

# ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DOS FACTOS EM PROCESSO PENAL (\*)

José Manuel Saporiti Machado da Cruz Bucho

Sumário: 1. Introdução; 2. Duas situações possíveis; 3. O acordo; 4. A falta de acordo; 5. Factos autonomizáveis e factos não autonomizáveis; 6. Pontos controversos; 6.1. O concurso ideal; 6.2. Os crimes complexos; 7. O destino dos autos e dos factos novos autonomizáveis; 8. O destino dos autos e dos factos novos não autonomizáveis; 9. A versão originária do CPP. 10. A reforma de 2007: o novo regime e a sua justificação; 11 Conclusão.

## **1. Introdução.**

Como o Tribunal Constitucional já por diversas vezes teve oportunidade de salientar, os factos descritos na acusação (normativamente entendidos, isto é, em articulação com as normas consideradas infringidas pela sua prática e também obrigatoriamente indicadas na peça acusatória), definem e fixam o objecto do processo que, por sua vez, delimita os poderes de cognição do tribunal<sup>1</sup> e o âmbito do caso julgado.

---

(\*) O presente texto corresponde a uma versão desenvolvida e actualizada das comunicações apresentadas no Colóquio “Questões Práticas na Reforma do Código Penal”, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários e realizado em Lisboa no dia 13 de Março de 2009 no Fórum Lisboa, e no Tribunal da Relação de Guimarães, no dia 2 de Abril de 2009, no 7º aniversário deste Tribunal.

<sup>1</sup> Cfr., v.g., Ac. do Tribunal Constitucional n.º 130/98, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Segundo Figueiredo Dias<sup>2</sup> é a este efeito que se chama vinculação temática do tribunal e é nele que se consubstanciam os princípios da identidade<sup>3</sup> (segundo o qual o objecto do processo, os factos devem manter-se os mesmos, da acusação ao trânsito em julgado da sentença), da unidade ou indivisibilidade<sup>4</sup> (os factos devem ser conhecidos e julgados na sua totalidade, unitária e indivisivelmente) e da consunção<sup>5</sup> do objecto do processo penal (mesmo quando o objecto não tenha sido conhecido na sua totalidade deve considerar-se irrepetivelmente decidido, e, portanto, não pode renascer noutra processo).<sup>6</sup>

Com efeito, um processo penal de estrutura acusatória exige, para assegurar a plenitude das garantias de defesa do arguido, uma necessária correlação entre a acusação e a sentença que, em princípio, implicaria a desconsideração no processo de quaisquer outros factos ou circunstâncias

---

<sup>2</sup> *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 1974, pág. 145.

<sup>3</sup> Cfr. Eduardo Correia, *A Teoria do Concurso em Direito Criminal –II Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz*, Coimbra, Almedina, reimp., 1983, págs. 305 e 317.

<sup>4</sup> Não pode “a acusação pretender uma consideração só parcial ou só de alguns dos aspectos jurídico-criminais do objecto posto pela acusação”(Castanheira Neves, *Sumários de Processo Criminal*, Coimbra, 1968, pág. 202). Por isso, também, “o juiz deve conhecer não de maneira fragmentária mas esgotantemente o facto que é submetido ao seu julgamento” (Eduardo Correia, *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, cit., pág. 359; cfr. também, págs. 314-315 e 317-318). O princípio da investigação ou da verdade material, com os propósitos de economia, celeridade e justiça material, justifica a indivisibilidade do objecto do processo.

<sup>5</sup> O princípio da consunção implica que “posta uma questão penal ante um magistrado, deve este necessariamente resolvê-la. E resolvê-la esgotantemente até onde deva e possa. Aquilo, pois, que, devendo tê-lo sido, não se decidiu na sentença directamente, tem de considerar-se indirectamente resolvido; aquilo que se não resolveu por via expressa deve tornar-se como decidido tacitamente” (Eduardo Correia, *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, cit., pág. 304); “Por outras palavras, o conhecimento do objecto do processo deve ter-se sempre por totalmente consumido – a decisão sobre ele deverá considerar-se como tendo-o definido jurídico-criminalmente em tudo o que dele podia e devia ter conhecido” (Castanheira Neves, *Sumários de Processo Criminal*, cit., pág. 205).

<sup>6</sup> Sobre o quadro constitucional justificante do princípio da vinculação temática do processo penal, vejam-se, também, os Acs. do Tribunal Constitucional n.º 173/92, 674/99 e 463/2004, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

que não constassem do objecto do processo, uma vez definido este pela acusação.

Um processo penal como o nosso, de estrutura basicamente acusatória integrado por um princípio de investigação, admite, porém, que sendo a descrição dos factos da acusação uma narração sintética<sup>7</sup>, nem todos os factos ou circunstâncias factuais relativas ao crime acusado possam constar desde logo dessa peça, podendo surgir durante a discussão factos novos<sup>8</sup> que traduzam alteração dos anteriormente descritos.

Como é sabido, esta matéria encontra-se regulada nos artigos 303.º, 358.º e 359.º do Código de Processo Penal (CPP), que distinguem entre “alteração substancial” e “alteração não substancial” dos factos descritos na acusação ou pronúncia, fazendo, assim, apelo à definição constante do artigo 1.º, alínea f), do CPP, segundo a qual se considera alteração substancial dos

---

<sup>7</sup> Cfr. art. 283.º do Código de Processo Penal.

<sup>8</sup> Em rigor, como bem salienta Leones Dantas, os factos só são novos quando chegam ao conhecimento do processo. Pode, porém, acontecer que na instrução ou no julgamento surjam novos elementos de prova relativamente a factos que já haviam sido valorados no inquérito e que não tinham sido integrados na acusação deduzida. Neste caso, embora os factos não sejam novos os mesmos deverão ser integrados no objecto do processo através do mecanismo processual da alteração substancial – cfr. “A definição e evolução do objecto do processo em processo penal”, in *Revista do Ministério Público*, n.º63, pág. 98.

Em sentido divergente, apontando para a formação do efeito consuntivo logo no termo do inquérito, veja-se José Manuel Damião da Cunha, *O Caso Julgado Parcial. Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção num Processo de Estrutura Acusatória*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2002, pág. 157 e ss e 468 e ss e “*Ne Bis in Idem e Exercício da Acção Penal*”, in Mário Ferreira Monte (coord), *Que Futuro para o Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 2007, págs.553-581, onde o autor sustenta, nomeadamente, que“... não pode o Tribunal conhecer de facto (ou, mais correctamente, de questões de direito e de facto) que os órgão de polícia criminal e o MP deveriam, por dever de ofício e segundo as regras de uma investigação devida e exaustiva ou (caso não se queira utilizar uma formulação tão ‘forte’) de uma investigação minimamente diligente, ter conhecido e decidido”(pág. 563) e que “...não se pode conhecer em julgamento daquilo que teve, tem ou teria tido, remédio próprio na fase da instrução(tenha ela sido requerida ou não)”(pág. 557).

factos “aquela que tiver por efeito a imputação ao arguido de crime diverso ou a agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis.”

O artigo 359.º rege para a alteração substancial, determinando que uma tal alteração da factualidade descrita na acusação não pode ser tomada em conta pelo tribunal, para efeito de condenação no processo em curso, nem implica a extinção da instância (n.º1). Tratando-se de novos factos autonomizáveis em relação ao objecto do processo, a comunicação da alteração ao Ministério Público vale como denúncia (n.º2). Ressalva-se a possibilidade de acordo entre o Ministério Público, arguido e o assistente na continuação do julgamento se o conhecimento dos factos novos não acarretar a incompetência do tribunal (n.º3), concedendo-se então ao arguido, sob requerimento, um prazo para preparação da defesa não superior a dez dias, com o consequente adiamento da audiência, se necessário (n.º 4).

Ao invés, se a alteração dos factos for simples ou não substancial, isto é, tal que não determine uma alteração do objecto do processo, então o tribunal pode investigar e integrar no processo factos que não constem da acusação e que tenham relevo para a decisão do processo. A lei exige apenas, como condição de admissibilidade, que ao arguido seja comunicada<sup>9</sup>, oficiosamente ou a requerimento, a alteração e que se lhe

---

<sup>9</sup> A lei não indica um momento específico e preciso para o cumprimento da comunicação referida nos artigos 358º e 359º, ambos do CPP.

