



UNIVERSIDADE | FACULDADE
CATÓLICA | DE DIREITO
PORTUGUESA |
ESCOLA DE LISBOA

As vicissitudes e implicações da alteração da qualificação jurídica dos factos sob a óptica processual e dos direitos e garantias de defesa do arguido

Mestrado Forense

Orientador

Professor Germano Marques da Silva

Inês de Oliveira Santos Gomes Ferraz

31 de Março de 2014

*Posso não concordar com
nenhuma das palavras que diz,
mas defenderei até à morte o
direito de as dizer.*

Voltaire

ÍNDICE

i.	Introdução _____	1
ii.	Enquadramento prévio _____	2
iii.	Visão periférica: as várias teses com relevo na doutrina	
	• Doutrina majoritária _____	6
	• Doutrinas minoritárias	
	• Tese de Germano Marques da Silva _____	13
	• Tese de José Manuel Damiano da Cunha _____	19
iv.	Visão prática: a palavra da jurisprudência _____	24
v.	Um olhar crítico	
	* Doutrina majoritária _____	35
	* Doutrina minoritária	
	• Tese de Germano Marques da Silva _____	42
	• Tese de José Manuel Damiano da Cunha _____	45
vi.	Posição adoptada _____	48
vii.	Conclusão _____	50
viii.	Bibliografia _____	51

I NTRODUÇÃO

A questão jurídica abordada na presente tese incide sobre a alteração da qualificação jurídica dos factos indicados na acusação ou no despacho de pronúncia.

A verdade é que esta é uma matéria que, apesar de à partida poder considerar-se saturada, nunca se torna um assunto anacrónico, devido à pertinência com que é suscitada na prática processual e acerca da qual há, ainda hoje, divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Por conseguinte, o que se pretende com esta tese é proceder a um levantamento exaustivo das várias posições existentes sobre o tema, a nível nacional, e apurar as respostas que dão às incontornáveis problemáticas que desencadeiam, nomeadamente até que ponto está o tribunal vinculado à qualificação dos factos patente na acusação ou na pronúncia e em que medida a liberdade de modificar a qualificação jurídica afecta as garantias de defesa do arguido constitucionalmente consagradas.

Basicamente, a questão a analisar adiante é: até que ponto a formulação da qualificação é flexível - mesmo após o momento em que, putativamente, se fixa o objecto do processo - e a relação da evolução da letra da lei com as respectivas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, sempre numa óptica de averiguação dos eventuais conflitos entre o poder jurisdicional e os direitos e garantias de defesa do arguido, bem como a segurança jurídica do arguido.

Debrucemo-nos agora, então, sobre as várias abordagens vigentes sobre o assunto.

* Nota: A aluna não escreve segundo as regras do novo acordo ortográfico.

Enquadramento prévio

Antes de mais, importa introduzir a temática em análise, a qual é definitivamente indissociável do objecto do processo penal. Este somente é fixado após a dedução da acusação, finda a fase de inquérito, portanto. Isto porquanto, mesmo havendo lugar à abertura de instrução e eventual despacho de pronúncia, esta serve apenas para proceder à averiguação da conformidade legal da anterior acusação.

Sem prejuízo, na acusação, bem assim no despacho de pronúncia, há um requisito legal impreterível a observar: a indicação das disposições legais aplicáveis ao caso concreto, isto é, quais as normas penais violadas pelo já arguido, conforme dispõem o n.º 3 do artigo 283º¹ e o n.º 2 do artigo 308º², ambos do Código de Processo Penal.

E, com disposições legais, inclui-se também as normas que estabelecem a *respectiva punição, a espécie e medida das sanções aplicáveis*³. Além, claro está, dos factos por que o arguido é acusado ou pronunciado - dependendo da fase processual de que se trate.

A este propósito, não poderiam os tribunais superiores deixar de se pronunciar, antevendo eventuais querelas que pudessem daí advir.

Atente-se, a título de exemplo, no acórdão de uniformização de jurisprudência 7/2008⁴ proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, o qual se pauta no sentido de considerar que por entre aquele conjunto de preceitos legais, dever constar igualmente as penas acessórias que ao arguido podem vir, futuramente, a ser aplicadas.

¹ Senão, note-se:

Artigo 283º

Acusação pelo Ministério Público

3 - A acusação contém, sob pena de nulidade:

- a) As indicações tendentes à identificação do arguido;
- b) A narração, ainda que sintética, dos factos que fundamentam a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança, incluindo, se possível, o lugar, o tempo e a motivação da sua prática, o grau de participação que o agente neles teve e quaisquer circunstâncias relevantes para a determinação da sanção que lhe deve ser aplicada;
- c) A indicação das disposições legais aplicáveis;
- d) O rol com o máximo de 20 testemunhas, com a respectiva identificação, discriminando-se as que só devam depor sobre os aspectos referidos no n.º 2 do artigo 128.º, as quais não podem exceder o número de cinco;
- e) A indicação dos peritos e consultores técnicos a serem ouvidos em julgamento, com a respectiva identificação;
- f) A indicação de outras provas a produzir ou a requerer;
- g) A data e assinatura.

² E, por sua vez, o artigo 308º:

Artigo 308º

Despacho de pronúncia ou de não pronúncia

2 - É correspondentemente aplicável ao despacho referido no número anterior o disposto nos n.ºs 2,3 e 4 do artigo 283.º, sem prejuízo do disposto na segunda parte do n.º 1 do artigo anterior.

³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça para uniformização de Jurisprudência n.º 11/2013, processo n.º 788/10.0GEBRG.G1-A.S1, publicado em Diário da República em 19 de Julho de 2013, série I, n.º 138.

⁴ Vide nota 1.

Discorre, então, o acórdão, que *a lei – alínea f) do n.º 3 do artigo 283º - impõe a indicação das disposições legais aplicáveis, ou seja, todas as disposições legais aplicáveis. Deste modo, para além da indicação da norma que prevê o tipo de crime ou crimes, terão de ser indicadas normas que estabelecem a respectiva punição, ou seja, a espécie e a medida das sanções aplicáveis. (...) E a pena acessória é, evidentemente, uma verdadeira pena.*

Destarte, conclui o Supremo Tribunal de Justiça que na acusação e na pronúncia têm necessariamente de ser indicadas todas as disposições legais aplicáveis, reitere-se, inclusivamente as relativas às sanções susceptíveis de ser aplicadas ao arguido, não olvidando as consagradas no artigo 69º do Código Penal, referentes a medidas acessórias à pena principal, sob pena da decisão final incorrer em nulidade por força da alínea b) do n.º 1 do artigo 379º, salvo se for observado tempestivamente o estatuído no artigo 358º do referido diploma.

Assim, conclui-se que o objecto do processo é, então, constituído pelos actos com relevância penal cometidos pelo arguido e pelas respectivas normas jurídicas aplicáveis.

Com isto, estão lançadas as bases para se entender a discussão doutrinária à volta da seguinte questão: a alteração da qualificação jurídica implica ou não uma alteração do objecto do processo?

Posto isto, interessa igualmente contextualizar legislativamente o tema, por forma a entender as actuais interpretações. Em ordem a tal recuemos até 1929, ano em que entrou em vigor o Código de Processo Penal ⁵, da autoria de Beza dos Santos. Neste diploma, era no n.º 1 do artigo 447º ⁶ que se tratava a questão da qualificação jurídica.

Ora, subjacente a esta norma está a ideia – ainda hoje cheia de actualidade, apesar das alterações legislativas sucedâneas ⁷ - de que ao arguido incumbe defender-se não da qualificação jurídica em que os factos se subsumem, mas antes dos factos em si.

⁵ Aprovado pelo Decreto n.º 16489, de 15 de Fevereiro de 1929, entrou em vigor em 1 de Março.

⁶ O artigo 447º versava o seguinte:

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.

^{1º} A decisão a que se refere este artigo nunca pode condenar em pena superior à competência do respectivo tribunal.

⁷ Vide Frederico Isasca, *Alteração substancial dos factos no processo penal português*, Almedina, 1ª edição, 1995, p. 43.

Ulteriormente, em 17 de Fevereiro de 1987 surge um novo Código de Processo Penal, através do Decreto-lei n.º 78/87, o qual, na esteira do Código de 1929, dispunha o seguinte sobre a matéria:

358º

Alteração não substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia

- 1 – *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.*
- 2 – *Ressalva-se do disposto no número anterior o caso de a alteração ter derivado de factos alegados pela defesa.*

No entanto, a Lei 59/98 de 25 de Agosto, mediante a qual foi levada a cabo a Reforma de 98, manteve intocados os números 1 e 2 do artigo 358º mas veio acrescentar um novo número, o qual continua em vigor até hoje e versa o seguinte:

- 3 – *O disposto no número 1 é correspondentemente aplicável quando o tribunal alterar a qualificação jurídica dos factos descritos na acusação ou na pronúncia.*

À semelhança do aditamento introduzido ao artigo 358º, também outros artigos relevantes para a abordagem da questão em análise foram alvo de alterações. Designadamente no artigo 339º, o qual trata da questão do objecto do processo, manteve-se literalmente o mesmo conteúdo, somente se acrescentando um novo número:

339º

Exposições introdutórias

- 4 - *Sem prejuízo do regime aplicável à alteração dos factos, a discussão da causa tem por objecto os factos alegados pela acusação e pela defesa e os que resultarem da produzida em audiência, bem como todas as soluções jurídicas pertinentes, independentemente da qualificação jurídica dos factos resultante da acusação ou da pronúncia, tendo em vista as finalidades a que se referem os artigos 368º e 369º.*

Antes de mais, reitera-se, importa, ao longo desta dissertação, ter sempre presente e conjugar esta pretensa imutabilidade do objecto do processo com as garantias de defesa do arguido, as quais não podem ser preteridas em prol de uma efectiva

realização da justiça e procura da verdade material, fins últimos do processo penal português.

Pois, certo é que todas estas exigências processuais vão ao encontro da maior pormenorização possível do objecto do processo, tendo sempre em conta, precisamente, a salvaguarda dos direitos do arguido e a observação plena dos princípios que norteiam o nosso processo penal e que, necessariamente, vigoram num Estado de Direito, designadamente o do contraditório da defesa⁸.

Posto isto, importa igualmente referir que o mesmo sucedeu com o artigo 424º, o qual aborda esta temática no que respeita às instâncias superiores, ou seja, em sede de recurso. Com efeito, seguindo a linha evolutiva da jurisprudência, posteriormente, este artigo foi igualmente alvo de um aditamento, desta feita por força da Lei 48/2007, de 29 de Agosto:

424º

Deliberação

3 - Sempre que se verificar uma alteração não substancial dos factos ou da respectiva qualificação jurídica não conhecida do arguido, este é notificado para, querendo, se pronunciar no prazo de 10 dias.

À semelhança deste artigo, também o mesmo diploma introduziu alterações ao artigo 303º do Código de Processo Penal, sendo-lhe aditado o seu actual n.º 5:

303º

Alteração dos factos descritos na acusação ou no requerimento para abertura da instrução

5 – O disposto no n.º 1º, é correspondentemente aplicável quando o juiz alterar a qualificação jurídica dos factos descritos na acusação ou no requerimento para abertura da instrução.

⁸ A Constituição proíbe absolutamente a aplicação de qualquer tipo de sanção sem que ao arguido seja garantida a possibilidade de se defender. O direito de se defender é por muitos considerado um princípio natural de qualquer tipo de processo, uma exigência fundamental do Estado de Direito material.

Cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição portuguesa anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, anotação ao artigo 32º, p. 363.

⁹ Artigo 303º do Código de Processo Penal:

1 – Se dos actos de instrução ou do debate instrutório resultar alteração não substancial dos factos descritos na acusação do Ministério Público ou do assistente, ou no requerimento para abertura da instrução, o juiz, oficiosamente ou a requerimento, comunica a alteração ao defensor, interroga o arguido sobre ela sempre que possível e concede-lhe, a requerimento, um prazo para preparação da defesa não superior a oito dias, com o consequente adiamento do debate, se necessário.

VISÃO PERIFÉRICA: AS VÁRIAS TESES COM RELEVO NA DOUTRINA

DOUTRINA MAIORITÁRIA

I. LIBERDADE DE ALTERAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA

Embora no actual código a letra da lei não permita uma interpretação tão despegada da sua teleologia, a verdade é que, muito antes das alterações legislativas da década de 90, o entendimento tradicional sobre esta temática advogava a plena liberdade do juiz de modificar a qualificação jurídica dos factos indicados na acusação ou na pronúncia. E, de facto, esta tese era perfeitamente válida na vigência do antigo código de 1929 e, curiosamente, mantém-se, na sua essência, até hoje, sendo, inclusivamente, a doutrina com mais aderência.

Contudo, hodiernamente encontra-se limitada por duas condicionantes incontornáveis – mesmo antes da reforma de 1998 que, na esteira desta teoria, adoptou a aplicação analógica do regime da alteração não substancial dos factos ao incidente da alteração da qualificação jurídica –, a saber: a sua comunicação prévia ao arguido e o estabelecimento de um prazo para organização da defesa daquele, caso seja requerido.

Note-se que, a prevenção do arguido – a qual também pode ocorrer na pessoa do seu defensor - é, segundo Paulo Pinto de Albuquerque, uma formalidade a observar sempre, mesmo quando a requalificação resulta *in melius*.

Não obstante, estas diligências não necessitam de ser observadas quando a alteração da qualificação advém de factos apresentados pela defesa; quando se procede à alteração para um crime menos gravoso em termos da medida de pena aplicável; e, por último, quando se dá uma alteração para um crime do mesmo tipo penal, mas cuja medida abstracta da pena pode ser maior do que a que a primeira qualificação previa.

A argumentação em que esta tese se baseia é sustentada pela premissa da incontestável independência dos tribunais e contra a qual se insurge a questão da vinculação temática, com a qual a alteração da qualificação jurídica está, inevitavelmente, ligada e sobre a qual também se pronuncia. Esta questão prende-se

precisamente com aquela que aborda o objecto do processo penal e sobre a qual se debruça o artigo 399º do Código de Processo Penal.

