteúdo do que o assistente requer à apreciação do juiz. Ou seja, num caso é o MP que se propõe sustentar acusação, no outro é o assistente que requer o julgamento pelos factos; mas nunca um julgamento autonomamente requerido pelo juiz, ao ponto de a submissão a julgamento não respeitar o princípio de separação de poderes.