Por isso que se venha entendendo que os mecanismos previstos naqueles preceitos legais podem ser desencadeados até à publicação da sentença, pois só com esta se encerra a audiência. Neste sentido veja o Acs do STJ de 16-6-2005, proc.º n.º 05P1576, rel. Pereira Madeira, salientando que “o que importa salvaguardar é que, no decurso da audiência, seja o arguido colocado perante a possibilidade de o tribunal levar avante uma alteração, substancial ou não, dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, com o evidente objectivo de lhe assegurar todos os direitos de defesa também quanto à alteração anunciada”, e o Ac. da Rel. de Guimarães, de 9-3-2009, proc.º n.º 1045/08-1, rel. Filipe Melo, todos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)., o último dos quais citando, ainda, o Ac. do STJ

conceda, se ele o requerer, o tempo estritamente necessário para a preparação da defesa (artigo 358.º, n.º 1), ressalvando, porém, o caso de a alteração ter derivado de factos alegados pela defesa (n.º2).<sup>10</sup>

Dispõe agora o n.º3 do artigo 424º do CPP que sempre que se verifique uma alteração não substancial dos factos descritos na decisão recorrida ou da respectiva qualificação jurídica não conhecida do arguido, este é notificado para, querendo, se pronunciar no prazo de 10 dias.<sup>11</sup>

---

de 26-5-2004, rel. Sousa Fonte, que concluiu que “o tribunal não comete qualquer nulidade ao dar cumprimento ao disposto naquele artigo [358º, n.º1] já depois de produzidas as alegações finais.”

Tratando-se de mera alteração da qualificação jurídica a comunicação pode até ter lugar logo no início da audiência e antes de qualquer produção de prova - cfr. Ac. da Rel. de Guimarães de 4-11-2002, proc.º n.º 9111/02-1, rel. Nazaré Saraiva, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Efectuada a comunicação, “resulta claro do disposto nos artigos 358º, n.º1 e 359º, n.3, do CPP, que o requerimento para o adequado exercício do direito de defesa em consequência da alteração do objecto processual, nomeadamente para a concessão do prazo suplementar para o efeito ou de oposição a tal alteração, tem de ser apresentado de imediato”(Ac. da Rel. de Lisboa de 14-3-2007, proc.º n.º 10748/2006-3, rel. João Sampaio, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>10</sup> “Assim, é uma exigência do princípio da plenitude das garantias de defesa do arguido que os poderes de cognição do tribunal se limitem aos factos constantes da acusação; porém, se, durante a audiência, surgirem factos relevantes para a decisão e que não alterem o crime tipificado na acusação nem levem à agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis, respeitados que sejam os direitos de defesa do arguido, pode o tribunal investigar esses factos indiciados, ex novo e, se se vierem a provar, integrá-los no processo, sem violação do preceituado no artigo 32º, n.º1 e 5 da Constituição” (Ac do Tribunal Constitucional n.º130/98, de 7 de Maio de 1998, que se pronunciou sobre a constitucionalidade do artigo 358º).

<sup>11</sup> O STJ já recusou a aplicação desta norma num caso em que “o Tribunal se limita a alterar a qualificação jurídica ‘desagravando’ um crime de qualificado para simples, por entender que determinada circunstância qualificativa acaba por não ter no caso em apreciação o valor agravativo suposto pela norma” (Ac. de 31-10-2007, proc.º n.º 07P3271, rel. Costa Mortágua, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)). Sobre um conjunto de problemas suscitados por esta nova disposição legal, a qual, segundo Simas Santos, “parece que será mais motivação de problemas do que via de resolução dos que vinham surgindo”(Revisão do Código de Processo Penal - Nótula 17, de 2-12-2006, in [www.granosalis.blogspot.com](http://www.granosalis.blogspot.com)), veja-se Germano Marques da Silva, “Sobre Recursos em Processo Penal - Notas sobre Alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto”, in *Justiça XXI, A Reforma do Sistema Penal de 2007, Garantias e eficácia*, Coimbra Editora, 2008, pág.61 e Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., págs.1163-1165.

Finalmente, a condenação por factos diversos dos descritos na acusação ou na pronúncia, se a houver, fora dos casos e das condições previstos naqueles artigos 358º e 359º, acarreta a nulidade da sentença (artigo 379º, n.º1, al. a) do CPP).<sup>12</sup>

Vamos limitar a nossa intervenção à análise da alteração substancial dos factos apreciada na sua vertente dinâmica e, dentro desta, restrita à fase do julgamento em processo criminal<sup>13</sup>, procurando compreender o novo regime emergente da Reforma de 2007.

---

<sup>12</sup> Sobre a intensa polémica a respeito da natureza sanável ou insanável das nulidades da sentença previstas no citado artigo 379º veja-se, desenvolvidamente, Vinício Ribeiro, *Código de Processo Penal. Notas e Comentários*, Coimbra Editora, 2008, págs. 800-804, com abundantes referências doutrinárias e jurisprudenciais.

<sup>13</sup> Como refere Pinto de Albuquerque, “o regime da alteração dos factos na audiência de julgamento no processo contra-ordenacional rege-se por outros critérios, uma vez que o tribunal procede a uma renovação da instância com base na remessa dos autos e não a uma mera reforma da decisão administrativa recorrida, devendo por isso ter em conta toda a prova já produzida nos autos e a que vier a ser produzida na audiência de julgamento, bem como todos os factos que dela resultem, mesmo que não tenham sido incluídos na decisão administrativa recorrida (acórdão do TRC, de 10.1.2007, in CJ, XXXII, 1, 37, e acórdão do TRL 15.2.1995, CJ., 1995, 2, 134)” –*Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2007, págs. 901-902, anotação 26 ao artigo 359º. Vejam-se, também, em sentido não totalmente convergente, os Acs. da Rel. do Porto de 27-1-1997, proc.º n.º 9740337, de 22-1-1997, proc.º n.º 9640915, ambos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e da Rel. de Coimbra de 24-3-1999, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXIV, tomo 2, pág. 48 e, na doutrina, Borges de Pinho, *Das Contraordenações*, Coimbra, Almedina, 2004, págs. 56-57, Manuel Ferreira Antunes, *Reflexões sobre o Direito Contra-Ordenacional*, Lisboa, SPB-Editores&Livreiros, 1997, págs. 97-99.

## 2. Duas situações possíveis

Partindo do pressuposto de que os novos factos, indiciados<sup>14</sup> no decurso da fase do julgamento e que envolvem uma alteração substancial, não afectam a competência do tribunal<sup>15</sup>, teremos à partida duas situações possíveis:

- ou há acordo, entre o Ministério Público, o arguido e o assistente, sobre a continuação do julgamento pelos novos factos, sendo em tal caso irrelevante a questão da autonomização ou não do factos novos com os constantes do objecto do processo;<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Indiciados e não provados. Frederico Isasca chama justamente a atenção para a circunstância de a produção da prova ser algo que pressupõe que os factos sobre que recai façam parte do objecto do processo, o que no caso do artigo 359º só é possível após a comunicação ao arguido da alteração e o acordo de que o julgamento por eles continue. Conforme refere aquele autor, “Não é, pois, correcto, neste contexto, falar-se de factos provados ou não provados. O mais que se poderá afirmar é que estão indiciados ou fortemente indiciados”- *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português*, Coimbra, Almedina, 1992, págs. 200-201, nota 2. Também Germano Marques da Silva alude à “indiciação de factos que a serem considerados implicariam alteração substancial da acusação”- *Do Processo Penal Preliminar*, Lisboa, 1990, pág. 368.

No mesmo sentido, vejam-se os Acs. do Tribunal Constitucional n.º 387/2005 e n.º237/2007 os quais, referindo-se a factos considerados provados, aludem a um mero *juízo provisório e condicional*.

Atente-se, ainda, na rigorosa formulação do n.º1 do artigo 340º do Código de Processo Penal de Macau, de 1996: “Se do decurso da audiência resultar fundada suspeita da verificação de factos não descritos na pronúncia ou, se a não tiver havido, da acusação ou acusações, e que importem uma alteração substancial...”

<sup>15</sup> Na audiência de julgamento perante o tribunal singular - ao contrário do que sucede na audiência de julgamento perante tribunal colectivo ou do júri - a alteração substancial dos factos pode determinar a incompetência do tribunal singular se se indiciar a prática de crime punível com pena superior a cinco anos de prisão. Sobre as diversas situações que podem então verificar-se, veja-se, detalhadamente, Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., págs. 895-896, nota 4.