A este propósito, nomeadamente Paulo Pinto de Albuquerque¹⁰, considera que o *objecto do processo não é constituído pela incriminação imputada ao arguido, mas antes pelos factos que lhe são imputados. O legislador nacional quis, portanto, verter para o Direito português a norma, segundo a qual “a investigação e a decisão abrangem o facto descrito na acusação e as pessoas imputadas pela acusação. Dentro destes limites, estão os tribunais autorizados e obrigados a uma actividade autónoma e, em especial, estes não estão vinculados na aplicação da lei penal aos requerimentos feitos.(...)” Ou seja, o tribunal está apenas vinculado tematicamente pelo facto histórico unitário descrito na acusação (...) não pela qualificação jurídica dada ao facto na acusação*¹¹.

Neste sentido, mas mais longe, vão alguns outros nomes sonantes na doutrina, entre os quais estão, *maxime* Teresa Beleza¹² e Frederico Isasca^{13 14}, alegam que o objecto do processo é constituído pelas condutas ilícitas praticadas pelos arguidos e descritas quer na acusação, quer no despacho de pronúncia - se a ele houver lugar, claro -, pelo que a qualificação jurídica daquelas chega a ser irrelevante, pois advogam que apenas a alteração dos factos altera o objecto do processo e verdadeiramente influi nas garantias de defesa do arguido, ao contrário da qualificação jurídica, mera tradução normativo-legal daqueles.

De resto, Frederico Isasca¹⁵ afirma que o acento tónico da defesa do réu não está na contestação formal de uma certa qualificação jurídica dos factos imputados, mas antes e, em primeiro lugar, na garantia de que só por esses poderá ser condenado, qualquer que seja o juízo de subsunção.

¹⁰ Vide Paulo Pinto Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2ª Edição, 2008, anotação ao artigo 358º.

¹¹ Vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 11/2013 e Paulo Pinto Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2ª Edição, 2008, anotação ao artigo 339º, p. 875.

¹² In Teresa Pizarro Beleza, com a colaboração de Frederico Isasca e Rui Sá Gomes, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, Volume III, AAFDL, 1993.

¹³ In. Frederico Isasca, *Alteração substancial dos factos no processo penal português*, Almedina, 1ª edição, 1995.

¹⁴ Note-se que, embora os argumentos por aqueles apresentados não tenham sido construídos sob a alçada das novas alterações legislativas, são igualmente válidos, porquanto as ideias defendidas vão precisamente ao encontro daquelas.

¹⁵ Cfr. Frederico Isasca, *Alteração substancial dos factos no processo penal português*, Almedina, 1ª edição, 1995, pp. 101 e 102.

De resto, o mesmo autor ¹⁶, considera que limitar a alteração da qualificação jurídica seria condenar o tribunal a ter de compactuar com uma qualificação que julga ser errónea, o que colidiria com a liberdade dos tribunais na aplicação do direito, consagrada constitucionalmente no artigo 203º ¹⁷ da Constituição da República Portuguesa, o qual estabelece que os tribunais estão apenas vinculados à lei, pelo que as qualificações jurídicas indicadas ao longo do processo não limitam o tribunal neste aspecto. A reiterar esta ideia de liberdade e poder da Magistratura, invoca ainda outros preceitos constitucionais, designadamente, os artigos 206º ¹⁸, 208º ¹⁹ e 210º ²⁰ da Lei Fundamental ²¹.

Concluindo, assim, que os tribunais têm plena liberdade de convolar a qualificação, desde que, contudo, não se alterem quaisquer factos e, em consequência, o objecto do processo, aí sim, surpreendendo o arguido, ilegalmente.

Note-se que, o oposto, ou seja, vinculando o tribunal à qualificação jurídica proveniente da acusação, conduziria, no seu entender, a uma de duas absurdas hipóteses: ou o tribunal se vê forçado a absolver o arguido por aquele crime, apesar de aquele poder preencher inclusivamente o requisito da culpa mas de um outro, ou condená-lo por um crime de que não é culpado – o que defrontaria manifesta e gravemente o princípio básico de estabelece que a culpa do arguido tem de corresponder à pena concretamente aplicada.

¹⁶ Vide nota 13.

¹⁷ Assim versa o artigo 206º da Lei Fundamental:

Artigo 203º
Independência

Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei.

¹⁸ Note-se o que dispõe o artigo 206º da constituição da República Portuguesa:

Artigo 206º

Audiências dos tribunais

As audiências dos tribunais são públicas, salvo quando o próprio tribunal decidir o contrário, em despacho fundamentado, para salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o seu normal funcionamento.

¹⁹ Por sua vez, assim dispõe o artigo 208º da Lei fundamental:

Artigo 208º

Patrocínio forense

A lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça.

²⁰ Por último, atente-se nas palavras do artigo 210º da Constituição Portuguesa

Artigo 210º

Supremo Tribunal de Justiça e instâncias

1. O Supremo Tribunal de Justiça é o órgão superior da hierarquia dos tribunais judiciais, sem prejuízo da competência própria do Tribunal Constitucional.

2. O Presidente do Supremo Tribunal de Justiça é eleito pelos respectivos juízes.

3. Os tribunais de primeira instância são, em regra, os tribunais de comarca, aos quais se equiparam os referidos no n.º 2 do artigo seguinte.

4. Os tribunais de segunda instância são, em regra, os tribunais da Relação.

5. O Supremo Tribunal de Justiça funcionará como tribunal de instância nos casos que a lei determinar.

²¹ Cfr. Frederico Isasca, *Alteração substancial dos factos no processo penal português*, Almedina, 1ª edição, 1995, pp. 102 e 103.

Numa outra vertente, Frederico Isasca sustenta ainda a sua tese de plena liberdade de convolação, refutando a ideia de que esta faculdade do tribunal choca com o princípio do acusatório e do contraditório.

Em relação ao primeiro, o autor alega que é precisamente esta liberdade concedida ao tribunal em relação à acusação que permite uma plena concretização daquele princípio, pelo contrário, sim, violaria o princípio do acusatório, bem assim, um dos fins do processo penal português, nomeadamente, o da justiça do caso concreto.

Relativamente, ao segundo princípio invocado, o autor considera que não padece de qualquer violação com esta possibilidade de o tribunal convolar livremente a qualificação, porquanto nenhuma decisão surpresa se pode arguir, pois ao arguido é consentida possibilidade de defesa.

II. MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO

No que respeita ao momento em que a convolação deve ter lugar, autores há que sustentam que a alteração da qualificação deve ter lugar após a produção de prova estar concluída.

Neste sentido, Frederico Isasca, o qual defende que o momento processual indicado para a comunicação da requalificação levada a cabo pelo tribunal, seria a leitura da sentença²², prevalecendo na sua óptica a eminente liberdade e independência do tribunal, desprovido de quaisquer condicionantes.

Porém, Paulo Pinto de Albuquerque considera que, por forma a observar-se convenientemente o princípio do contraditório, a comunicação haveria de ter lugar em audiência de julgamento – antes ou depois da produção de prova é irrelevante - no tribunal de primeira instância, antes da efectiva alteração da qualificação que terá lugar na sentença.

Isto porque, segundo o mesmo autor, a alteração não pode acontecer após o encerramento da audiência, em ordem, novamente, a respeitar-se o direito do arguido ao contraditório, dado que não é permitida a reabertura daquela apenas com este intuito.

Não obstante, mais uma vez de acordo com Paulo Pinto de Albuquerque, há excepções a esta obrigatoriedade de comunicação quando a alteração acontece em primeira instância e que consistem nas seguintes situações: quando a alteração da qualificação é proveniente da defesa; quando se dá uma redução da matéria de facto e,

²² Vide Frederico Isasca, *In Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 4, fascículo 3, 1994, Aequitas Editorial Notícias, p. 369.

em consequência, a condenação consubstancia um crime menos gravoso do que o indicado na acusação ou pronúncia; quando se dá uma alteração para outra forma de crime equivalente, incluindo-se ainda no mesmo tipo penal; quando, para efeitos da concretização da pena, são considerados factos posteriores à prática do crime, *reiteradamente praticados pelo arguido desde momento anterior desprovidos de relevância típica* ²³; quando há uma *declaração de perda de bens e vantagens decorrentes do crime que não tenha sido requerida na acusação* ²⁴; e, finalmente, quando o arguido é condenado em sanção acessória, quando os pressupostos da sua aplicação constam da acusação ou da pronúncia.

Quanto à possibilidade de haver lugar, na fase de Instrução, à alteração da qualificação jurídica, Paulo Pinto de Albuquerque ²⁵, em nada parece obstar a que tal convolação suceda, dado que a posição dominante é a de equiparação do regime da alteração da qualificação jurídica ao da alteração não substancial de factos, desde que, novamente, sejam observados os requisitos exigidos no n.º 3 do artigo 358º do Código de Processo Penal, para o qual nos remete o n.º 5 do artigo 303º do código de Processo Penal ²⁶.

Porém, é opinião daquele autor que a instrução não pode ser requerida com o intuito único de discutir a qualificação jurídica dos factos, tanto por parte do arguido, como do assistente ²⁷.

A razão subjacente a esta rejeição assenta no facto de ao arguido ser legalmente permitida essa faculdade *relativamente a factos da acusação pública ou particular ou, pelo assistente, relativamente a factos pelos quais o Ministério Público não tenha*

²³ Cfr. Paulo Pinto Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2ª Edição, 2008, anotação ao artigo 358º, p. 931.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Vide Paulo Pinto Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2ª Edição, 2008, anotação ao artigo 303º.

²⁶ Sob pena de incorrer em nulidade, prevista no artigo 339º do Código de Processo Penal.

²⁷ Também neste sentido, vide o acórdão do Tribunal da relação de Lisboa de 9 de Abril de 2013, o qual dispõe que *face ao estatuído no art. 287º, n.º 1, al. b) do CPP, à arguida está vedado o referido acto processual, por visar apenas a alteração da qualificação jurídica, que aliás, é de todo prematura nesta fase, na qual se lida com uma prova de natureza indiciária.*

E acrescenta, ainda, *como se constata, a decisão recorrida de rejeitar o requerimento de abertura de instrução, por inadmissibilidade legal desta, baseia-se no entendimento expresso por Paulo Pinto de Albuquerque que considera que, em regra, a instrução visa discutir factos, e não apenas a sua qualificação jurídica, acrescentando que “o legislador fez uma opção clara por concentrar na audiência de julgamento a discussão de «todas as soluções jurídicas pertinentes» (artigo 339.º, n.º 4), não se justificando a abertura da instrução com o exclusivo fito da antecipação dessa discussão jurídica”.*

deduzido acusação²⁸, invocando as alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 287º²⁹ do Código de Processo Penal.

Mais, acrescenta o autor ainda que, a lei tende a preferir a audiência de julgamento como o lugar em que todas as “soluções jurídicas pertinentes”³⁰ deverão ser discutidas e, no caso de se aceitar a abertura da instrução com aquele fim exclusivo, estar-se-ia apenas a antecipar esse momento.

No entanto, Paulo Pinto de Albuquerque prevê uma excepção a esta conclusão e que corresponde ao caso em que o Ministério Público arquivou o Inquérito devido aos factos não constituírem crime.

A reiterar esta ideia, acresce o facto de o autor não considerar também que o assistente possa apresentar o requerimento de instrução baseado em factos que não alterem substancialmente a acusação do Ministério Público, conforme dispõe o n.º 1 do artigo 284º³¹ do Código de Processo Penal interpretado *a contrario*. Ora, sendo que a doutrina tradicional e a própria lei vão no sentido de equiparar os regimes da alteração da qualificação jurídica com o da alteração não substancial de factos, podemos então concluir que, estando vedada esta possibilidade ao assistente numa situação, o mesmo se aplica à outra.

III. ALTERAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA PELO TRIBUNAL DE RECURSO

Por fim, quando esta questão se coloca em tribunal de recurso, considera Paulo Pinto de Albuquerque que as mesmas condicionantes impostas ao tribunal de primeira instância se mantêm³², a par com a da proibição da *reformatio in pejus*.

²⁸ Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2ª Edição, 2008, anotação ao artigo 286º, p. 778.

²⁹ Se não, note-se:

Artigo 287º

Requerimento para abertura de Instrução

1 - A abertura da instrução pode ser requerida, no prazo de 20 dias a contar da notificação da acusação ou do arquivamento:

- a) Pelo arguido, relativamente a factos pelos quais o Ministério Público ou o assistente, em caso de procedimento dependente de acusação particular, tiverem deduzido acusação; ou
- b) Pelo assistente, se o procedimento não depender de acusação particular, relativamente a factos pelos quais o Ministério Público não tiver deduzido acusação.

³⁰ Cfr. n.º 4 do artigo 339º do Código de Processo Penal.

³¹ Assim dispõe o preceito:

Artigo 284º

Acusação pelo Assistente

1 - Até 10 dias após a notificação da acusação do Ministério Público, o assistente pode também deduzir acusação pelos factos acusados pelo Ministério Público, por parte deles ou por outros que não importem alteração substancial daqueles.

³² Mas, note-se: caso a alteração da qualificação jurídica aconteça aquando da audiência de julgamento, esta é comunicada ao arguido e este é notificado para, em dez dias, se pronunciar; caso não suceda nesse momento, as mesmas diligências são processadas via postal.

Sem prejuízo, há aqui que ter em conta que só se procederá à notificação do arguido se a alteração não for já daquele conhecida, nomeadamente através da sentença proferida pelo tribunal da primeira instância, das alegações de recurso provenientes da defesa, do assistente ou do Ministério Público, uma vez que de todos estes documentos tem conhecimento e pleno acesso.

IV. EFEITOS DA CONVOLAÇÃO

Relativamente ao procedimento a cumprir pelo tribunal caso se altere a qualificação para uma à qual corresponda uma medida de pena mais alargada, a linha dominante argui no sentido do tribunal singular não se tornar incompetente, pelo que pode continuar a julgar o caso concreto, desde que observem os pressupostos estipulados pelo n.º 3 do artigo 358º do Código de Processo Penal – comunicação ao arguido e concessão de tempo para defesa, se requerido ³³.