<sup>16</sup> Cfr. Ivo Miguel Barroso, *Estudos sobre o Objecto do Processo Penal*, Lisboa, Vislis, 2003, pág. 251, Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, III, 2ªed., Lisboa/S.Paulo, Verbo, 2000, pág. 126, nota 2, e Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 896, este último frisando que “a questão da autonomização dos factos novos só deve colocar-se no caso de não haver acordo para o conhecimento dos factos novos, devendo então o juiz presidente decidir se eles consubstanciam factos autonomizáveis ou não.”

- ou não há acordo possível e, então, já é fundamental aferir da relação dos novos factos com os constantes da acusação ou da pronúncia.

### 3. O acordo

No primeiro caso, havendo acordo, a continuação do julgamento engloba os factos novos os quais, passam a integrar o objecto do processo e, se devidamente comprovados, devem ser tomados em conta pelo tribunal para o efeito de condenação.

Na sugestiva formulação de Frederico Isasca<sup>17</sup>:

“(…) há como que uma redefinição ou reformulação do objecto do processo que passa pelo acordo dos sujeitos processuais directamente interessados na resolução rápida e justa do caso concreto, criando-se, deste modo, um espaço de diálogo que viabiliza uma solução de consenso.<sup>18</sup> Deixando-se assim incólume o princípio do acusatório.<sup>19</sup> Ao que acresce,

---

<sup>17</sup> *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português*, cit., págs. 200-201.

<sup>18</sup> Também Leones Dantas assinala que “Esta intervenção conformadora dos sujeitos do processo é mais um dos corolários do princípio da acusação e é também expressiva da introdução de um espaço de consenso na dinâmica desta fase do processo”- “A definição e evolução do objecto do processo em processo penal”, cit., pág. 103.

<sup>19</sup> Marques Ferreira criticou a solução do anterior artigo 359º, n.º 2 do CPP por considerar que aquela regra “viola flagrantemente” o princípio do acusatório: “é o tribunal que vai julgar que, previamente, delimita o seu ‘novo’ objecto de cognição, que como objecto processual sempre se manterá autónomo e diverso do inicialmente delimitado pelo MP”. Deste modo, sugeriu de iure condendo a previsão do “Novo julgamento, quando os factos novos não integrem o objecto do processo, ser efectuado por tribunal diferente, se se persistir na solução do art.º 359º, n.º 2 do CPP para a fase de julgamento”- “Da Alteração dos Factos Objecto do Processo Penal”, in *Revista de Ciência Criminal*, Ano I, fasc. 2, Abril-Junho 1991, págs.238-239). Salvo o devido respeito a argumentação não é procedente. Não se vislumbra qualquer violação do acusatório porque a nova delimitação do objecto do processo depende da vontade do MP, do assistente e do arguido. Como observa Pinto de Albuquerque o juiz apenas despoleta a discussão da questão processual, o que, aliás, pode acontecer por iniciativa de qualquer um dos outros sujeitos processuais (*Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 896, nota 7). Cfr., no mesmo sentido, Maia Gonçalves, *Código de*

ainda, o integral respeito pelos direitos da defesa desde logo, mas não só, o contraditório - que não se vê sujeita a qualquer imposição, na medida em que dela depende também e em efectiva igualdade de armas, a viabilização da continuação do julgamento, ampliado aos novos factos. Por outro lado, não deixou de atender-se aos interesses da vítima (ou de quem a represente), nem tão pouco à perseguição do crime, visto que, quer o assistente, quer o Ministério Público, podem sempre, por si só, inviabilizar igualmente o acordo.”

Porque neste domínio do acordo não se regista qualquer alteração legislativa<sup>20</sup> vamos-nos limitar a consignar algumas notas em jeito telegráfico.

A primeira nota para salientar que mesmo após a reforma de 2007 esta possibilidade de acordo entre os sujeitos processuais continua a estar prevista apenas para a fase de julgamento.

Diga-se, em abono da verdade, que existia uma raro consenso entre a doutrina no sentido de que também na instrução se deveria prever a

---

*Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 16ªed., 2007, págs. 756-757 e Ivo Miguel Barroso, *Estudos sobre o Objecto do Processo Penal*, cit., pág. 249 e nota 27.

Também o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 463/2004 salientou que “sendo exigido o acordo de todos os titulares dos interesses contrapostos que se digladiam em processo penal para que o julgamento possa prosseguir como novo *thema*, a situação continua a ser de inteiro respeito pelos direitos e garantias constitucionais de cada um.”

<sup>20</sup> A grande alteração é provocada por via indirecta por força do novo regime dos factos não autonomizáveis o qual reduz drasticamente o âmbito de aplicação prática do acordo a que alude o n.º 2 do artigo 359º. Na verdade, uma vez que a falta de acordo inviabiliza à partida a valoração de tais factos que não só não podem ser tomados em consideração no processo para efeitos de condenação, como - por força da proibição de extinção da instância - não podem dar origem a um novo processo, o arguido devidamente assistido nunca consentirá na continuação do julgamento com a alteração da acusação. Chamado a pronunciar-se, perante a alternativa de, v.g., poder vir a ser condenado por um crime qualificado, ou de apenas poder ser condenado por um crime simples, a escolha será óbvia...

possibilidade de acordo<sup>21</sup>, tendo-se inclusivamente chegado a defender a aplicação analógica do n.º2 do artigo 359º (agora n.º3) naquela fase processual.<sup>22</sup>

Também já à face da nova lei Pinto de Albuquerque sustenta a aplicação analógica do artigo 359º, n.º2, “em conformidade com a nova ideologia do CPP de aproximação da fase de instrução à de julgamento.”<sup>23</sup>

A segunda nota para frisar que alguma doutrina e a jurisprudência tem entendido que o acordo do arguido deve ser dado pessoalmente ou pelo seu defensor munido de poderes especiais para o efeito<sup>24</sup>, e que o silêncio do arguido não vale como acordo para continuação do julgamento quando o tribunal comunica ao arguido estar-se perante uma alteração não substancial dos factos descritos na acusação, mas tratar-se de uma alteração substancial dos factos.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> Cfr. Souto Moura, “Inquérito e Instrução”, in Centro de Estudos Judiciários, *Jornadas de Direito Processual Penal - O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1988, pág.135, Frederico Isasca, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português*, cit. 178, Marques Ferreira, “Da Alteração dos Factos Objecto do Processo Penal”, cit, pág. 239

<sup>22</sup> Cfr. Ivo Miguel Barroso, *Estudos sobre o Objecto do Processo Penal*, cit., págs. 245-253. Teresa Beleza pronunciou-se, porém, contra tal aplicação analógica (“O objecto do processo penal: o conceito e o regime de alteração substancial dos factos no Código de Processo Penal de 1987”, in *Apontamentos de Direito Processual Penal*, vol. III, Lisboa, AAFDL, 1995, pág.101).

<sup>23</sup> *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 763. Em sentido contrário, veja-se, Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Código de Processo Penal Comentários e Notas*, Coimbra Editora, 2009, pág. 755.

<sup>24</sup> Cfr. Ac. da Relação de Lisboa de 26-2-2003, *Colectânea de Jurisprudência* ano XXVII, tomo 1, pág. 146 e Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., págs. 198 e 896. Em sentido contrário, cfr. Ac. da Rel. do Porto de 8-2-2006, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXXI, tomo 1, pág. 205.

<sup>25</sup> Ac. do Tribunal Constitucional n.º 463/2004.

No mesmo sentido o Ac. do STJ de 5-3-2008, proc.º n.º 3259/07, rel. Cons.º Armindo Monteiro, disponível in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), a propósito da alteração da qualificação jurídica: “XI- Tendo em consideração que: -não é visível pela simples leitura da acta de julgamento que ao arguido CA haja sido comunicada a alteração da qualificação jurídica, não valendo o silêncio do arguido como aceitação do prosseguimento dos autos

A terceira nota para deixar claro, com Frederico Isasca, que na anuência do arguido à continuação do julgamento pelos novos factos, “não vai implícita nenhuma aceitação do cometimento dos mesmos e muito menos uma confissão, ainda que confissão tivesse havido dos factos que originariamente constituíam o objecto do processo. O que significa que, relativamente a eles, se deve desenvolver toda a actividade investigatória e probatória. Mas não se infira agora que com isto se inviabiliza uma possível confissão dos factos. O que se afirma é, tão só, que na admissão da continuação do julgamento pelos novos factos, não vai quanto a eles implícita qualquer confissão”.<sup>26</sup>

Em quarto lugar, importa deixar consignado que, ao contrário do que sucede no âmbito da alteração não substancial (art. 358.º), os factos

---

na medida em que, em nome dos direitos de defesa de defesa, as leis - antiga e nova - não prescindem de comunicação directa ao arguido, para que este modifique a estratégia da defesa, ‘no que esta possa comportar de escolha deste ou daquele advogado, a opção por determinadas provas em vez de outras, o sublinhar de certos aspectos e não de outros’ - cfr. Ac. do Tribunal Constitucional n.º 519/98 (DR II Série, de 15-07-1998); - o momento oportuno para aquela comunicação é o julgamento em 1.ª instância, embora no Ac. deste STJ n.º 4/95, de 07-06-1995 (DR II Série, de 06-07-1995), se haja declarado que ela possa ter lugar no tribunal superior, sem prejuízo da reformatio in pejus, sublinhando o TC não poder, em sequência, deixar de prevenir-se o arguido, notificando-se-lhe o teor do parecer do MP, orientação que hoje comporta expressa consagração no art. 424.º, n.º3, do CPP, na redacção da Lei nova; conclui-se que não foi dado conhecimento da alteração não substancial ao arguido CA – pouco importando que seja participante com outro outros aos quais foi dado conhecimento e que dos advogados só o do arguido JC não tenha prescindido do prazo - pelo que deixou de conhecer de questão de que devia, transmitindo a Relação o vício da nulidade do acórdão, nos termos do art. 379º, n.º2, al. c) do CPP.”

O Ac. do STJ de 7-1-1999 (proc.º n.º 1120/98-3ª, rel. Cons.º José Girão, apud Tolda Pinto, *A Tramitação Processual Penal*, 2ªed., Coimbra Editora, 2001, págs. 929-930 e 992-993) considerou que o acordo pode ser tácito por banda do Ministério Público mas que deveria ser expresso quanto à defesa.

<sup>26</sup> *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português*, cit., pág. 201, nota 1.

alegados pela defesa<sup>27</sup> que alterem substancialmente a acusação não são livremente conhecidos pelo tribunal.<sup>28</sup> Exige-se o acordo de todos os arguidos, do Ministério Público e dos assistentes.

Finalmente, uma quinta nota para sublinhar que “este alargamento do processo só pode dizer respeito aos arguidos que tenham sido acusados ou pronunciados não prejudicando os arguidos em relação aos quais foi proferido despacho de arquivamento ou de não pronúncia e muito menos a pessoas que não foram constituídas como arguidas no processo.”<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> No âmbito do artigo 358º do CPP, o Ac. da Rel. do Porto de 12-7-2006, proc.º n.º 0546558, rel. António Gama, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) considerou que a expressão “factos alegados pela defesa abrange os factos relatados pelo arguido em audiência.

<sup>28</sup> Neste sentido veja-se o Ac. da Rel. de Coimbra de 15-9-1999, proc.º n.º 1842/99: “É nula a sentença que condena o arguido por factos não descritos na acusação, mesmo que alegados pela defesa, se tais factos constituem alteração substancial daquela.” Pinto de Albuquerque assinala que “A razão dogmática é esta: o princípio da acusação não visa proteger apenas o arguido (v. anotação ao art. 4º). Portanto o conhecimento dos factos novos que alteram substancialmente a acusação depende do acordo dos restantes arguidos, do MP e dos assistentes até porque dos factos alegados pela defesa de um arguido pode resultar a responsabilização criminal de um co-arguido (Ac. STJ 27-10-1995, CJ tomo 2, e de 20-10-1993, BMJ 430, pág. 355 e ac. STJ 3-4-91, BMJ n.º 406, pág. 502)” - *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 896-897.

Segundo Frederico Isasca, “Discutível será ainda a eventual faculdade - que não nos parece ser de rejeitar sem mais - de o tribunal, com o inteiro respeito pelo regime legal, e numa perspectiva teleológica-racional-funcional, poder vir a conhecer e posteriormente a pronunciar-se, por factos que alterem o objecto do processo, nos casos em que os novos factos fossem trazidos ao processo pela defesa. Se foi esta que os carregou para o processo, sempre seria possível concluir-se no sentido de um consentimento ou acordo - pelo menos tácito (e o n.º2 do art. 359º, não parece exigí-lo expresso) - de que os referidos factos novos alegados integrassem o objecto do processo. A ser correcta esta possibilidade de entendimento que a lei parece não contrariar, mas cuja discussão se deixa em aberto, não havendo oposição dos restantes sujeitos processuais, não se deverá negar ao tribunal (em atenção a princípios e fins como os da verdade material e da justiça do caso concreto) a possibilidade de conhecer daqueles factos e de sobre eles se poder pronunciar” - *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português*, cit., pág. 199, nota 2).

<sup>29</sup> Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 893.

A generalidade da doutrina (Souto Moura, Teresa Beleza, Leones Dantas, Ivo Barroso, Gil Moreira dos Santos, Pinto de Albuquerque, Quirino Soares, Sousa Mendes), tem chamado a atenção para uma questão prévia da máxima importância, ao distinguir entre alteração de factos e factos novos, salientando que na alteração substancial existe “um

#### **4. A falta de acordo**

No segundo caso, não havendo acordo, a alteração não pode ser tomada em conta pelo tribunal para o efeito de condenação, nem implica a extinção da instância (artigo 359.º, n.º1).

#### **5. Factos autonomizáveis e factos não autonomizáveis.**

Avançando um pouco mais.

Na exposição de motivos da proposta de Lei n.º 109/X<sup>30</sup>, baseada no anteprojecto de revisão apresentado pela Unidade de Missão, refere-se:

---

núcleo comum mínimo de identidade”(Ivo Barroso), os factos são uma variação dos que constituem o objecto daquele processo em concreto, devem ainda incluir-se no âmbito do “mesmo facto histórico unitário” (Pinto de Albuquerque), “dentro do acontecimento que serve de objecto ao processo”(Leones Dantas) enquanto nos factos plenamente autónomos, totalmente novos, atomísticos, não há, em rigor, uma alteração dos factos (assim, v.g., quando no decurso do julgamento se descobre que o arguido, acusado de homicídio, violara uma outra vítima, ou que tinha cometido um outro homicídio, ou em casos de atribuição do facto a um novo agente ou de descoberta de mais agentes participantes).

A estes factos plenamente autónomos, totalmente novos, aplicam-se as regras gerais sobre o conhecimento da notícia do crime, ou seja abre-se inquérito, um novo inquérito - artigos 242º, n.º1, 243º e 262º, n.º2, todos do CPP, uma vez que “não há quaisquer razões para enxertar no processo originário o julgamento daquela novidade a qual nada pode aproveitar a investigação já feita a propósito do tema inicial do processo (Quirino Soares, “Convolações”, in *Colectânea de Jurisprudência - Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano II, 1994, tomo 3, pág. 21).

Quanto a estes factos totalmente novos “não existe possibilidade de acordo entre os sujeitos para continuação do processo incorporando o facto totalmente novo, devido ao conteúdo do princípio do acusatório. Por isso, não está na disponibilidade do arguido permitir a continuação do processo, sem inquérito e sem possibilidade de instrução” (Teresa Beza, *As Variações do objecto do processo no Código de Processo Penal de Macau*, in *Revista Jurídica de Macau*, vol. IV, n.º1, Jan-Abr. de 1997, pág.49).

Como expressivamente salientou Gil Moreira dos Santos, “Já quanto aos factos que, em relação aos descritos na acusação, requerimento ou pronúncia, não tenham a mesma base e não se integrem na mesma unidade criminosa, não se lhes pode estender o poder de cognição do juiz de instrução e de julgamento sem que se tenha procedido antes à sua triagem pelo inquérito, e eventualmente instrução, sob pena de nulidade insanável”- “A Estabilidade Objectiva da Lide em Processo Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, 4º, Outubro-Dezembro 1992, pág. 614.

<sup>30</sup> Disponível in [www.mj.gov.pt](http://www.mj.gov.pt)

“No âmbito da alteração substancial dos factos introduz-se a distinção entre factos autonomizáveis e não autonomizáveis estipulando-se que só os primeiros originam a abertura de novo processo.”<sup>31</sup>

Efectivamente, a lei prevê agora uma subdivisão que se revela essencial para conhecer do destino do processo.