Quanto à pena efectivamente aplicável, apesar da doutrina não se pronunciar literalmente sobre esta questão em particular, implicitamente podemos inferir que nenhum óbice há à condenação do arguido em pena superior àquela que a qualificação jurídica inicial permita.

³³ Sob pena de enfermar em nulidade, como dispõe o artigo 379º do Código de Processo Penal:

Artigo 379º

Nulidade da sentença

1 - É nula a sentença:

a) *Que não contiver as menções referidas no n.º 2 e na alínea b) do n.º 3 do artigo 374.º ou, em processo sumário ou abreviado, não contiver a decisão condenatória ou absolutória ou as menções referidas nas alíneas a) a d) do n.º 1 do artigo 389.º-A e 391.º-F;*

b) *Que condenar por factos diversos dos descritos na acusação ou na pronúncia, se a houver, fora dos casos e das condições previstos nos artigos 358.º e 359.º;*

c) *Quando o tribunal deixe de pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar ou conheça de questões de que não podia tomar conhecimento.*

DOCTRINAS MINORITÁRIAS

TESE DE GERMANO MARQUES DA SILVA

I. LIBERDADE DE ALTERAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA

Uma tese com menos apoio é a encabeçada pelo Professor Germano Marques da Silva, o qual argui, desde sempre, a aplicação do regime da alteração substancial dos factos à alteração da qualificação jurídica - sem a correspondente alteração dos factos, claro está - desde que aquela consubstancie a modificação para crime diverso ou que os limites máximos das penas se tornem mais elevados em virtude da mudança da qualificação.

Com a alteração legislativa de 1998, a qual veio equiparar os regimes da alteração não substancial de factos e da alteração da qualificação jurídica, este manteve a sua teoria, advogando, desta feita, que só deveria ser praticada aquela analogia quando o sentido da acusação permaneça intocado, ou seja, se o desvalor jurídico subjectivo se mantém, apenas nesses casos se observando o disposto no n.º 3 do artigo 358º do Código de Processo Penal.

Com efeito, o Professor alerta para não se confundir o regime da alteração não substancial dos factos com o da alteração da qualificação jurídica, embora o n.º 3 do artigo 358º do Código de Processo Penal nos influencie nesse sentido.

Quer isto dizer que, por força do aditamento daquele número, não significa que todos os casos de alteração da qualificação jurídica impliquem a equiparação de regimes. São institutos distintos e com diferentes aplicações na prática, daí o autor encarar esta questão numa perspectiva de facto.

Ao defender a sua interpretação, a qual dificilmente tem aderência da lei, o autor defende que *as alterações legislativas não implicam necessariamente a interpretação dominante e que aquela viola (inclusivamente) os princípios constitucionais de defesa e ao contraditório do arguido*³⁴.

Isto é, a indicação patente no n.º 3 do 358º do Código de Processo Penal não pode ser utilizada mecanicamente mal estejamos perante um caso em que a qualificação

³⁴ Cfr. Germano Marques da Silva, *Curso de processo penal*, volume III, Editorial Verbo, 3ª Edição, 2009, pp. 276 e 277.

jurídica é corrigida, antes terá de ser casuisticamente averiguado se, no caso *sub judice*, deverá recorrer-se à equiparação do regime, que se o caso em apreço se traduzirá nas situações em que a nova qualificação adoptada não implique um juízo de ilicitude completamente díspar do anterior, isto é, que possa condenar o arguido com base numa norma sobre a qual ele não tinha qualquer conhecimento, nem mesmo do interesse que aquela visa proteger.

Portanto, para o professor, o regime da alteração da qualificação jurídica apenas se assemelha ao da alteração não substancial de factos, quando não há mudança para um crime diverso, nem quando existe uma agravação da moldura penal – não sendo necessário que os dois requisitos se verifiquem simultaneamente - e, portanto, quando o sentido da acusação permanecer o mesmo; caso contrário, estaríamos perante uma situação factualmente diferente o que colidiria com as garantias de defesa do arguido.

Assim, as garantias de defesa do arguido não saem prejudicadas desde que o critério essencial de valoração do interesse ou do desvalor - consciência da ilicitude – não se altere e, nesse sentido, segundo o autor é apenas necessária a consciência da protecção legal do interesse tutelado, não se exigindo o conhecimento de uma norma legal específica, proibitiva de determinado comportamento.

Isto porque, há que ter presente a ideia defendida pelo autor relativamente ao objecto do processo e à defesa da ideia de estreita ligação entre a qualificação jurídica indicada e os factos a que esta se reporta. Ou seja, segundo a visão do autor, ao proceder-se à requalificação dos factos estar-se-ia a alterar, necessariamente, o desvalor que a qualificação originária tem inerentes, desde que os requisitos supra identificados – crime diverso ou agravamento da moldura penal aplicável – variem também.

Mais, para sustentar esta premissa, o autor serve-se da ideia intrínseca ao artigo 283º do Código de Processo Penal, o qual, como já acima foi referido, obriga à enunciação de todas as disposições aplicáveis ao caso concreto e que permitem a prossecução do processo e, em último caso, a condenação do arguido acusado.

A este propósito, o autor suscita a questão da inutilidade desta disposição legal perante a tese da ilimitada liberdade do juiz na requalificação dos factos. Isto é, se o juiz é totalmente independente para proceder à convolação, de que serve então aquela norma? Pegando nas suas palavras, *se a indicação das disposições aplicáveis não*

tivessem qualquer valor vinculativo do tribunal, mal se compreenderia que a sua falta constituísse nulidade da acusação ³⁵.

Destarte, julga o autor que aquele preceito corrobora, de facto, que aquele tem subjacente a ideia de que a cada norma legal, quando aplicada ao caso concreto, corresponde um facto, o qual só adquire significância jurídica quando ligado àquela e, se houver alteração, tanto um como outra perdem o seu valor.

Concluindo então o autor que a qualificação é, efectivamente, parte integrante do objecto do processo, não podendo ser levianamente encarada, pois há *uma estreita ligação entre o objecto da acusação (...) e as garantias de defesa do arguido* ³⁶.

Por outro lado, mas tendo sempre em linha de conta uma perspectiva garantística dos direitos do arguido, o professor não só considera que é imperativa a comunicação prevista no artigo 358º, como é também defensor de uma interpretação restritiva do preceito e, em consequência, da circunscrição da moldura penal à inicialmente aplicável.

Interpretação que considera reiterada pelos nº 3 e nº 4 do artigo 16º ³⁷ do Código de Processo Penal, visto que, nestes casos, se houver uma errada qualificação jurídica a pena nunca pode ser superior à susceptível de ser aplicada pelo tribunal singular, ou seja, 5 anos de prisão. Ou seja, com esta equiparação tenciona o autor fazer valer a ideia de que, se é verosímil no âmbito daquele artigo o Ministério Público, através de requerimento, vincular o tribunal a uma determinada medida de pena, o mesmo raciocínio deveria ser legitimamente aplicado aquando da alteração da qualificação jurídica, obrigando da mesma forma o juiz.

Isto porque, o professor defende que o objecto do processo é fixado pela acusação, devendo permanecer estável no decurso das seguintes fases processuais. Assim se compreendendo também a impossibilidade de condenar em medida superior

³⁵ Cfr. Germano Marques da Silva, *Curso de processo penal*, volume III, Editorial Verbo, 3ª Edição, 2009, p 271.

³⁶ Cfr. Germano Marques da Silva, *Curso de processo penal*, volume III, Editorial Verbo, 3ª Edição, 2009, p. 267.

³⁷ Assim dispõe o artigo 16º do Código de Processo Penal:

Artigo 16º

Competência do tribunal singular

1 - Compete ao tribunal singular, em matéria penal, julgar os processos que por lei não couberem na competência dos tribunais de outra espécie.

2 - Compete também ao tribunal singular, em matéria penal, julgar os processos que respeitarem a crimes:

a) Previstos no capítulo ii do título v do livro ii do Código Penal; ou

b) cuja pena máxima, abstractamente aplicável, seja igual ou inferior a 5 anos de prisão.

c) Que devam ser julgados em processo sumário.

3 - Compete ainda ao tribunal singular julgar os processos por crimes previstos na alínea b) do n.º 2 do artigo 14.º, mesmo em caso de concurso de infracções, quando o Ministério Público, na acusação, ou, em requerimento, quando seja superveniente o conhecimento do concurso, entender que não deve ser aplicada, em concreto, pena de prisão superior a 5 anos.

4 - No caso previsto no número anterior, o tribunal não pode aplicar pena de prisão superior a 5 anos.

ou por factos diferentes dos apresentados na acusação ou no requerimento de abertura de instrução.

Novamente, esta posição alicerça-se, inequívoca e essencialmente, numa visão garantística dos direitos do arguido ³⁸. A este propósito, recordem-se as palavras de Eduardo Correia, defensor da doutrina minoritária no antigo código de 1929 e cujos argumentos assentam perfeitamente nesta tese, o qual alega que *é certo que o natural é ela partir do rigor da subsunção jurídica feita na pronúncia e que com base nela organize a sua defesa. Mas, assim, a modificação da qualificação importará um desfavor para o Réu* ³⁹.

Em primeiro lugar, é necessário atentar na inadmissível surpresa que seria para o arguido deparar-se com uma *condenação por um tipo legal de crime que desconhecia e lhe era indispensável conhecer para que tomasse consciência da ilicitude do facto* ⁴⁰. Daí que o autor admita a alteração da qualificação jurídica, desde que a mudança não afecte o *critério essencial da valoração do interesse* ⁴¹.

Em segundo lugar, ao admitir-se esta alteração estar-se-ia a permitir que um dos elementos curiais da punibilidade do agente fosse ignorado e, no limite, estar-se-ia a condenar o arguido por um crime do qual não tem consciência – ainda que não necessariamente da norma em concreto mas da existência de protecção legal do interesse por ele violado com a sua conduta – e, portanto, seria condenado injustamente.

Em terceiro e último lugar, o autor salienta o facto de que *qualquer alteração do sentido da incriminação implica necessariamente a alteração dos próprios factos* ⁴², pelo que, no seu entender, existirá sempre uma modificação do objecto do processo.

Isto porque, o facto penalmente relevante só adquire aquela relevância por referência a uma norma em particular, por conseguinte, se a norma é alterada e substituída

³⁸ *As mais recentes reformas do processo penal têm sido dominadas pelo acentuar das garantias de defesa do arguido, o que passa pelo reconhecimento da sua condição de sujeito processual durante todo o processo para assegurar a mais ampla contrariedade.*

Cfr. Germano Marques da Silva, *Curso de processo penal*, volume I, Editorial verbo, 5ª Edição, 2008, p. 59.

³⁹ Vide *A sentença condenatória e a pronúncia em processo penal*, In *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 63, página 385.

⁴⁰ Cfr. Germano Marques da Silva, *Curso de processo penal*, volume III, Editorial Verbo, 3ª Edição, 2009, p. 271.

⁴¹ Cfr. Germano Marques da Silva, *Curso de processo penal*, volume III, Editorial Verbo, 3ª Edição, 2009, p. 273.

⁴² Cfr. Paulo Pinto Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2ª Edição, 2008, anotação ao artigo 358º, p. 928.

por uma outra, perde-se esta ligação, pois este novo preceito aplicado deixa de ter base factual que o sustente.

E, mais, a reiterar a ideia da necessidade da consciência da ilicitude em ordem a apurar a culpa do agente, acresce ainda o facto de as normas enunciadas na acusação ou na pronúncia, poderem levar à nulidade do despacho, no caso de omissão, mas também a exigência da sua prova em audiência de julgamento.

Assim, não poderá o arguido ser condenado com base numa disposição legal que não está factualmente contextualizada e que se desconecta da ilicitude subjectiva do caso concreto.

II. MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO

*Verifica-se, no código vigente, o propósito de desvalorizar a fase eventual da Instrução para valorizar a fase de julgamento e, por isso, a Instrução destina-se essencialmente a permitir a comprovação pelo juiz da legalidade da decisão do Ministério Público de acusar ou de arquivar o Inquérito e da acusação do Assistente*⁴³.

Posto isto, claro está que em audiência de julgamento pode haver lugar à requalificação jurídica dos factos, desde que se observe a comunicação ao arguido e a autorização de tempo para reorganização da defesa, se tal for solicitado ao tribunal pelo arguido. Mais, está o juiz de julgamento impedido de condenar em medida superior àquela que a qualificação jurídica originária previa.

Quanto à possibilidade de convoação pelo Juiz de Instrução Criminal, embora a ideia de conformação do objecto do processo através da acusação e da suposta imutabilidade daquele até à sentença defendidas pelo autor, levariam a crer que esta opção estaria vedada na fase de Instrução. Erroneamente, porém. O autor aceita a convoação nesta sede, desde logo, se há um erro manifesto de qualificação e que merece correcção.

Todavia, segundo a sua tese, caso se proceda à requalificação há que cumprir os mesmos requisitos exigidos em sede de audiência de julgamento, porém nada há a apontar quanto à medida de pena aplicável, dado que não compete ao Juiz de Instrução

⁴³ Cfr. Germano Marques da Silva, *Curso de processo penal*, volume I, Editorial Verbo, 5ª edição, 2008, p. 77.

Criminal a condenação do arguido, mas tão só *comprovar a legalidade da acusação já deduzida com base nas provas recolhidas no inquérito e completadas na instrução* ⁴⁴.

Isto quando, em coerência com a lógica perfilhada pelo autor, a alteração da qualificação não bula com a essência da acusação, note-se.

Pelo contrário, se a correcção implicar uma modificação grosseira daquela, cremos que ao Juiz de Instrução Criminal cumpre, à semelhança do entendimento alegado para a audiência de julgamento, a observação de uma interpretação analógica entre os regimes da alteração da qualificação e da alteração substancial dos factos nesta sede.

Por fim, convém apenas mencionar que, de acordo com Germano Marques da Silva, nem em todos os casos se justifica a abertura de Instrução por discordância da (re)qualificação jurídica.

No caso do arguido, defende o autor que no caso de a apresentação do requerimento de abertura de instrução com mero intuito de refutar elementos que não alterem substancialmente a acusação dominante, é possível que a Instrução tenha lugar, baseando a sua argumentação na letra do artigo 358º do Código de Processo Penal e afastando a literalidade patente na alínea a), n.º 1 do artigo 287º ⁴⁵ do Código de Processo Penal e que é uma clara manifestação do direito de defesa do arguido. Cremos que o mesmo raciocínio poderá ser legitimamente perfilhado no que respeita à alteração da qualificação jurídica.

Relativamente ao assistente, interessa apenas apreciar a questão quando estamos perante um crime semi-público ou público se trate, é possível àquele aderir à acusação do Ministério Público ou deduzir acusação completar, pelo que também não se justifica a apresentação do requerimento. Novamente, advogamos a aplicação analógica do regime da alteração jurídica àqueloutro.

III. ALTERAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA PELO TRIBUNAL DE RECURSO

Neste âmbito, é igualmente verosímil a faculdade do tribunal de recurso modificar a alteração da qualificação jurídica dos factos. Contudo, novamente, desde que impreterivelmente se observe do princípio da *reformatio in pejus*, ou seja, é admitido ao

⁴⁴ Cfr. Germano Marques da Silva, *Curso de processo penal*, volume III, Editorial Verbo, 3ª Edição, 2009, p. 157.

⁴⁵ Vide nota 29.

tribunal de recurso a aplicação de pena superior à aplicada na sentença, depois de proceder à convolação.

IV. EFEITOS DA CONVOLAÇÃO

No que respeita à competência do tribunal, em regra, singular, em virtude da alteração da qualificação jurídica para um crime com uma moldura penal maior, Germano Marques da Silva tem a opinião exactamente contrária à da doutrina tradicional e que, na verdade, soluciona os problemas processuais que dali podem advir.

Com efeito, aquele autor ao defender a restrição de aplicação de pena mais gravosa que a anteriormente permitida pela primeira qualificação, resolve o problema da incompetência do tribunal, porquanto o tribunal *ab initio* competente, mantém a sua jurisdição intocada.

Isto é, se a qualificação dos factos patente na acusação não permitia um máximo de, suponhamos, 3 anos de prisão, e se procede à requalificação dos factos, a qual, segundo a lei, prevê já um limite máximo de 8 anos de prisão, o tribunal está vinculado ao limite máximo de pena de prisão de 3 anos, devido à moldura penal primeiramente aplicável.



TESE DE JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA

I. LIBERDADE DE ALTERAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA

Por fim, existe ainda uma outra teoria, a qual tem muito pouco relevo mas que apresenta uma visão completamente diferente sobre a questão em apreço – pioneiramente, colocando o Ministério Público em foco.

Esta tese é sustentada pelo Professor Damião da Cunha, na sua tese de doutoramento ⁴⁶.

⁴⁶ Vide José Manuel Damião da Cunha, *O caso julgado parcial, questão da culpabilidade e questão da sanção num processo com estrutura acusatória*, Teses - Publicações da Universidade Católica, 2002.

Na visão deste autor, a única interpretação coerente e legal que se extrai da actual configuração do artigo 358º do Código de Processo Penal – nunca olvidando que o mesmo estabelece uma analogia entre os regimes da alteração da qualificação jurídica e da alteração não substancial de factos - implicaria que o tribunal se encontrasse limitado pelo facto de não poder aplicar uma pena superior ao limite máximo indicado pelo Ministério Público no despacho de acusação, porquanto, segundo aquele, o contrário violaria manifestamente o princípio da acusação.

Este fundamento é, de resto, a par com o princípio da legalidade, a base em que a sua teoria assenta.

De facto, o autor serve-se do princípio da legalidade – *enquanto princípio da legalidade penal e da legalidade da infracção penal*⁴⁷ - como refúgio para defender, *maxime*, a não aplicação de uma pena superior à primeiramente aplicável em função da qualificação jurídica de então, pois traduz-se na mera observação da lei penal e dos vários princípios que esta encerra, como sejam o princípio da proibição da *reformatio in pejus* e o da aplicação da lei mais favorável ao arguido.

Note-se que este é um argumento que, evidentemente, sublima a vertente garantística, ínsita no nosso Direito Penal Processual – e contrária à ideia por que a doutrina tradicional se pauta e que consiste na exaltação do poder e liberdade do tribunal.

A propósito, o autor conclui que uma alteração da qualificação jurídica *in melius* não só é possível, como corresponde ao cumprimento da aplicação da lei mais favorável ao arguido, premissa base do Direito Processual Penal e - resumindo a questão da alteração da qualificação jurídica a uma discordância de interpretações entre duas magistraturas – pleita o autor no sentido de *qualquer “dissensão” entre o Ministério Público e tribunal não deve ser discutida à custa do arguido*⁴⁸.

Ainda assim, considera que, para além da prevenção do arguido relativamente à mudança de qualificação, na sua óptica, também ao Ministério Público deveria ser comunicada a alteração – mais uma vez, em cumprimento do princípio da acusação.

Pois, segundo o seu parecer, a relação entre o Ministério Público e o arguido – que se estabelece aquando da acusação – seria violada.

⁴⁷ Cfr. José Manuel Damião da Cunha, *O caso julgado parcial, questão da culpabilidade e questão da sanção num processo com estrutura acusatória*, Teses - Publicações da Universidade Católica, 2002, p. 433.

⁴⁸ Cfr. José Manuel Damião da Cunha, *O caso julgado parcial, questão da culpabilidade e questão da sanção num processo com estrutura acusatória*, Teses - Publicações da Universidade Católica, 2002, p. 452.

Aliás, o autor considera que, na verdade, por oposição ao que a lei consagra e a maioria da doutrina defende, a solução para o instituto da alteração da qualificação pode antes passar por uma analogia com a alteração substancial de factos, à semelhança do que afirma Germano Marques da Silva, mas apenas no que aos efeitos processuais respeita, note-se.

Apesar de crer que esta seria uma solução que mais adequadamente defenderia os direitos do arguido quando comparada com a posição maioritária, não considera que seja a melhor solução existente, porquanto, novamente, o princípio da acusação seria altamente vilipendiado, tendo em conta que a reformulação da qualificação aconteceria à revelia do Ministério Público, sem que o mesmo fosse chamado a intervir ou, no mínimo, opinar, para além de implicar uma nova audiência de julgamento, facto que Damião da Cunha também rejeita.

II. MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO

Relativamente ao momento em que a alteração da qualificação jurídica deve ter lugar, o autor julga que a audiência de julgamento não é o mais adequado.

Isto porque, sustenta que para que o tribunal possa proceder à convolação, deve estar já convicto da condenação do arguido, o que implica que a audiência de julgamento tenha já, pelo menos, parcialmente decorrido.

De resto, o contrário não faria sentido, dado que, de nada valeria a prevenção do arguido da convolação se o tribunal disso não estivesse certo e, no limite, a sentença resultasse em absolvição. Em vão, portanto.

Mais, na sua visão, assim não se entendendo, na sua perspectiva, as garantias de defesa do arguido saíam preteridas, pois as declarações do mesmo no decorrer da audiência são feitas em função de uma qualificação jurídica e seriam, naturalmente, vilipendiadas caso aquela fosse alterada, não permitindo uma adequada conformação da sua defesa e actuação processual à alteração.

Assim, pugna o autor, à semelhança de Frederico Isasca, pela convolação na fase da sentença.

Mais, a este propósito invoca o autor a questão da confissão, a qual é prejudicada se o tribunal alterar a qualificação jurídica no decorrer da audiência, pois, nas palavras

de Damião da Cunha, *a confissão supõe pleno conhecimento das consequências dos factos imputados*⁴⁹.

III. ALTERAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA PELO TRIBUNAL DE RECURSO

No que toca às instâncias de recurso, Damião da Cunha segue a linha tradicional da aplicação do princípio da proibição da *reformatio in pejus*, discordando, porém quanto à justificação para o facto de estar vedado ao tribunal a aplicação de pena superior à decidida em primeira instância e que este julga dever-se ao princípio da acusação, novamente.

Neste sentido, afirma que os poderes decisórios do tribunal de recurso estão, *ab initio*, condicionados pela actuação do Ministério Público – tanto na sua iniciativa ou inércia de interpor o requerimento, tanto na defesa da acusação, por si apresentada, em pleito.

Finalmente, cumpre referir que a tese apresentada por Damião da Cunha tem sempre subjacente a ideia de que o princípio da proibição da *reformatio in pejus* não é exclusivamente atinente às instâncias superiores, sendo aliás transversal a todo o processo, tão pouco deve ser encarado como um limite aos poderes decisórios do tribunal.

Nesta perspectiva, atente-se nas palavras do autor ao afirmar que *o princípio da proibição da reformatio in pejus começa com o acto de acusação – ao limitar a medida da pena – e vai-se concretizando em todos os momentos processuais em que o Ministério Público seja solicitado a pronunciar-se sobre a pena*⁵⁰.

Em ordem a reiterar esta ideia, acrescenta ainda que este princípio deve ser, de resto, entendido no sentido de *equidade ou justiça do caso concreto*⁵¹, porquanto, convém não esquecer, encontramos-nos no âmbito de um processo de estrutura acusatória, ou seja, em que o Ministério Público tem um papel preponderante em termos de andamento e conformação de todo o processo, bem assim, do valor processual da acusação.

IV. EFEITOS DA CONVOLAÇÃO

⁴⁹ José Manuel Damião da Cunha, *O caso julgado parcial, questão da culpabilidade e questão da sanção num processo com estrutura acusatória*, Universidade Católica Editora, 2002, p. 445.

⁵⁰ José Manuel Damião da Cunha, *O caso julgado parcial, questão da culpabilidade e questão da sanção num processo com estrutura acusatória*, Universidade Católica Editora, 2002, p. 660.

⁵¹ *Ibidem*, p. 658.

No que a este ponto respeita, em virtude da defesa da aplicação do princípio da proibição da *reformatio in pejus* a todo o processo, não sendo um princípio vinculativo apenas das instâncias superiores, o tribunal de primeira instância estará, por isso, obrigado a observar o limite máximo da pena que correspondia à qualificação jurídica primitiva.

Em consequência, deve o tribunal inicialmente competente para julgar o caso, prosseguir com o julgamento, porquanto ao não existir quaisquer alterações na aplicação da moldura penal aplicável, nunca incorrerá aquele numa situação de incompetência.

VISÃO PRÁTICA: A PALAVRA DA JURISPRUDÊNCIA

I. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Numa perspectiva, agora, prática da questão em apreço, há, primeiramente, que indagar a evolução história que a temática *sub judice* tem sofrido ao longo do tempo.

O Supremo Tribunal de Justiça começou por fixar jurisprudência em relação a esta questão com o Assento 2/93⁵², ainda quando não se havia procedido ao aditamento do n.º 3 do artigo 358º do Código de Processo Penal.

Neste assento pode ler-se que *não constitui alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia a simples alteração da respectiva qualificação jurídica (ou convolução), ainda que se traduza na submissão de tais factos a uma figura criminal mais grave.*

Ou seja, a interpretação imperante era que, independentemente da submissão a uma figura jurídica distinta e mais gravosa para o arguido, o cerne da questão se centrava nos factos, pelo que, desde que estes se mantivessem intocados relativamente à acusação ou pronúncia, nada obstará a uma livre alteração da qualificação jurídica.

Isto porque, entendeu-se que, por não existir à data a autonomização da figura da alteração da qualificação jurídica relativamente à alteração substancial ou não de factos, quis o legislador com esta inacção distinguir claramente as duas figuras e respectivos regimes, bem como a manutenção do regime vigente no código de 1929, nomeadamente, no seu artigo 447º.

Neste sentido, estariam refutados os argumentos da surpresa do arguido aquando da modificação da qualificação, dado que os factos permaneciam os mesmos e seria em função deles que a sua defesa se deveria pautar.

Mais, este entendimento salvaguarda e exorta a liberdade da função jurisdicional, isto é, da aplicação do direito aos factos concretos apresentados, a qual, nesta óptica, caso padecesse de alguma limitação, sairia completamente desvirtuada.

Neste mesmo sentido discorre o posterior Assento 4/95⁵³, o qual vem, acrescentar a ideia de que a única restrição ao tribunal tem somente que ver com a proibição da *reformatio in pejus*.

⁵² Publicado em Diário da República em 10 de Março de 1993, n.º 58, série I – A, pp. 1105 a 1112.

No entanto, o Tribunal Constitucional no seu acórdão 279/95⁵⁴, oriundo de recurso interposto do assento 2/93⁵⁵, julgou inconstitucional o entendimento proferido neste assento, *nos casos em que a convolação conduzisse à condenação do arguido em pena mais grave, sem que o mesmo fosse prevenido da nova qualificação jurídica e sem que lhe fosse dada oportunidade de defesa (...), porquanto (...) o arguido não tem de ser sacrificado no altar da correcta qualificação jurídico-penal da matéria de facto e que uma eventual alteração final do enquadramento jurídico desta não tem necessariamente de fazer-se à custa do sacrifício dos seus direitos de defesa, sendo que para assegurar esta defesa basta que lhe seja dado conhecimento prévio da nova qualificação.*

No mesmo sentido, pronunciou-se também o acórdão 445/97⁵⁶, o qual, aliás, revogou aqueloutro e declarou a sua inconstitucionalidade com forma obrigatória geral.

Por conseguinte, foi o assento 2/93⁵⁷ reformulado de acordo com a nova interpretação, aditando ao anterior entendimento o seguinte excerto: *desde que previamente dê conhecimento e, se requerido, prazo ao arguido, da possibilidade de tal ocorrência para que o mesmo possa organizar a sua defesa jurídica.*

Enfim, quase a título de nota, cabe fazer uma breve referência à questão da fundamentação da alteração da qualificação jurídica, questão com a qual acabamos por nos deparar e sobre a qual parece não existir disparidades.

A verdade é que, de acordo com a visão do Supremo Tribunal de Justiça, não é necessária uma extensa e exímia fundamentação que sustente a alteração da qualificação jurídica, bastando a explanação da discordância com a qualificação originária, somente as razões que motivaram a mudança.