No caso de os factos serem autonomizáveis em relação ao objecto do processo, a comunicação da alteração ao Ministério Público “vale como denúncia para que ele proceda pelos novos factos” (artigo 359º, n.º2).

Se os factos não forem autonomizáveis em relação ao objecto do processo, a alteração “não pode ser tomada em conta pelo tribunal para o efeito de condenação no processo em curso, nem implica a extinção da instância (n.º1).

O que são factos autonomizáveis ou não autonomizáveis?

Vinício Ribeiro, depois de, premonitoriamente, salientar que a distinção entre os dois conceitos será o aspecto que irá certamente provocar mais discussão, avança com a seguinte noção: “estaremos perante factos novos autonomizáveis quando os mesmos constituírem um quadro fáctico completamente distinto do que consta da acusação ou pronúncia”<sup>32</sup>

Pinto de Albuquerque não fornece uma definição, apenas salienta, apoiando-se na lição de Teresa Beleza, que os factos autonomizáveis devem ser ainda uma variação dos que constituem o objecto daquele processo em concreto, devem ainda incluir-se no âmbito do mesmo facto histórico unitário<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> No mesmo sentido, *ipsis verbis*, Rui Pereira, “Entre o Garantismo e o Securitismo. A Revisão de 2007 do Código de Processo Penal”, in Mário Ferreira Monte (coord), *Que Futuro para o Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 2007, pág. 263.

<sup>31</sup> Ac. do Tribunal Constitucional n.º 226/2008, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>32</sup> *Código de Processo Penal. Notas e Comentários*, cit., pág. 750.

<sup>33</sup> *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 896.

Creemos que a divergência é meramente aparente, por estas duas abalizadas opiniões se deverem situar em dois planos distintos.

A primeira daquelas definições acentua a diferença entre factos autonomizáveis e não autonomizáveis.

A segunda procura compreender as relações entre os factos autonomizáveis com o objecto originário do processo.<sup>34</sup>

Importa referir que a questão da distinção entre factos autonomizáveis e não autonomizáveis não surge apenas com a Reforma de 2007.

Ela estava já implícita na versão originária do Código.<sup>35</sup>

Por isso, na definição do que sejam factos autonomizáveis por confronto com não autonomizáveis, existe já um razoável acervo doutrinário e jurisprudencial, muito anterior à reforma de 2007, que não pode ser menosprezado.

Segundo Sousa Mendes, “O conceito de factos autonomizáveis resume-se à possibilidade de os desligar daqueles outros que já constituem o objecto do processo, de tal sorte que, sem prejudicar o processo em curso, sejam criadas as condições para se iniciar um outro processo penal sem violação do princípio ne bis in idem (que ninguém seja julgado, no todo ou em parte, mais do que uma vez pelos mesmos factos!)”<sup>36</sup>

Para Frederico Isasca “os factos são autónomos ou autonomizáveis quando podem, por si só, e portanto independentemente dos factos que formam o

---

<sup>34</sup> Cfr. *supra* nota 26.

<sup>35</sup> Cfr. Teresa Beleza, “O objecto do processo penal: o conceito e o regime de alteração substancial dos factos no Código de Processo Penal de 1987”, cit., pág. 101 e o Ac. da Rel. de Évora de 5-7-2005, proc.º n.º 281/05-1, rel. Rui Maurício, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>36</sup> “O Processo Penal em Acção: Hipótese e Modelo de Resolução”, in Sousa Mendes et al., *Questões avulsas de processo penal*, Lisboa, AAFDL, 2000, pág. 112. Cfr. também Sousa Mendes, “O Regime da Alteração Substancial de Factos no Processo Penal”, in Mário Ferreira Monte (coord), *Que Futuro para o Direito Processual Penal*, cit. págs. 758-759.

objecto do processo, serem susceptíveis de fundamentar uma incriminação autónoma em face do objecto do processo.”<sup>37</sup>

No mesmo sentido, Germano Marques da Silva alude a factos que podem “constituir objecto de novo processo, independentemente do resultado do processo em curso.”<sup>38</sup>

Pense-se, por exemplo, na seguinte situação: no decurso do julgamento por um crime de homicídio simples vem a apurar-se que aquele crime foi cometido para encobrir uma violação.

Este é um caso em que o conjunto dos novos factos engloba factos que são autonomizáveis e outros que o não são.

A violação (facto autonomizável) será, naturalmente, investigada autonomamente. Mas o exemplo padrão da alínea f) do n.º 2 do artigo 132º (facto não autonomizável) não pode ser tido em conta no processo originário.<sup>39</sup>

Outros casos de factos autonomizáveis, segundo a pormenorizada classificação de Ivo Barroso<sup>40</sup>, são os seguintes:

Alteração substitutiva:

- Homicídio com mudança de vítima<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português*, cit., pág. 203

<sup>38</sup> *Do Processo Penal Preliminar*, cit., pág. 369.

<sup>39</sup> Neste sentido, Sousa Mendes, *O Regime da Alteração Substancial de Factos no Processo Penal*, cit., pág. 759.

Note-se que segundo alguma doutrina - Maia Gonçalves, *Código Penal Português*, 17ªed., Coimbra, Almedina, 2005, pág. 479, e Ivo Barroso, *Estudos sobre o Objecto do Processo Penal*, cit., págs.88-90 - se o violador mata a sua vítima para assegurar a impunidade verificar-se-ia apenas o crime do artigo 132º, n.º2 al. f) do Código Penal, ficando consumido o de violação. Nesta última orientação, que não sufragamos, o arguido, não aceitando a alteração, apenas poderia ser condenado por homicídio simples.

<sup>40</sup> *Estudos sobre o Objecto do Processo Penal*, cit., pág.41 e seguintes

- Furto/receptação<sup>42</sup>
- Relação de alternatividade (?) (quando diversos tipos contêm elementos incompatíveis entre si, excluindo-se mutuamente): furto/abuso de confiança<sup>43</sup>)

Alteração cumulativa:

- Concurso ideal (?)
- Concurso real
- Crime continuado: conduta que integra um crime continuado, se for a de maior gravidade, modificando a moldura penal do

---

<sup>41</sup> Cfr. Ac. do STJ de 28-11-1990, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXV, tomo 5, pág. 12 e *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 401, pág. 443, a propósito de um crime de homicídio tentado dirigido contra vítima distinta da acusação: “Se uma pessoa se encontrava acusada por tentar matar a pessoa A e se está a verificar que ela queria matar a pessoa B. está a haver uma alteração substancial da acusação sujeita ao regime do artigo 359º do Código de processo Penal, por se tratar de um crime diferente”(pág. 447).

<sup>42</sup> Cfr., v.g., Acs do STJ de 9-12-1992, proc.º n.º 043148, rel. Lucena e Valle, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), de 28-3-1993, in *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 426, pág. 408, de 7-6-2001, proc.º n.º 01P1518, rel. Dinis Alves, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e de 20-2-2003, *Colectânea de Jurisprudência- Acs do STJ*, ano XI, tomo 1, pág. 206.

<sup>43</sup> Sobre a relação de alternatividade e os diversos problemas suscitados neste domínio, nomeadamente se os novos factos integram ou não uma alteração substancial e, em caso afirmativo, a natureza autonomizável ou não autonomizável dos mesmos, veja-se, desenvolvidamente, Ivo Barroso, *Estudos sobre o Objecto do Processo Penal*, cit., págs. 55-59, dando conta de diversas posições doutrinárias, Damião da Cunha, “Ne Bis In Idem e Exercício da Acção Penal”, cit., 577-579 e Sousa Mendes, “O Regime da Alteração Substancial de Factos no Processo Penal, cit., págs. 765 e 767-668.