Precisamente nesta linha de interpretação discorre o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Setembro de 2009⁵⁸, senão veja-se: *Este despacho não requer praticamente fundamentação para além da discordância apontada – discordância radicando no entendimento expresso de que os factos acusados integram outra ou outras disposições legais. Não é preciso mais nada para ficarem cumpridas as*

⁵³ Assento 4/95 do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Junho de 1995, publicado em Diário da República em 17 de Março de 1995, série I – A, n.º 114, pp. 2939 a 2941.

⁵⁴ Acórdão publicado em Diário da República em 28 de Julho de 1995, série II, n.º 173, p. 8753.

⁵⁵ Vide nota 42.

⁵⁶ Acórdão publicado em Diário da República em 5 de Agosto de 1997, série I – A, n.º 179, pp. 4054 a 4059.

⁵⁷ Vide nota 42.

⁵⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 434/09.5YFLSB.

exigências de fundamentação no caso, resultando líquida para os sujeitos processuais qual foi a razão da alteração, e fornecendo o despacho base suficiente para o recurso e para a apreciação pelo tribunal superior.

Acrescenta ainda, a este propósito, que *o despacho tem aqui mais um sentido de comunicação e prevenção, em ordem ao arguido poder organizar a sua defesa face à alteração comunicada. A convolação opera-se verdadeiramente com a decisão final.*

Por sua vez, o Tribunal Constitucional no seu acórdão n.º 72/2011⁵⁹, segue exactamente o mesmo entendimento, realçando a natureza interlocutória do despacho que comunica a alteração da alteração e que é, sim, na sentença que, devido à sua jaez e requisitos fundamentais, tem de sustentar exemplarmente a qualificação jurídica adoptada.

II. LIBERDADE DE ALTERAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA

Nascem assim, portanto, as bases da reforma de 1998 e uma série de acórdãos naturalmente seguidores desta nova doutrina, como sejam o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 518/98⁶⁰, *o qual veio então a definir o sentido e alcance da declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral*, constante do citado acórdão n.º 445/97⁶¹, o acórdão n.º 519/98⁶² e o acórdão n.º 295/99⁶³, todos do Supremo Tribunal de Justiça, entre outros.

Todavia – mas neste arrimo - apenas em 2000 é proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça um acórdão de uniformização de jurisprudência⁶⁴, no qual se estatuiu quase literalmente o mesmo que no acórdão 2/93⁶⁵, mas com um ligeiro aditamento, a saber: *O tribunal ao enquadrar juridicamente os factos constantes na acusação ou na pronuncia, quando esta existisse, podia proceder a uma alteração do correspondente enquadramento, ainda que em figura criminal mais grave, desde que previamente desse conhecimento e, se requerido, prazo ao arguido, da possibilidade de tal ocorrência, para que o mesmo pudesse organizar a respectiva defesa*⁶⁶.

Este aditamento vem colmatar precisamente a lacuna de que o assento reformulado padecia.

⁵⁹ Acórdão de 3 de Fevereiro de 2011, processo n.º 644/10.

⁶⁰ Acórdão publicado em Diário da República em 11 de Novembro de 1998, série II.

⁶¹ Vide nota 46.

⁶² Acórdão publicado em Diário da República em 15 de Julho de 1998, serie II, n.º 287.

⁶³ Acórdão publicado em Diário da República em 15 de Julho de 1999, série II, n.º 163.

⁶⁴ Assento 3/2000, publicado em Diário da República em 11 de Dezembro de 2000, série I - A, n.º 35.

⁶⁵ Vide nota 42.

⁶⁶ Vide nota 64.

A realidade é que, perfilhando a interpretação do acórdão 2/93 ⁶⁷ do Tribunal Constitucional, qualquer alteração introduzida na acusação ou na pronúncia, pode ter efeitos mais ou menos nocivos na estratégia de defesa inicialmente delineada.

Tendo isto em conta, em ordem a que não tenha de se impôr ao juiz uma errónea qualificação jurídica da acusação ou pronúncia na fase de julgamento, o que, efectivamente, vilipendiaria a sua função, *bastará que a perspectiva assumida pelo tribunal do julgamento seja transmitida ao arguido e lhe seja dada oportunidade de, quanto a ela e caso o deseje, se defender* ⁶⁸.

E, mais, argumentou-se ainda que esta liberdade do julgador não colidiria, de modo algum, com a estrutura acusatória do processo ⁶⁹.

Paralelamente, ressalve-se, uma outra corrente da jurisprudência dos tribunais superiores ^{70 71}, seguia já outras soluções jurídicas em relação a esta questão. Esta tendência pouco significativa arrimou-se no princípio do contraditório, advogando que este se deveria aplicar tanto aos factos como às normas incriminadoras, atendendo à relação simbiótica inerente a estes dois elementos.

Nesta esteira, atente-se no acórdão 173/92 ⁷² do Supremo Tribunal de Justiça, segundo o qual se defendia no sentido de que se *parece perfeitamente razoável que a defesa, na fase de julgamento, possa beneficiar, em princípio, de quaisquer deficiências da acusação, em matéria de descrição de factos, assim também não repugnará que a defesa beneficie de quaisquer deficiências da acusação em matéria de qualificação jurídico-penal desses mesmos factos.*

E, ainda a este respeito, acrescenta: (...) *quando não se queira subordinar o poder de julgamento do tribunal a um eventual erro de qualificação da acusação ou da pronúncia, então indispensável será obter um dispositivo processual que permita uma correcta qualificação sem que isso implique prejuízo para a defesa do arguido. É que o*

⁶⁷ Vide nota 42.

⁶⁸ Acórdão de 16 de Junho de 2013 do Supremo Tribunal de Justiça, publicado em Diário da República em 19 de Julho de 2013, série I.

⁶⁹ Vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Abril de 2012, processo n.º 293/10.5JALRA.C1.S1:

Esta norma não colide com a estrutura acusatória do processo penal, nem com as garantias de defesa, ao reconhecer ao juiz de julgamento o poder para proceder à alteração da interpretação do direito sem ter de ficar vinculado à qualificação jurídica efectuada pelo Ministério Público.

⁷⁰ Acórdão de 18 de Janeiro de 1991, publicado na Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do supremo Tribunal de Justiça, 1991, III, p. 5.

⁷¹ Acórdão 173/92 do Supremo Tribunal de Justiça, publicado em Diário da República em 18 de Setembro de 1992, série II.

⁷² Vide nota 22.

arguido não tem de ser sacrificado no altar da correcta qualificação jurídico-penal da matéria de facto; e uma eventual alteração final do enquadramento jurídico desta não tem necessariamente de fazer-se à custa do sacrifício dos seus direitos de defesa.

Sem prejuízo, com a Reforma de 1998, foi o legislador quem tomou finalmente posição em relação a esta questão, provavelmente no intuito de pôr fim a estas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais que a anterior legislação deixava em aberto.

Com efeito, o já supra referido aditamento do n.º 3 do artigo 358º, estabeleceu a livre qualificação jurídica dos factos, com a dupla condição de se prevenir antecipadamente o arguido desta mudança e, se requerido, concedido algum tempo àquele com vista à reorganização da sua defesa, sob pena de incorrer na nulidade prevista no artigo 379º do Código de Processo Penal.

Após a análise de jurisprudência mais recente dos tribunais superiores, conclui-se que há, de facto, consagração prática deste mesmo entendimento, de que são exemplo os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Junho de 2008 ⁷³, de 17 de Setembro de 2009 ⁷⁴, de 26 de Abril de 2012 ⁷⁵ e de 9 de Maio ⁷⁶ do mesmo ano e, finalmente, 14 de Março de 2013 ⁷⁷.

Ainda assim, como já acima referimos, não é unânime o entendimento a adoptar em determinados aspectos processuais.

Neste sentido, destaca a jurisprudência ⁷⁸ vários casos em que não é necessário observar aquelas duas condicionantes, dos quais se exceptuam apenas aqueles em que as garantias de defesa do arguido constitucionalmente consagradas corram o risco de serem preteridas.

Esses casos correspondem àqueles em que a alteração da qualificação jurídica se transforma em crime menos grave, portanto um *minus*, em virtude da *eliminação de um elemento qualificador, ou da redução da matéria de facto, ou ainda da conclusão pela participação do agente em outra figura ou com outro tipo de dolo*, vide, nesta esteira, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 498/2012 ⁷⁹ ou o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Maio de 2008 ⁸⁰.

⁷³ Acórdão publicado em Diário da República em 30 de Julho de 2008, série I, n.º 146.

⁷⁴ Vide nota 48.

⁷⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Abril de 2012, processo n.º 293/10.5JALRA.C1.S1

⁷⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Maio de 2012, processo n.º 33/05.0JBLSB.C1.S1.

⁷⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Março de 2013, processo n.º 693/09.3JABRG-A.S1.

⁷⁸ Nomeadamente, vide Acórdão n.º 7/2008 do Supremo Tribunal de Justiça, publicado em Diário da República em 30 de Julho de 2008, série I, n.º 146.

⁷⁹ Acórdão do Tribunal Constitucional de 24 de Outubro de 2012, processo n.º 514/12.

⁸⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Maio de 2008, processo n.º 08P1129.

Isto porque se segue o raciocínio lógico de que “quem pode o mais pode o menos”, logo, quem apresentou defesa para um crime de maior gravidade, presume-se que a mesma também colmata todos os pormenores de um menos qualificado.

III. ALTERAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA PELO TRIBUNAL DE RECURSO

Desta feita, importa ainda referir que, bebendo da interpretação consagrada pelo famoso acórdão 4/95⁸¹ do Tribunal Constitucional, surgiu a já referida Lei 48/2007, de 29 de Agosto, a qual introduziu mudanças designadamente no artigo 424º do Código de Processo Penal.

Na sua esteira, muitos acórdãos se seguiram e, aliás, a jurisprudência mais recente continua a adoptar exactamente o mesmo entendimento: em sede de recurso, *não está o STJ impedido de se pronunciar oficiosamente acerca de tal qualificação jurídica, embora, no caso de recurso interposto pelo arguido, qualquer alteração nessa matéria, quando desfavorável ao recorrente, tenha por limite o princípio da proibição da reformatio in pejus*⁸².

Portanto, o entendimento corrente da jurisprudência dos tribunais superiores é unânime no sentido da permissão, apenas devendo proceder-se à notificação do arguido, com o intuito de lhe comunicar a alteração da qualificação jurídica quando esta não seja ainda sua conhecida – o que pode suceder, a título de exemplo, em sede de sentença ou de alegações de recurso⁸³.

Em caso negativo, esta pode ser feita através da via postal ou, no caso de ocorrer no decurso da audiência de julgamento, há a faculdade de se conceder dez dias ao arguido para os mesmos efeitos do que está ínsito no artigo 358º do Código de Processo Penal, isto é, permitir ao arguido a adequação da sua defesa de acordo com a nova qualificação.

Neste sentido, mencione-se, nomeadamente, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Novembro de 2008⁸⁴, de 25 de Março de 2009⁸⁵, de 18 de Junho de

⁸¹ Vide nota 43.

⁸² Acórdão de 10 de Julho de 2008 de Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 06P103.

⁸³ Perfilham este entendimento, a título de exemplo, os acórdãos de 25 de Março de 2009, processo n.º 09P0314, de 18 de Junho de 2009, processo n.º 106/09.OYFLSB, de 12 de Maio de 2011, processo n.º 14125/08.OTDPRT.P1.S1 e de 9 de Maio de 2012, processo n.º 33/05.OJBLSB.C1.S1 todos do Supremo Tribunal de Justiça.

⁸⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Novembro 2008, processo n.º 07P451.

⁸⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Março de 2009, processo n.º 09P0314.

2009 ⁸⁶, de 24 de Fevereiro de 2010 ⁸⁷, de 30 de Junho de 2010 ⁸⁸ e, finalmente, de 12 de Maio de 2011 ⁸⁹.

Porém, há também aqui excepções a salientar. No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 2008 ⁹⁰, deparamo-nos com uma situação em que é permitida a agravação da pena em sede de recurso e que corresponde ao caso do requerimento de interposição ter sido apresentado pelo Ministério Público, mas não em interesse do arguido ⁹¹.

Ademais, convém apenas alertar para o facto de que, é entendimento da jurisprudência superior ⁹² que, o requerimento de interposição de recurso com o intuito exclusivo de discutir a (re)qualificação jurídica dos factos, não é aceite.

Excepção seja feita aos casos em que, em virtude de novos factos, estes possam ter influência na qualificação a atribuir aos factos.

IV. MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO

Relativamente ao momento em que a alteração da qualificação jurídica pode ter lugar, observe-se o que dispõe o acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 11/2013 do Supremo Tribunal de Justiça ⁹³ quanto ao assunto.

Segundo este acórdão, *é indiscutível que o tribunal é totalmente livre de qualificar os factos pelos quais o condena o arguido, certo é que o momento próprio para o fazer ocorre após haver produção de prova, isto é, quando está a julgar o mérito do caso concreto.*

Isto porque, por um lado, a alteração da qualificação tem de ter lugar num momento em que todos os intervenientes processuais, principalmente o arguido, possam disso ter conhecimento e pronunciar-se de acordo com essa decisão; por outro, se a

⁸⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Junho de 2009, processo n.º 106/09.0YFLSB.

⁸⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Fevereiro de 2010, processo n.º 59/06.7GAPFR.P1.S1.

⁸⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Junho de 2010, processo n.º 17/07.2GAAMT.P1.S1.

⁸⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Maio de 2011, processo n.º 14125/08.0TDPRT.P1.S1.

⁹⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 2008, processo n.º 07P4558.

⁹¹ Senão veja-se:

E não existe qualquer limitação ao agravamento da pena, uma vez que o recurso foi interposto apenas pelo Ministério Público – mas não no interesse da defesa (art.º 409 do CPP)-, situação em que não funciona a proibição da reformatio in pejus.

⁹² Vide acórdão do Tribunal Constitucional de 24 de Outubro de 2012, processo n.º 514/12.

⁹³ Vide nota 1.

alteração não substancial dos factos está sujeita a este regime, por força do n.º 3 do artigo 358º o mesmo deve ser aplicável à alteração da qualificação.

Ressalve-se que este não é um entendimento isolado, surgindo, aliás, na esteira do acórdão 90/2013 do Tribunal Constitucional ⁹⁴, no qual se delibera como não inconstitucional a interpretação de que *é possível proceder à alteração dos factos da pronúncia até ao encerramento da audiência de julgamento, após terem sido produzidas as alegações orais* ⁹⁵.

Não obstante, note-se que no citado acórdão foi aposta uma declaração de em sentido contrário, arguindo a faculdade de alteração da qualificação desde o dia para audiência de julgamento é designado até à prolação da sentença, não sendo necessária, portanto, produção de prova.

Para sustentar tal afirmação, baseia-se na ideia de que não há surpresa para o arguido nem necessidade de contraditório, dado que os factos permanecem inalterados e são já daquele conhecidos através da acusação ou da pronúncia e, ainda, exemplifica alguns casos em que o tribunal, antes de se pronunciar sobre o mérito da causa, tem de debruçar-se sobre aspectos processuais consequentes da errónea qualificação jurídica, sendo a incompetência em função de crime, afinal, menos grave de um tribunal colectivo ou a cessação de uma medida de coacção – não olvidando a salvaguarda de recurso em caso de injustiça material da decisão final.

A este propósito, porém, atente-se no conteúdo do acórdão 555/2008 ⁹⁶ do Tribunal Constitucional, o qual salienta que *não dá satisfação bastante ao direito de defesa do arguido a possibilidade de recurso, em termos de este poder ser visto como um sucedâneo ou um perfeito equivalente funcional do direito de audição prévia, no mesmo plano e com idêntica eficácia garantística. (...) O recurso é um remédio para algo que pode “estar mal”, uma via de correcção de eventuais vícios da decisão recorrida. (...) Mas o que sobremaneira interessa, como modo preferencial de preservação dos direitos dos sujeitos envolvidos, é que a decisão não contenha, logo em primeira instância, erros, in judicando, mas também in procedendo.*

Também em sentido contrário ao disposto no acórdão 11/2013 ⁹⁷, atente-se na interpretação do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Setembro de 2009 ⁹⁸,

⁹⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 90/2013, de 7 de Fevereiro de 2013, processo n.º 357/12.

⁹⁵ Também neste sentido, vide acórdão do Tribunal Constitucional de 24 de Outubro de 2012, processo n.º 514/12.

⁹⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 555/2008, de 19 de Novembro de 2008, processo n.º 697/08.

⁹⁷ Vide nota 82.

segundo o qual a lei não estabelece nenhum momento para a alteração da qualificação jurídica ter lugar e não exige que se tenha iniciado a produção de prova. Apenas estabelece que, se tal alteração ocorrer durante a audiência, se tem de aplicar o disposto no n.º 1 do art. 358.º do CPP, ou seja, a comunicação ao arguido nos termos já referidos⁹⁹.

Isto porque, na óptica deste acórdão, para que se proceda à alteração da qualificação jurídica, não é necessária a produção de prova, ao contrário do que sucede com o instituto da alteração substancial, ou não, de factos.

No que concerne à possibilidade de requalificação dos factos na fase de Instrução, a jurisprudência não encontra consenso.

Com efeito, atente-se, a título exemplificativo, nos acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa¹⁰⁰, Évora¹⁰¹ e Porto¹⁰², os quais aceitam que a Instrução é, igualmente, uma fase processual em que a convolação possa ter lugar.

Discorre o primeiro que, *apreciados os argumentos a favor de uma e outra tese, inclinamo-nos para a posição que defende a admissibilidade da instrução a requerimento do arguido mesmo que o único objectivo seja a discussão sobre a qualificação jurídica dos factos da acusação e que uma alteração do enquadramento jurídico-penal não evite o julgamento do arguido, embora reconheçamos que não é uma opção isenta de dúvidas.*

De resto, reconhece, de facto, que *este não é um entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência prevalece, claramente, o entendimento oposto.*

Na mesma linha do Tribunal de Lisboa, há também que atentar no entendimento anterior do Tribunal do Porto, o qual justifica a sua tomada de posição pelo facto de *que essa diferente qualificação jurídica pode ter consequências a outros níveis.*

Mais, a permissão de abertura de instrução com este intuito tem, no limite, subjacente a ideia de possibilitar ao arguido que o processo não prossiga para a fase de julgamento, a qual, apesar de não se ignorar que *o Tribunal Constitucional tem entendido que a Constituição da República não estabelece o direito dos cidadãos a não*

⁹⁸ Vide nota 48.

⁹⁹ Também neste sentido, vide acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Junho de 2009, processo n.º 106/09.OYFLSB, no qual - adaptando o pensamento da alteração não substancial de factos à da qualificação jurídica - se pode ler que o juiz pode proceder à alteração da qualificação jurídica antes da audiência de julgamento, estando, nesse caso, obrigado, porém, à notificação ao arguido.

¹⁰⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9 de Abril de 2013, processo n.º 627/09.5TVLSB.L1-1.

¹⁰¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 8 de Maio de 2012, processo n.º 226/09.1PBEVR.E1.

¹⁰² Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 9 de Março de 2005, processo n.º 0446204.

*serem submetidos a julgamento, a verdade é que a submissão a julgamento em processo crime é sempre socialmente estigmatizante.*¹⁰³

Saliente-se, porém, um pormenor enfatizado pelo pioneiro Tribunal de Évora que, a seu ver, *considera que a diferente qualificação jurídica dos factos como único fundamento da instrução só a poderá legalmente sustentar se tiver como resultado almejado a não pronúncia quanto a todos os crimes acusados. Se essa diversa qualificação jurídica dos factos da acusação não é passível de produzir tal resultado, mantendo-se a imputação de um ou mais crimes, sempre a causa terá necessariamente de ser submetida a julgamento e, como tal a instrução é legalmente inadmissível.*

Finalmente, também em sentido positivo, atente-se no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 11/2013¹⁰⁴, segundo o qual, se existem erros claros relativos à qualificação jurídica dos factos, cabe ao Juiz de Instrução Criminal corrigi-los, abonando, assim, a favor da permissão da convolação nesta sede.

V. EFEITOS DA CONVOLAÇÃO

No que respeita à pena concreta a aplicar ao arguido após a convolação, parece-nos que podemos concluir, ainda que implicitamente, que, à semelhança da maioria da doutrina, também a jurisprudência tende para a possibilidade de aplicação de uma pena concreta que caiba dentro dos limites da moldura penal que a nova qualificação jurídica prevê.

Porém, a verdade é que, como já foi referido, esta faculdade repercute-se, necessariamente, na competência do tribunal.

De resto, o mesmo referia já o assento 2/93¹⁰⁵: *passa a ter acuidade um problema que já tem sido suscitado neste Supremo Tribunal, com entendimentos diversos (...) e que é o de se determinar se o tribunal, ao proceder em julgamento (em 1.ª instância ou por via de recurso) a uma requalificação dos factos constantes da acusação ou da pronúncia (ou do anterior julgamento sob recurso), de molde a enquadrá-los numa figura criminal mais grave do que a inicialmente considerada, pode ou não aplicar uma pena superior à que caberia ao crime por cuja comissão o arguido foi acusado ou pronunciado, ou, mesmo, condenado (no indicado caso de recurso), especialmente se a agravação da medida da punição não tiver sido pedida no*

¹⁰³ Vide nota 89.

¹⁰⁴ Vide nota 82.

¹⁰⁵ Vide nota 42.

juízo de retratação ou no recurso, por tal situação dever ser ou não subsumível à proibição da reformatio in pejus (...).

Porém, infelizmente, nenhuma conclusão sobre a orientação da jurisprudência nesta questão se alcança, mas considerando a tendência da jurisprudência em adotar a doutrina tradicional, cremos estar aptos a concluir que a solução rege-se-á pela desnecessidade de declaração de incompetência do tribunal.

DOCTRINA TRADICIONAL

Apesar de se apresentar como a tendência maioritária, tanto a nível doutrinário como jurisprudencial, a nosso ver não é uma teoria isenta de falhas e exímia ao ponto de não ser susceptível de levantar algumas questões.

Na verdade, é um facto assente que na acusação, bem como no despacho de pronúncia, devem constar, necessariamente tanto os factos incriminadores e as disposições legais aplicáveis ao caso. Por outras palavras, a qualificação jurídica dos factos.

É também um dado adquirido que aquelas normas têm, incontestavelmente, subjacente um juízo de desvalor, o qual tem em conta os pressupostos de punibilidade: ilicitude e culpa. Daí, serem sujeitos a prova em sede de audiência de julgamento.

Com efeito, quando se procede à mutação daquela qualificação, pode defender-se, efectivamente, que essa mudança implica toda uma outra envolvência subjectiva que, inevitavelmente, compromete o anterior enquadramento objectivo ou jurídico da causa e, conseqüentemente, o subjectivo.

Neste sentido, juntam-se as vozes dos Professores Germano Marques da Silva, Castanheira Neves¹⁰⁶ e Damião da Cunha.

Mais, esta ideia é ainda reforçada se atendermos à teleologia dos artigos 16º e 17º do Código Penal, os quais estipulam a ilicitude e a culpa como pressupostos essenciais para a condenação do arguido e, conseqüentemente, as consagram como objecto do processo e alvo de prova em audiência.

Isto é, há inevitavelmente uma estreita e sempre casuística ligação entre os factos elencados que descrevem o comportamento do arguido e a norma incriminadora. A alteração desta última, modifica esta relação simbiótica e, por conseguinte, o caso concreto.

¹⁰⁶ Cfr. Germano Marques da Silva, *Curso de processo penal*, volume I, Editorial Verbo, 3ª Edição, 2008, p. 366

Mas não é tudo. É igualmente pertinente realçar o facto de, segundo o artigo 279º do Código de Processo Penal, existir a cominação de nulidade caso a acusação – o mesmo se aplicando ao despacho de pronúncia – esteja desprovida das disposições legais em que o pedido (condenação) e a pretensão (medida pena/medida de segurança) assentam.

No entanto, há, se atentarmos na tese maioritária, uma evidente leviandade no que respeita à mudança daquelas normas. Impõem-se as seguintes questões: porquê uma cominação tão gravosa pela falta de menção dos preceitos legais que sustentam os despachos de acusação ou pronúncia se, ulteriormente, estes podem ser livremente alterados? Porquê tantas garantias a respeito das disposições legais aplicáveis se, afinal, pode corrigir-se facilmente o erro? Aliás, porquê a existência da nulidade, então? ¹⁰⁷

A este propósito, importa lembrar que, no antigo Código de Processo Penal de 1929 vigorava o princípio *ignoratio legis non excusat* ¹⁰⁸, pelo que a livre alteração da qualificação jurídica não seria causadora de qualquer espécie, uma vez que, por presumir-se o conhecimento da lei, a prova da consciência da ilicitude e da culpa apresentavam-se desnecessárias – como disto são exemplo o entendimento perfilhado por Luís Osório ¹⁰⁹ e Beleza dos Santos ¹¹⁰. Porém, o mesmo, hodiernamente, não é verdade.

Ou seja, ao defendermos a doutrina tradicional, poderemos estar a incorrer num anacronismo crítico e perigoso, porquanto se aproxima de uma ideia que já não vigora.

Isto porque, convém não olvidar os casos a que se refere o n.º 1 do artigo 16º do Código Penal, os quais, apesar de raros, como salienta a professora Teresa Beleza, mas existem – *maxime* no que ao Direito penal secundário diz respeito, na verdade.

Nestes casos, o desconhecimento da proibição legal exclui o dolo, pelo que, atendendo ao facto de a alteração da qualificação jurídica traduzir uma nova significação subjectiva, podendo o arguido ter cometido um acto típico, todavia, no contexto daquela disposição, não culposos.

¹⁰⁷ A este propósito, o professor Germano Marques da Silva responde com o que acima foi já dito, ou seja, porquanto esta nulidade tem subjacente aquela ideia de que inerentemente ligada À qualificação jurídica estão, não só os factos concretos aos quais aquela se reporta, como também os pressupostos da ilicitude e culpa, pressupostos que sustentam a condenação do arguido.

¹⁰⁸ *A ignorância da lei não é desculpa.*

¹⁰⁹ *Notas ao Código Penal Português*, volume I, 2ª Edição Coimbra, 1923.

¹¹⁰ Cfr. *A sentença condenatória e pronúncia em direito penal*, In *Revista de Legislação e Jurisprudência*, anos 63 e 65.

Ou seja, ignorando estes exemplos e a ideia que lhes está subjacente – ligação entre a qualificação, objecto do processo e vertente subjectiva do caso - estar-se-ia a ignorar um dos pressupostos fulcrais da punibilidade.

Por outras palavras, ou estar-se-ia a decretar uma condenação ilegal e que afronta os direitos consagrados na Lei Fundamental e inerentes ao Estado de Direito, ou condenar-se-ia um arguido por um crime diverso do que cometeu. Qual das duas hipóteses a pior?

Meramente a título de nota, queremos apenas lembrar que tanto os autores da acusação, como do despacho de pronúncia são magistrados. Ou seja, são todos sujeitos processuais altamente qualificados.

Além disto, em termos de conhecimentos e prática jurídica, os dois primeiros estão certamente em paridade com o juiz de audiência de julgamento, com a agravante de, nomeadamente o Ministério Público, a nível de investigação, muito mais prática detém.

Com isto pretendemos recordar apenas que, embora todos possam cometer erros, qual a legitimidade processual do Juiz de audiência para, sozinho e à revelia de todos os outros sujeitos processuais, corrigir o erro de qualificação?

Por outro lado, não olvidando que Portugal é, de facto, um Estado de Direito e no qual vigoram os princípios do contraditório e da unidade ou indivisibilidade, impende sobre o tribunal a obrigatoriedade de comunicação ao arguido de eventuais mudanças no objecto do processo, as quais, por insignificantes que aparentem ser podem, de facto, prejudicar a sua defesa - tendo em conta que o modelo patente na acusação, representa para o arguido *um imprescindível ponto de referência na estratégia de defesa, funcionando assim como importante garantia do exercício desta*¹¹¹ - bem assim a necessidade de dar oportunidade àquele de se pronunciar sobre quaisquer novidades substantivas a acrescentar ao processo do qual é protagonista.