Na jurisprudência, para além dos casos referidos na nota anterior, veja-se o Ac. do Acórdão do S.T.J. de 27 de Maio de 1999, proc. n.º 437/99, assim sumariado (in Simas Santos-Leal Henriques, *Código de Processo Penal Anotado*, vol. II, 2ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, 2000, pág. 448): "Pese embora tipicamente idêntico (abuso de confiança), integrando os factos provados um crime diverso do acusado, uma vez que são diversas as respectivas estruturas, o momento da inversão do título da posse (logo, o da consumação do crime) e o objecto desta, a implicar nos seus contornos e nas suas consequências uma diferente avaliação jurídica, que assim poderá ter prejudicado a estratégia de defesa colocada no fim da audiência de julgamento perante um acervo factual estruturalmente diferente da acusação pública, ter-se-á de entender - ainda que numa interpretação não linear do art. 1.º, al. f), do Código de Processo Penal - que estamos perante uma alteração substancial dos factos da acusação."

crime continuado, por agravação dos limites máximos da respectiva sanção<sup>44</sup>

Casos mistos:

- Perda de identidade subjectiva da relação processual<sup>45</sup>
- Descoberta de mais agentes participantes (para além do arguido)

Pelo contrário, os factos não são autonomizáveis quando “estão imbrincados nos factos constantes da acusação” (Sousa Mendes<sup>46</sup>), “quando não são destacáveis, quando não são cindíveis face ao núcleo essencial” (Ivo Barroso<sup>47</sup>), “quando formam juntamente com os constantes da acusação ou da pronúncia, quando a houver, uma tal unidade de sentido que não permite a sua autonomização (Frederico Isasca<sup>48</sup>).

---

<sup>44</sup> O artigo 79.º, n.º2, do Código Penal, na redacção que lhe foi conferida pela Reforma de 2007, veio consagrar a tese, maioritária na doutrina e na jurisprudência, segundo a qual a condenação por crime continuado não faz caso julgado, devendo ser reapreciada em novo julgamento a pertença do facto novo à continuação criminosa anteriormente julgada. Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008, págs. 248-249, Jorge Baptista Gonçalves, “A Revisão do Código Penal: alterações ao sistema sancionatório relativo às pessoas singulares”, in *Revista do CEJ*, n.º 8 especial, -1º semestre de 2008, págs. 32-35 e António João Latas, “O Novo Quadro Sancionatório das Pessoas Singulares-Revisão do Código Penal de 2007”, in *Justiça XXI, A Reforma do Sistema Penal de 2007*, (coord. de Conceição Gomes e Mouraz Lopes), Coimbra Editora, 2008, págs. 133-134.

<sup>45</sup> Cfr. Ac. da Rel. de Lisboa de 24-3-1993, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XVIII, tomo1, pág. 162.

<sup>46</sup> “*O Processo Penal em Acção*”, cit., pág. 115.

<sup>47</sup> *Estudos sobre o Objecto do processo Penal*, cit., pág. 71.

<sup>48</sup> *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português*, cit., pág. 203. Utilizando expressamente esta terminologia, veja-se o Ac. da Rel de Guimarães de 31-5-2004, proc.º n.º 719/04-1, rel. Miguez Garcia, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXIV, tomo 3, pág. 292, o qual, a propósito de um crime de maus tratos, considerado na decisão recorrida como uma infracção de execução permanente, consignou que na lógica da decisão recorrida “só houve lugar a alteração na medida em que os novos factos apurados formam, juntamente com os constantes da acusação, uma unidade de sentido que não permite a sua autonomização.”

Na sugestiva formulação de Marques Ferreira, “factos não autonomizáveis são factos insusceptíveis de valoração jurídico-penal separados do objecto do processo penal em que foram descobertos.”<sup>49</sup>

Factos não autonomizáveis serão, para este efeito:

- nos crimes de trato sucessivo, as condutas ilícitas unificáveis à acusada através da mesma e única resolução criminosa, que contribuam para elevar o limite máximo das sanções aplicáveis;<sup>50</sup>
- os que se traduzem numa agravante qualificativa especial<sup>51</sup> (ex: arrombamento - furto/furto qualificado<sup>52</sup>) ou num exemplo padrão (ex: no

---

<sup>49</sup> “Da Alteração dos Factos Objecto do Processo Penal”, cit., pág. 253.

<sup>50</sup> Cfr. Ac. do STJ de 22-5-2002, *Colectânea de Jurisprudência-Acs do Supremo Tribunal de Justiça, STJ*, ano X, tomo 2, pág. 209.

<sup>51</sup> Ao nível das circunstâncias, só as agravantes modificativas especiais acarretam uma alteração substancial dos factos por só elas provocarem uma “agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis”(art.1.º, alínea f) do CPP). Diferentemente, o Ac. do STJ de 9-12-1999, proc.º n.º 99P672, rel. Guimarães Dias, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), considerou que “estando o arguido acusado pela autoria material de um crime de abuso sexual de criança previsto e punido pelo art. 172º, n.º 1 e 2, do Código Penal, e não constando da acusação que a ofendida, antes era virgem, verifica-se alteração substancial dos factos da acusação quando o tribunal dá como provado que ao manter a primeira cópula com o arguido, aquela teve *a sua primeira relação sexual de cópula completa*”

A reincidência, a única circunstância modificativa comum prevista no actual ordenamento jurídico português, apenas agrava o limite mínimo da pena abstracta correspondente ao tipo violado, mantendo-se inalterado o limite máximo (artigo 76º, n.º1 do Código Penal). Por isso, a agravação por reincidência não constitui alteração substancial. Neste sentido, veja-se Souto Moura, “Inquérito e Instrução”, cit., pág. 136, Idem, “O Objecto do Processo”, in *Apontamentos de Direito Processual Penal*, vol. II, Lisboa, AAFDL, 1992, págs. 44-45, Frederico Isasca, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português*, cit., pág. 152, nota 1, Marques Ferreira, “Da Alteração dos Factos Objecto do Processo Penal”, cit., pág. 233 e nota 12, Ivo Miguel Barroso, *Estudos sobre o Objecto do Processo Penal*, cit., pág. 162 e o Ac. do STJ de 5-12-1990, proc.º n.º 041292, rel. Pinto Bastos, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). e *Boletim do Ministério da justiça* n.º 402, pág. 333. Em sentido contrário se pronunciou o Ac. do STJ de 1-3-1990, proc.º n.º040613, rel. Mendes Pinto, assim sumariado in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt):

juízo de arguido acusado de um crime de homicídio simples apura-se uma relação de ascendência entre o arguido ou a frieza de ânimo);

- os que importarem uma alteração do título subjectivo da responsabilidade (ex: no juízo de arguido acusado de um homicídio negligente conhecem-se factos que permitem concluir pela actuação dolosa do agente<sup>53</sup>);

- os que determinam uma outra forma de cometimento do ilícito (ex: no juízo de arguido acusado de crime tentado vem a apurar-se a consumação do crime<sup>54</sup>);

---

“I- Não constando da acusação os pressupostos indicados no artigo 76º do Código Penal, não pode em juízo considerar-se o arguido reincidente. II- Procedimento contrário representaria alteração substancial dos factos descritos na acusação, que não pode ser tomado em conta pelo tribunal, dado o disposto no artigo 359º do Código de Processo Penal.”

<sup>52</sup> Cfr., v.g., o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 226/08 e o Ac. da Rel. de Guimarães de 4-11-2002, proc.º n.º 433/02-1, rel. Esteves Marques, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>53</sup> Cfr. Ac. do STJ de 13-2-1997, apud Ac. do STJ de 17-12-1997, in *Colectânea de Jurisprudência-Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano V, tomo 3, pág. 258.

<sup>54</sup> Na doutrina germânica é discutida a possibilidade de, após a audiência de juízo, o tribunal poder considerar, para efeitos de condenação, um resultado mais grave (a morte após a leitura da sentença da vítima considerada meramente ofendida) ou novos factos que impliquem uma outra qualificação jurídica (por exemplo homicídio consumado em vez de tentado). Nestes casos, um sector minoritário da doutrina, liderado por Roxin, afirma a existência de uma limitação ao efeito consuetivo do caso julgado, defendendo a existência de uma acção penal complementar (cfr. Damiano da Cunha, *O Caso Julgado Parcial*, cit., págs. 479-483).

Um século antes, embora com diferente fundamentação, Francisco Maria da Veiga afirmava que “ se depois de instaurada querela pelo crime de ferimentos, o queixoso vier a falecer da ferida, pode querelar-se de novo pelo crime de homicídio contra o mesmo réu sem que se possa considerar esta querela a segunda pelo mesmo facto”- *Caso Julgado*, Lisboa, Verbo, s/d, pág. 83, apud. Frederico Isasca, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português*, cit., págs. 200-201.