A este propósito, atente-se nas palavras do já citado acórdão 555/08¹¹² do Tribunal Constitucional, o qual se pauta pela ideia de que aquele princípio deve ser entendido no sentido de o arguido poder pronunciar-se não apenas sobre os factos elencados mas também sobre a qualificação jurídica indicada, senão veja-se: *Mas este*

¹¹¹ In Acórdão 173/92 do Supremo Tribunal de Justiça, publicado em Diário da República em 18 de Setembro de 1992, série II.

¹¹² Vide nota 85.

entendimento reducionista do princípio, cingindo o seu alcance ao domínio dos factos e não também ao de valoração jurídica, é constitucionalmente claudicante. O sentido tutelador do princípio do contraditório e as garantias de defesa que dele emanam só encontram realização correspondente ao que a Constituição impõe quando ao arguido é dada oportunidade de influenciar, em seu benefício, a tomada de decisões que lhe respeitam, também através da possibilidade de esgrimir, em tempo oportuno, argumentos juridicamente sustentados, dirigidos a convencer a instância decisória do fundamento de medidas favoráveis ou da falha de razão de medidas desfavoráveis.

Ainda nesta linha, note-se a concepção subjacente à interpretação da alteração da qualificação jurídica e que consiste no *monopólio de aplicação do Direito por parte do tribunal* ¹¹³, restando apenas às partes um papel de cooperação com o tribunal e restantes sujeitos processuais.

No entanto, esta tese de ilimitada liberdade e poder por parte do tribunal não se coaduna com a estrutura processual penal nacional, caso contrário não seriam concedidos largos poderes ao Ministério Público, como acontece, *maxime*, no que respeita à modelação da pena final aplicável no caso do n.º 3 do artigo 16º do Código de Processo Penal.

Outro ponto em que também esta orientação é alvo de críticas respeita ao momento em que a convolação deverá ter lugar.

A este propósito recordem-se as palavras de Damião da Cunha, o qual, diferentemente, defende que o momento processual adequado à alteração da qualificação jurídica traduz-se na própria decisão final.

De facto, aquele autor considera que, de outro modo, a prevenção da modificação deixaria de fazer sentido, senão quando o tribunal está efectivamente convicto da condenação do arguido e da certeza da necessidade da convolação, o que implica que a audiência de julgamento tenha já, em parte, decorrido.

E, mais, adverte também aquele autor que, a ocorrer na fase de julgamento, preterir-se-iam as garantias e direitos de defesa do arguido, porquanto este presta declarações em função de uma estratégia de defesa baseada em determinada qualificação, a qual, por fim, vê ser alterada, sem possibilidade de apagar a sua actuação processual e de reorganizar a sua defesa.

¹¹³ Cfr. José Manuel Damião, *O caso julgado parcial, questão da culpabilidade e questão da sanção num processo com estrutura acusatória*, Universidade Católica Editora, 2002, p. 441.

Daí que pugne, este autor, pela desadequação da audiência de julgamento para a mutação.

Porém, também estas críticas apontadas podem ser refutadas mediante o argumento de que a audiência de julgamento é, por excelência, o momento processual de exercício do contraditório. E, através da prevenção do arguido no decurso daquela, este direito, bem assim o de defesa, em nada sairiam prejudicados com a convolação.

Finalmente, importa referir dois pontos, destacados pelo Prof. Germano Marques da Silva e já conhecidos.

O primeiro é relativo à preclusão da possibilidade do arguido requerer a intervenção do tribunal de júri, ao abrigo do n.º 3 do artigo 16º do Código de Processo Penal caso a alteração da qualificação jurídica tenha lugar em sede de audiência de julgamento ou até mesmo após aquela, como refere Frederico Isasca.

Nesta situação, estaria o arguido impedido de exercer um seu legítimo direito, em prol do seguimento da doutrina tradicional e do regular funcionamento das regras processuais. Na verdade, a doutrina maioritária considera que o momento de solicitação do tribunal de júri deverá ter lugar antes da alteração da qualificação jurídica. Nesta linha, nomeadamente, Paulo Pinto de Albuquerque.

No entanto, há que ter em conta que, se assim for, o arguido perde um direito que está constitucionalmente protegido, porquanto a competência do tribunal será aferida em função da qualificação jurídica. De facto, não saem, neste caso, a justiça e a segurança do arguido prejudicadas?

O segundo, tem a ver com a eventual confissão por parte do arguido, que o faz em relação à qualificação jurídica assente na acusação ou no despacho de pronúncia. Ou seja, quando existe confissão por parte do arguido, esta apenas tem lugar quando a qualificação jurídica de então corresponde a um crime com pena não superior a 5 anos de prisão, conforme dispõe o artigo 344º do Código de Processo Penal ¹¹⁴. Caso se

¹¹⁴ Senão, note-se:

Artigo 344º

Confissão

1 - No caso de o arguido declarar que pretende confessar os factos que lhe são imputados, o presidente, sob pena de nulidade, pergunta-lhe se o faz de livre vontade e fora de qualquer coacção, bem como se se propõe fazer uma confissão integral e sem reservas.

2 - A confissão integral e sem reservas implica:

- a) Renúncia à produção da prova relativa aos factos imputados e consequente consideração destes como provados;*
- b) Passagem de imediato às alegações orais e, se o arguido não dever ser absolvido por outros motivos, à determinação da sanção aplicável; e*
- c) Redução da taxa de justiça em metade.*

3 - Exceptuam-se do disposto no número anterior os casos em que:

- a) Houver co-arguidos e não se verificar a confissão integral, sem reservas e coerente de todos eles;*
- b) O tribunal, em sua convicção, suspeitar do carácter livre da confissão, nomeadamente por dúvidas sobre a imputabilidade plena*

proceda a uma alteração desta qualificação – a qual, de acordo com a orientação maioritária, permite o conseqüente alargamento da medida de pena aplicável - que valor tem a confissão daquele? E haverá possibilidade do arguido vir retractar-se?

Neste âmbito, Paulo Pinto de Albuquerque advoga que a confissão se reporta exclusivamente aos factos e não à qualificação jurídica, pelo que não crê haver um direito do arguido que impeça a imutabilidade daquela, bem como da pena aplicável.

Não obstante, alerta Germano Marques da Silva para o facto de a confissão ter, no fundo, um interesse do arguido em função do não agravamento da pena e, até, de uma eventual atenuante em sede de condenação penal.

Mais, argui este autor que, em ordem a que a confissão do mesmo não fique reduzida a uma inutilidade processual, a única opção seria a de, tal como este autor defende, perfilhar a ideia de que a alteração da qualificação jurídica tem também efeitos sob a pena aplicável, isto é, resumindo-se à que a qualificação jurídica originária previa.

A este respeito, uma breve nota apenas para refutar esta ideia, nas palavras de Paulo Pinto de Albuquerque, no sentido de que a confissão do arguido reportar-se-á aos factos e não à respectiva qualificação e também alertando para o facto dos direitos daquele estarem salvaguardados com as duas condicionantes previstas na lei, não havendo qualquer tipo de protecção legal quanto à *expectativa do arguido em relação à sua pena*¹¹⁵ enquanto confessa.

Noutro contexto, importa também referir que não cabe interposição de recurso meramente com o intuito de discutir a qualificação jurídica determinada na sentença, sendo este o entendimento jurisprudencial dominante e de acordo com a lei que não prevê, de facto, esta situação.

Não obstante, não poderá esta ser uma outra forma de vilipendiar o direito de defesa do arguido que, por forma a discutir esta questão, terá de a camuflar com uma outra questão, nomeadamente alegando a má apreciação da matéria de facto por parte do tribunal de primeira instância?

*do arguido ou da veracidade dos factos confessados; ou
c) O crime for punível com pena de prisão superior a 5 anos.*

¹¹⁵ Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e a Convenção dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2ª Edição, 2008, anotação ao artigo 358º, p. 929.

Por último, em virtude da liberdade de convalidação da qualificação para uma com uma medida de pena mais gravosa, é imperativo questionar e censurar do ponto de vista da economia e celeridade processual, a ideia da consequente incompetência do tribunal.

Isto é, requalificados os factos, pode o tribunal, em regra singular, aplicar pena superior à inicialmente permitida, por conseguinte encontramo-nos perante um problema de competência do tribunal. Pois, aquele, devido ao alargamento da moldura penal, está impedido de a aplicar, vendo-se necessariamente obrigado a remeter os autos ao tribunal, desta feita, competente para julgar o caso.

No entanto, fazê-lo pode tornar-se redundante, porquanto o tribunal para o qual são remetidos os autos, se se considerar também incompetente em virtude de discordância da qualificação jurídica alterada pelo tribunal *ab initio* competente, terá de voltar a remeter os autos.

Enfim, não podíamos deixar de salientar os inconvenientes processuais e temporais desta opção.

DOCTRINAS MINORITÁRIAS

TESE DE GERMANO MARQUES DA SILVA

A primeira das críticas apontadas a esta orientação é, desde logo, o facto de contrariar a letra do n.º 4 do artigo 339º do Código de Processo Penal, o propósito evidente nas alterações que a reforma de 1998 trouxe e, nunca esquecendo, o artigo 203º da Lei Fundamental, ou seja, a liberdade e independência característica do *estatuto jurídico-constitucional da judicatura*¹¹⁶.

A este propósito, relembre-se o antigo argumento apresentado por Beleza dos Santos. Segundo este autor, o arguido não poderia beneficiar de um erro de apreciação jurídica por parte do tribunal na acusação ou no despacho de pronúncia, nem pode o tribunal de julgamento ficar vinculado ao juiz de instrução, considerando-o inclusivamente *vexatório*¹¹⁷.

Neste sentido, considera, entre outros, Paulo Pinto de Albuquerque, que a limitação aos poderes cognitivos do tribunal que, segundo a tese de Germano Marques da Silva, se alicerça na necessidade de existência da consciência da ilicitude para que estejam reunidos os pressupostos de punibilidade e que, conseqüentemente, integram o objecto do processo *retiram um efeito processual ilegítimo de uma concepção errada da consciência da ilicitude, porquanto a consciência da ilicitude é diferente da consciência da qualificação jurídica que é o verdadeiro pressuposto desta tese*¹¹⁸.

Além de que, argui o mesmo autor, a liberdade de qualificação jurídica consubstancia um afastamento desejável do formalismo-legalista oriundo da Revolução francesa, daí a autonomia de decidir o Direito aplicável característico no Estatuto da Magistratura.

¹¹⁶ Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e a Convenção dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2ª Edição, 2008, anotação ao artigo 358º, p. 928.

¹¹⁷ Este argumento foi esboçado ainda antes das reformas legislativas a que o Código de Processo Penal, foi sujeito nos últimos anos, mais precisamente, ainda na vigência do Código de 1929, contudo afigura-se nos pertinentes por ser dar origem a uma linha de argumentação ulteriormente invocada por outros autores, nomeadamente Frederico Isasca (*in Alteração substancial dos factos no processo penal português*, Almedina, 1ª edição, 1995, pp. 43 e 44 e 102 a 105) e Paulo Pinto de Albuquerque (*in Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e a Convenção dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2ª Edição, 2008, anotação ao artigo 358º, pp. 928 e 929)

¹¹⁸ Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e a Convenção dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2ª Edição, 2008, anotação ao artigo 358º, p. 928.

Mais, denotando só a opinião de Frederico Isasca quanto à premissa defendida pelo professor Germano da influência da qualificação no objecto do processo, que *a questão da qualificação jurídica é algo que não se dilui no conceito de alteração (substancial ou não) dos factos, nem com ele se confunde.*¹¹⁹

Não obstante, é opinião de Germano Marques da Silva que, apesar da restrição ao juiz de aplicar pena superior à que a primeira qualificação jurídica previa, não há restrição alguma do poder daquele, porquanto lhe cabe apenas a apreciação e decisão do caso, mais precisamente a indagação da veracidade dos factos descritos, a adequação da qualificação jurídica ao caso e, finalmente, a averiguação da prova quanto à ilicitude e à culpa, só!

Aliás, esta é uma premissa que resulta da própria estrutura acusatória do nosso processo penal e que, segundo o autor, *melhor realiza(ria) a garantia dos direitos fundamentais do arguido e a possibilidade de uma defesa eficaz*.¹²⁰

Ora, tendo sempre em linha de conta aqueles interesses, há que prioritariamente salvaguardar os direitos do arguido, condicionando a medida de pena aplicável e exigindo o respeito pelo objecto do processo.

Todavia, a liberdade de julgamento do tribunal permanece intocada, não sendo afectada em prol das garantias de defesa do arguido, porquanto aquelas condicionantes em nada influem na sua actividade jurisdicional de dizer e aplicar o Direito.

Para além disto, surge ainda a ideia de que ao reformular-se a qualificação aplicável ao caso concreto, incorre-se na situação de indicar-se um outro crime e todavia o limite máximo da pena não poder ultrapassar a medida da pena relativa ao ilícito primeiramente indicado. Por conseguinte, duas questões se levantam.

A primeira: qual é, então, a vantagem da alteração? Perante isto surge-nos a evidente resposta de que seria absurdo manter uma qualificação completamente díspar do caso concreto que se apresenta.

A segunda: será esta restrição da moldura penal aplicável um meio idóneo e o mais correcto por forma a contornar a arbitrariedade por detrás da livre alteração da qualificação e eventual agravamento da pena?

¹¹⁹ Cfr. Frederico Isasca, *Alteração substancial dos factos no processo penal português*, Almedina, 1ª edição, 1995, p. 107.

¹²⁰ Cfr. Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, volume I, Editorial Verbo, 5ª Edição, 2008, pp. 59 e 60.

A resposta afigura-se positiva, porquanto à semelhança do que sucede com a vinculação temática a que o juiz está adstrito e a par com a prerrogativa patente no n.º 3 do artigo 16º do Código de Processo Penal, que permite ao Ministério Público limitar o limite máximo da pena aplicável aquando da condenação, esta é uma teoria que em nada choca com os princípios, as normas e a estrutura que compõem o processo penal português.

Ainda relativamente à questão subjacente ao n.º 3 do artigo 16º do Código de Processo Penal, autores há que defendem, nomeadamente Paulo Pinto Albuquerque, que a restrição ali patente é meramente aparente.

Isto porque, na verdade, a dita limitação é um corolário não do referido artigo mas antes do requerimento que solicita o julgamento por um tribunal de júri, consagrado no n.º 3 do artigo 13º ¹²¹ daquele diploma, o qual apenas pode ser apresentado até à apresentação da acusação ou até 8 dias depois da notificação do despacho de pronúncia.

Esta limitação temporal tem claramente subjacente a tentativa de manutenção do regular andamento dos autos, caso contrário, estaria o arguido livre para qualquer, a qualquer momento, apresentar o citado requerimento, o qual tem, como é óbvio, significativas mutações a nível processual e, principalmente, a nível de celeridade.

Mais, a limitação que dali decorre, como salienta Paulo Pinto de Albuquerque, em nada interfere na qualificação dos factos mas tão só a impossibilidade de aplicação de pena superior a cinco anos de prisão, continuando a ser competente para o julgamento do caso concreto – isto caso Ministério Público utilize a faculdade patente no n.º 3 do artigo 16º do Código de Processo Penal – ou a incompetência do tribunal e a remessa do autos ao tribunal competente – caso o Ministério Público não active aquele mecanismo.

No entanto, este óbice pode ser contestado. Note-se que a competência do tribunal (de júri) é aferida em função da qualificação que resulta da acusação. Ora, se a convocação é efectuada aquando da audiência de julgamento ou mais tarde, vê o arguido esta faculdade precludida.

Destarte, este argumento peca neste sentido, ou seja, antes da audiência não pode o arguido suscitar a intervenção do tribunal de júri uma vez que ainda não viu ser alterada a qualificação para uma outra que lhe permitisse fazê-lo e, depois, também não,

¹²¹ Senão note-se:

Artigo 13º
Competência do tribunal de júri

3 - O requerimento do Ministério Público e o do assistente devem ter lugar no prazo para dedução da acusação, conjuntamente com esta, e o do arguido, no prazo do requerimento para abertura de instrução. Havendo instrução, o requerimento do arguido e o do assistente que não deduziu acusação devem ter lugar no prazo de oito dias a contar da notificação da pronúncia.

devido ao facto de o momento processual em que tal faculdade deveria ter sido requerida já não ser o adequado. Incongruências.

No que à competência do tribunal respeita, no caso de alteração da qualificação jurídica com medida de pena superior, a verdade é que não é unânime a proibição de aplicação desse novo limite mais gravoso.

Na verdade, de acordo com as orientações minoritários que perfilham aquela restrição, não faz sentido o tribunal singular declarar-se incompetente, dado que, na prática, não poderá ser aplicada pena maior do que a inicialmente prevista, mostrando-se desnecessária a remessa dos autos para o tribunal colectivo, atendendo aos princípios da economia e celeridade processual.



TESE DE JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA

Em relação à visão de Damião da Cunha, esta em muito se assemelha à encabeçada por Germano Marques da Silva, sendo, na opinião de Paulo Pinto de Albuquerque, merecedora das mesmas críticas.

Considerando a posição do autor no que respeita à ideia de que, não apenas os tribunais superiores estão vinculados ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*, todo o processo que decorre em primeira instância, bem assim a concordância com a tese de Germano Marques da Silva, referente à equiparação dos regimes da alteração substancial de factos e da alteração da qualificação jurídica, é este autor condenado nos mesmos moldes daqueloutro.

Com efeito, opõem-se os argumentos de desvirtuação da posição do juiz, na medida em que viola os seus poderes de cognição e liberdade de dizer e aplicar o Direito ao caso concreto, conforme resulta da Lei Fundamental e do Estatuto da Magistratura, pois a defesa daquelas ideias implica a vinculação do tribunal à medida de pena aplicável – não podendo ser superior à que a qualificação jurídica primitiva previa. A isto acresce, ainda, a evidente insubordinação à letra da lei.

Ademais, é Damião da Cunha ser criticado em virtude da defesa da sentença como momento processualmente mais adequado à convolação, por oposição à audiência de julgamento.

Na verdade, aquando da sentença, nada mais restará ao arguido senão a interposição de recurso, o qual, para além dos inerentes custos que acarreta, *não dá satisfação bastante ao direito de defesa do arguido a possibilidade de recurso, em termos de este poder ser visto como um sucedâneo ou um perfeito equivalente funcional do direito de audição prévia, no mesmo plano e com idêntica eficácia garantística*¹²².

Ou seja, interessa, em primeira linha, garantir os direitos do arguido – como seja o do contraditório e de defesa - em todo o processo e não remediá-los através outras soluções.

Por fim, é também o autor censurado devido à invocação do princípio da legalidade penal, *maxime* por Frederico Isasca, o qual alega uma aproximação desta teoria com a do *fait qualifié*^{123 124}.

Assim, invoca este último autor a contradição em que a tese de Damião da Cunha recai ao defender a vinculação do tribunal à alteração da qualificação *in pejus*, mas já não *in melius*. Isto é, de acordo com Frederico Isasca, ao invocar-se a surpresa do arguido ao deparar-se com uma condenação superior à esperada, incongruente com a qualificação que conheceram ao longo do processo, a mesma razão é válida opor à convolação em pena menos gravosa. Lógica que, este autor, não reconhece na teoria em análise.

Acresce ainda o argumento de Paulo Pinto de Albuquerque, o qual julga ser o princípio do contraditório, ao invés do princípio da legalidade penal, o que implica a restrição da liberdade de alteração da qualificação jurídica em dois aspectos: *audição do arguido em tempo útil e lugar próprio, os quais devem ter lugar aquando da audiência de julgamento no tribunal de 1ª instância*¹²⁵.

No entanto, Damião da Cunha contesta estas críticas, arguindo que a sua teoria em nada se assemelha à do *fait qualifié*, pelo simples facto desta última não se adaptar

¹²² Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 555/2008, de 19 de Novembro de 2008, processo n.º 697/08.

¹²³ Facto “qualificado” na acusação.

¹²⁴ Analogia que deriva, essencialmente, da ideia que a prerrogativa do tribunal de alterar a qualificação jurídica viola o princípio do *ne bis in idem*, sendo precisamente a garantia penal aqui implícita também nesta questão defensável e perfilhada pelo autor através do princípio da legalidade penal.

¹²⁵ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e a Convenção dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2ª Edição, 2008, anotação ao artigo 358º, p. 930.

ao nosso sistema processual penal, sendo antes pensada para os sistemas da família anglo-saxónica.

De resto, advoga este autor que *o que distingue a nossa concepção, é que todo o sistema é radicalmente distinto, como distinta é a concepção do princípio da legalidade que perfilhamos. E, por isso, qualquer analogia falha*¹²⁶.

¹²⁶ José Manuel Damiano, *O caso julgado parcial, questão da culpabilidade e questão da sanção num processo com estrutura acusatória*, Universidade Católica Editora, 2002, nota rodapé 245, p. 451.

Posição adoptada

Embora cientes de que remamos contra a orientação doutrinal e jurisprudencial dominantes, vemo-nos forçados a ceder perante a incontestável evidência de que a teoria de analogia restrita dos regimes da alteração não substancial dos factos e da alteração da qualificação jurídica salvaguarda é a que melhor protege o que visamos preservar.

Afinal, em termos processuais e atendendo ao carácter garantístico do nosso sistema penal, seria uma solução que, não fossem as incontornáveis literalidade e clareza da lei, maior sentido faria adoptar.

Isto porque, é a tese que, precisamente, vai ao encontro de uma maior segurança jurídica e menos incómodos processuais causa, atendendo, *maxime*, à questão da (in)competência do tribunal em virtude do alargamento da moldura penal e eventual condenação em pena superior à inicialmente permitida.

Quanto ao objecto do processo, somos seguidores da ideia de que a alteração da qualificação jurídica, apesar de não alterar os factos, pode implicar a conotação para um crime diverso ou com uma medida de pena legal aplicável, o que, por si só, é significativo, pelo que isso influencia, irrefragavelmente, a estratégia do arguido perante o processo.

Por conseguinte, julgamos que a consciência da ilicitude é, pois, um requisito fundamental para a condenação do arguido e, por isso, ao corrigir-se a qualificação jurídica, ainda que para um crime de menor gravidade, por exemplo, há sempre pressupostos específicos inerentes a cada crime em particular.

Dá que, concordemos com a ideia minoritária de analogia entre os regimes da alteração substancial de factos e da qualificação dos factos em determinadas ocasiões, em detrimento da letra da lei.

Finalmente, não podemos deixar de nos pronunciar sobre as repercussões que a alteração da qualificação jurídica tem na (in)competência do tribunal.

Também neste aspecto perfilhamos a posição assumida pela doutrina minoritária, ou seja, somos da opinião que, caso a alteração da qualificação jurídica

implique o alargamento da moldura penal aplicável e o Ministério Público não utilize a faculdade patente no n.º 3 do artigo 16º do Código de Processo Penal, o tribunal singular permanece competente para julgar o caso em *sub judice*, porém, está-lhe vedado aplicar uma pena concreta superior à que a qualificação jurídica inicial consagrava.

No que respeita à invocação do tribunal de júri, cremos que, seja por razões temporais, seja por motivos processuais, esta é novamente uma situação em que o contexto legal se apresenta incontornável, pelo que nos resta a sua aceitação, em detrimento da (in)justiça material do caso concreto.

À laia de conclusão, sabendo que as premissas que defendemos não encontram apoio na letra da lei, a verdade é que apesar de tudo, pensamos que a teoria que perfilhamos não deixa de poder ser uma hipótese a considerar e que pode, eventualmente, dar azo a novas alterações legislativas, porquanto consideramos ser a mais adequada atendendo ao que vimos desde o princípio a recordar: as garantias de defesa do arguido, a segurança jurídica e os princípios constitucionais aplicáveis.

C onclusão

Após todas as divagações esboçadas sobre a questão da alteração da qualificação jurídica, é possível, enfim, delinear algumas premissas transversais que, cremos, resumem o tema e que melhor esclarecem todas as pertinentes questões suscitadas, reitere-se, sempre na óptica (de protecção) da posição processual do arguido.

Primeiramente, cremos ser praticamente unânime a ideia de que o tribunal, de primeira instância ou de recurso, pode alterar a qualificação jurídica dos factos proveniente do despacho de acusação ou de pronúncia ou, até mesmo, da sentença final.

Sem prejuízo, há um procedimento a ser observado aquando desta convolação e que passa, regra geral, pela comunicação ao arguido deste incidente, a concessão de tempo àquele para que possa reorganizar a sua estratégia de defesa, caso o requeira e, por último, a proibição de condenação em uma pena concreta que ultrapasse os limites máximos da medida legal primeiramente aplicável ao caso concreto.

Assim, esta é de facto a tese que maior arrimo encontra na letra da lei, bem assim, na falta de melhor, corresponde a uma solução compromissória entre ambas as posições processuais, ambas coexistindo, nenhuma em detrimento da outra.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e a Convenção dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2ª Edição, 2008;
- CUNHA, José Manuel Damião da, *O caso julgado parcial, questão da culpabilidade e questão da sanção num processo com estrutura acusatória*, Universidade Católica Editora, 2002;
- ISASCA, Frederico, *Alteração substancial dos factos no processo penal português*, Almedina, 1ª edição, 1995;
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005;
- SILVA, Germano Marques da, *Curso de processo penal*, volume I, Editorial Verbo, 5ª Edição, 2008;
- SILVA, Germano Marques da, *Curso de processo penal*, volume III, Editorial Verbo, 3ª Edição, 2009;
- Acórdãos do Tribunal Constitucional:
 - n.º 173/92, disponível em <http://www.dre.pt>,
 - n.º 279/95, disponível em <http://www.dre.pt>,
 - n.º 445/97, disponível em <http://www.dre.pt>,
 - n.º 518/98, disponível em <http://www.dre.pt>,
 - n.º 519/98, disponível em <http://www.dre.pt>,
 - n.º 295/99, disponível em <http://www.dre.pt>,
 - n.º 555/2008, disponível em <http://www.dgsi.pt>,
 - n.º 72/2011, disponível em <http://www.dgsi.pt>,
 - n.º 498/2012, disponível em <http://www.dgsi.pt>,
 - n.º 90/2013, disponível em <http://www.dgsi.pt> ;
- Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça:
 - de 13 de Fevereiro de 2008, disponível em <http://www.dgsi.pt>,
 - de 28 de Maio de 2008, disponível em <http://www.dgsi.pt>,
 - de 25 de Junho de 2008, disponível em <http://www.dgsi.pt>,
 - de 10 de Julho de 2008, disponível em <http://www.dgsi.pt>,

- de 13 de Novembro de 2008, disponível em <http://www.dgsi.pt>,
 - de 25 de Março de 2009, disponível em <http://www.dgsi.pt>,
 - de 18 de Junho de 2009, disponível em <http://www.dgsi.pt>,
 - de 17 de Setembro de 2009, disponível em <http://www.dgsi.pt>,
 - de 24 de Fevereiro de 2010, disponível em <http://www.dgsi.pt>,
 - de 30 de Junho de 2010, disponível em <http://www.dgsi.pt>,
 - de 12 de Maio de 2011, disponível em <http://www.dgsi.pt>,
 - de 26 de Abril de 2012, disponível em <http://www.dgsi.pt>,
 - de 9 de Maio de 2012, disponível em <http://www.dgsi.pt>,
 - de 14 de Março de 2013, disponível em <http://www.dgsi.pt>,
 - de fixação de jurisprudência n.º 7/2008 e n.º 11/2013 , disponíveis em <http://www.dre.pt>,
 - e Assentos 2/93, 4/95, 445/97 e 3/2000, disponíveis em <http://www.dre.pt>;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9 de Abril de 2013, disponível em <http://www.dgsi.pt>;
 - Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 8 de Maio de 2012, disponível em <http://www.dgsi.pt>;
 - Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 9 de Março de 2005, disponível em <http://www.dgsi.pt>.