Também Eduardo Correia, na linha do sustentado por Beling e Sauer, refere que nestes casos, de “efeitos de actividades criminosas que se desenvolvem depois de findo o processo que as apreciou: v.g. a morte da vítima após a condenação do agente pelo

- ou um outro grau de participação no cometimento do crime (no julgamento de arguido acusado de cumplicidade vêm a apurar-se factos susceptíveis de fundamentar a co-autoria.<sup>55</sup>)

Nem o arrombamento, nem a relação de parentesco, nem a frieza de ânimo nem o dolo, nem a verificação de um resultado, nem a co-autoria, isoladamente considerados fundamentam qualquer crime. Estamos, por conseguinte, perante factos que por si só não podem constituir objecto de um processo penal autónomo.<sup>56</sup>

---

crime de ofensas corporais” se deve “aceitar que cessa o poder de cognição e que se torna possível o exercício de nova acção penal tendente a completar a apreciação feita no primeiro processo.” A justificação apresentada é a de que “o tribunal só pode considerar-se obrigado a conhecer dos factos passados ou presentes, não sendo legítimo deixar de aplicar-se uma pena a um resultado criminoso só porque teve lugar num processo que, qualquer que tenha sido o seu objecto, terminou antes de ele se produzir”. Nestes casos, o autor assinala que “terá sempre de atender-se à unidade jurídica material, devendo-se, por conseguinte, tomar em conta, na pena a aplicar, a condenação anterior” – *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, cit., págs.364-365.

Estas posições não parecem aceitáveis por afrontarem claramente o ne bis in idem, esvaziando o conteúdo da garantia do caso julgado (cfr. Frederico Isasca, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português* idem, págs.37-38 e Damião da Cunha, *O Caso Julgado Parcial*, cit., pág. 480).

No caso da morte da vítima ocorrer no decurso da audiência de julgamento ou anteriormente, antes ou depois da acusação, a mesma só poderá ser tomada em conta para o efeito de condenação no âmbito do mecanismo da alteração substancial dos factos.

<sup>55</sup> Cfr., v.g., o Ac. do STJ de 7-1-1999, proc.º n.º 98P1120, rel. Dias Girão, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>56</sup> Cfr. Ivo Barroso, *Estudos sobre o Objecto do Processo Penal*, cit., pág. 127.

Como o Ac. do STJ 28-1-1993 afirmou perante factos novos que alteravam o grau de participação do arguido no cometimento do crime (cumplicidade/autoria): “não é possível a cisão dos factos sob pena de os tornar irrelevantes, não se poder valorar o comportamento do arguido, o que é inaceitável, do prisma da própria valoração jurídico-penal do comportamento.”

## **6. Pontos controversos.**

Esta nova solução legislativa, cujo *puncto saliens* se focaliza agora na distinção entre factos autonomizáveis e factos não autonomizáveis, vai originar ou fazer renascer discussões infundáveis a propósito de, pelo menos, duas questões: a) o concurso ideal de crimes; b) os crimes complexos.

### **6.1. O concurso ideal**

No caso de concurso ideal de crimes, isto é, quando uma só acção preenche vários tipos de crime (concurso heterogéneo) ou várias vezes o mesmo tipo (concurso homogéneo)<sup>57</sup>, vai discutir-se se os factos novos que integram outro crime em concurso com aquele que constitui o objecto do processo, são ou não autonomizáveis, para efeitos de instauração de um novo processo.

Essa discussão irá processar-se ou num primeiro momento, no âmbito do processo originário, ou, num segundo momento, no âmbito do novo processo, mediante a arguição de litispendência ou de caso julgado.

De novo se irão digladiar as diversas teses sobre o objecto do processo.

De acordo com a concepção naturalística, segundo a qual o objecto do processo não é mais do que o acontecimento histórico, “o facto na sua existência histórica, que importa averiguar no decurso do processo, e cuja verificação é pressuposto da aplicação da pena”<sup>58</sup>, em que o juiz pode estender o seu poder cognitivo a todos os factos que formem com aquele

---

<sup>57</sup> Cfr. Figueiredo Dias, *Direito Penal*, Coimbra, policopado, 1976, págs.113-116; Idem, *Direito Penal - Parte Geral*, Tomo I, 2ªed, Coimbra Editora, 2007, págs.978 e seguintes.

<sup>58</sup> *Cavaleiro de Ferreira, Curso de Processo Penal*, reimp., Universidade Católica, Lisboa, 1981, vol. I, pág.33

uma unidade naturalística, um acontecimento unitário, todos os casos de concurso ideal pertenceriam ao objecto do processo.

Por isso estaríamos perante factos não autonomizáveis.

Nesta orientação se inseriu Cavaleiro de Ferreira, para quem “o concurso ideal e aparente não correspondem a uma pluralidade de factos mas a uma pluralidade efectiva ou aparente de qualificações jurídicas, necessariamente abrangidas pelo caso julgado.”<sup>59</sup>

Também Pinto de Albuquerque assinala que o arguido que já foi julgado por um dos crimes em concurso não pode ser julgado em segundo processo pelos outros, porque o facto histórico subjacente já foi conhecido.”<sup>60</sup>

Para estes autores, o objecto do processo já foi anteriormente conhecido, pelo que o novo crime em concurso fica abrangido pelo efeito consuntivo do caso julgado produzido.

Por isso, deve entender-se que estamos perante factos não autonomizáveis.

Também na legislação italiana, o caso de crime em concurso ideal é tratado como facto não autonomizável, equiparado para este efeito às circunstâncias modificativas agravantes.

Segundo o critério normativista, em que o objecto do processo é uma “concreta e hipotética violação jurídico-criminal acusada”<sup>61</sup>, tratando-se de diversas infracções, de pluralidade de crimes, em princípio, o crime em concurso ideal com o da acusação não estaria abrangido pelos poderes

---

<sup>59</sup> *Curso de Processo Penal*, reimp., Universidade Católica, Lisboa, 1981, vol. III, pág. 55; Idem, *Curso de Processo Penal*, Lisboa, Editora Danúbio, 1986, vol. 2º, pág. 42; Idem, “Os pressupostos processuais”, in *Obra dispersa*, I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1996, pág. 406.

<sup>60</sup> *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 943.

<sup>61</sup> Eduardo Correia, *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, cit., pág. 336

cognitivos do juiz. Consequentemente, estaríamos, em princípio, perante factos perfeitamente autonomizáveis.<sup>62</sup>

Sucedem, porém, que este é um domínio em que (a par da relação de alternatividade) Eduardo Correia admite expressamente, que por razões meramente processuais de economia e de aproveitamento do material probatório, para além do perigo de decisões contraditórias em outros processos, o poder cognitivo do juiz seja alargado a novas incriminações que se apoiem no todo ou em parte nos factos naturalísticos descritos na acusação.<sup>63</sup>

Por outras palavras, embora o concurso ideal seja de facto um verdadeiro concurso, e por isso estejamos perante uma incriminação autónoma, a mesma, devido a meros interesses processuais e de não contrariedade entre julgados não deve ser conhecida autonomamente.

Numa outra perspectiva, embora chegando a resultados idênticos, Damião da Cunha - que aponta para a formação do efeito consuntivo logo no termo do inquérito - assinala que nestes casos a denúncia pelos novos factos não pode ter viabilidade, em função do princípio *ne bis in idem*.<sup>64</sup>

Pelo contrário, Germano Marques da Silva, Figueiredo Dias e Sousa Mendes, pronunciaram-se pela autonomização.

---

<sup>62</sup> Note-se que segundo Eduardo Correia a solução do problema dos limites da unidade do objecto processual terá de socorrer-se dos critérios de distinção entre unidade e pluralidade de infracções que o direito substantivo fornece - *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, cit., pág. 336.

<sup>63</sup> *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, cit. págs. 360-362.

<sup>64</sup> Segundo assinala este autor, nestes casos de concurso ideal de crimes, “a dedução de acusação por apenas ‘parte’ dos crimes que integram a ‘unidade’, constitui um arquivamento quanto aos restantes. Como é evidente, mesmo que em audiência de julgamento, se venha a tomar conhecimento de novos crimes (que estejam integrados naquela unidade de acção), não só esses mesmos crimes não podem ser considerados para efeitos da condenação (como expressivamente afirma o CPP), como, do mesmo modo, a denúncia pelos mesmos não pode ter viabilidade, em função do princípio *ne bis in idem*” - *O Caso Julgado Parcial*, cit., págs. 471-472.

Na verdade, a propósito do caso julgado, Germano Marques da Silva refere que nos casos de concurso ideal se o arguido foi já julgado por um dos crimes em concurso isso não impede que seja novamente julgado pelos outros; os crimes são diversos.<sup>65</sup>

Para aqueles, como Figueiredo Dias, para quem o objecto do processo será antes “um recorte, um pedaço da vida, um conjunto de factos em conexão natural analisado à luz de todos os juízos jurídicos pertinentes, por outras palavras, uma questão de facto integrada por todas as possíveis questões de direito que possa suscitar”<sup>66</sup>, embora o facto naturalístico que serve de suporte às duas infracções (em concurso ideal) seja nitidamente o mesmo, a valoração social subjacente ao concreto caso trazido a tribunal é completamente outra: trata-se de um facto completamente novo e diverso.<sup>67</sup>

Sendo assim, os factos são autonomizáveis.

No mesmo sentido se pronuncia Sousa Mendes, considerando que a autonomização “não choca com a nossa concepção das garantias do processo penal porque, no sistema jurídico penal português, o concurso ideal é equiparado pelo menos ao nível das consequências jurídicas do crime, ao concurso efectivo real de infracções de tal sorte que aquele é considerada uma mera adição de infracções, embora conexas pessoalmente (na identidade do agente), psicologicamente (na unidade da motivação e da decisão criminosa) e temporalmente na contemporaneidade da prática dos factos puníveis.”<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> *Curso de Processo Penal*, vol. III, 2ªed., Verbo, 2000, pág. 45.

<sup>66</sup> Segundo a informação de Mário Tenreiro, “Considerações sobre o Objecto do Processo Penal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 47, 1987, pág. 1024.

<sup>67</sup> *Ibidem*, pág. 1027.

<sup>68</sup> “*O Processo Penal em Acção*”, cit., pág. 124, nota 34; *Idem*, “O Regime da Alteração Substancial de Factos no Processo Penal”, cit., pág.759.

Pela nossa parte, sendo o concurso ideal equiparado ao concurso real, afigura-se-nos nada obstar à autonomização.

## **6.2. Crimes Complexos**

O caso dos crimes complexos é ainda mais problemático.

Recorda-se que nos crimes complexos estamos perante tipos legais de crimes que mantêm uma filiação de especialidade com respeito a dois ou mais tipos fundamentais.

Assim, por ex., no crime de roubo, o tipo fundamental (furto) não é qualificado por uma mera circunstância, mas por um comportamento que em si mesmo constituirá, autonomamente, um crime (ofensa à integridade física/coacção)

Pergunta-se se será possível transformar o crime complexo em duas infracções separadas, permitindo, deste modo, a abertura de inquérito relativamente aos factos descobertos, sem prejuízo da continuação do processo em curso.

Ou seja, se no decurso de um julgamento por crime de furto, surgirem novos factos indiciadores de um crime de roubo, os mesmos podem dar notícia a um crime de ofensas à integridade física ou de um crime de coacção?

Também aqui a doutrina se divide.

Sousa Mendes, embora reconheça existir uma tendência para admitir a convolação num concurso efectivo de infracções dos elementos integrantes do tipo legal do crime complexo, quando parte deles constitua o objecto da alteração substancial de factos, cujo conhecimento não pode ser admitido por força do princípio da vinculação temática entende, porém, que um

crime de roubo “não deve ser pulverizado nos seus elementos típicos e estes desbaratados por processo penais independentes”, sob pena de através de “meros expedientes formalistas” se parcelar de forma engenhosa o facto punível, quando este constitui antes “uma unidade natural de acção.”<sup>69</sup>

A solução preferível para este autor seria, pois, que a decisão conhecesse apenas dos factos constantes da acusação (crime de furto), com preterição absoluta de conhecimento da alteração substancial dos factos (ofensa à integridade física ou coacção).

Também Ivo Barroso se pronunciou contra a autonomização a qual, segundo este autor, transforma um crime complexo em concurso efectivo de infracções.<sup>70</sup>

Costa Pinto considera que “se houve violência, não pode condenar-se por roubo; se o crime for decidido como crime patrimonial (...) não pode depois existir uma ponderação dessa violência em termos de lhe imputar, noutra processo, um crime de roubo, dado que a agressão ao património só pode ser valorado uma vez. A parcela do facto respeitante à agressão pessoal (v.g. ameaças ou lesão à integridade física poderá ser objecto de um novo processo, dado que a proibição da valoração não se reporta a factos mas a crimes.”<sup>71</sup>

Com dúvidas parece-nos que razão estará com este último autor.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> *O Processo Penal em Acção*, cit., págs. 121-122; Idem, “O Regime da Alteração Substancial de factos no Processo Penal”, cit., pág. 760.

<sup>70</sup> *Estudos sobre o Objecto do processo Penal*, cit., págs. 81-82.

<sup>71</sup> *Direito Processual Penal. Curso Semestral*, Lisboa, AAFDL, 1998, pág. 185, *apud* Ivo Barroso, *Estudos sobre o Objecto do Processo Penal* cit., pág. 82.

<sup>72</sup> Veja-se a propósito o seguinte sumário do Ac. STJ de 3 de Novembro de 1999, proc. 1001198-3.ª; SASTJ, n.º 35, 71: “I - Na hipótese de crime complexo, como o de roubo, fica claramente compreendido entre os limites da actividade cognitiva do tribunal o conhecimento dos crimes que aquela figura sintetiza. II - Assim, se o arguido está acusado de um crime de roubo, constituído por elementos que, isoladamente, integrariam crimes de furto e de ofensa à integridade física simples, e se é considerada

## **7. O destino dos autos e dos factos novos autonomizáveis.**

Se os novos factos forem autonomizáveis, a comunicação da alteração ao Ministério Público vale como denuncia para que ele proceda pelos novos factos (art. 359º, n.º2).

Será aberto inquérito, desencadeando-se um outro processo penal autónomo e independente daquele em que os factos novos surgiram.

Como bem assinala Frederico Isasca, “o Ministério Público mantém toda a sua independência. Isto significa que ele procederá pelos novos factos se e na medida em que tal se imponha face aos critérios de legalidade, objectividade, imparcialidade e obrigatoriedade a que está vinculado, e nada mais. Não se suscitem pois confusões, nem se queira ver, na comunicação da alteração que é feita, qualquer interferência do juiz de julgamento na autonomia do Ministério Público.”<sup>73</sup>

O processo originário prossegue a sua tramitação normal, que culminará com uma decisão de mérito, de absolvição ou de condenação.

A este nível não houve qualquer alteração de registo.

## **8. O destino dos autos e os factos novos não autonomizáveis**

No caso dos factos não autonomizáveis, a alteração é de fundo.

---

não provada a subtracção de coisas móveis, mas são considerados factos que podem integrar o referido crime de ofensas à integridade física simples, não se verifica alteração substancial dos factos nos termos e para os efeitos dos arts. 359.º e 1.º do CPP, sendo apenas necessário o cumprimento prévio do art. 358.º, n.º 1, deste diploma.”

<sup>73</sup> *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português*, cit., págs. 202-203. Diferentemente, o Ac. da Rel. do Porto de 12-07-2006, proc.º n.º 0612246, rel. Jorge França (in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)) entendeu que “tendo-se verificado a alteração substancial dos factos descritos na acusação e absolvido o arguido da instância, determinando-se a entrega de certidão ao MP, para proceder criminalmente pelos novos factos (art. 359º CPP), ocorre a nulidade de ‘falta de promoção do processo pelo MP’ (art. 119º, al. b) do CPP), se este se limitar a repetir a anterior acusação, sem nela integrar os factos novos.”

Não sendo os factos autonomizáveis, não podem ser tomados em conta pelo tribunal para o efeito de condenação no processo em curso.<sup>74</sup>

Por outro lado, não há lugar à extinção da instância.

## **9. A versão originária do CPP.**

Para compreender o exacto alcance desta última afirmação, aditada pela Lei n.º 48/2007, importa conhecer a situação pregressa.

Na sua versão originária, vigente até à Reforma de 2007, o Código de Processo Penal, não se pronunciava expressamente quanto ao procedimento a adoptar quando existiam factos novos não autonomizáveis que alteravam substancialmente a acusação.

Frederico Isasca salientava que “Se é certo que a não regulamentação destes casos (...) é um vício<sup>75</sup> que se aponta ao sistema, não é menos

---

<sup>74</sup> Segundo o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 463/2004, “É um simples postulado da estrutura acusatória do processo penal e da sua consequente vinculação temática, do contraditório e do asseguramento das garantias de defesa. Contra o respeito por um tal resultado não valem apenas por si, em tal hipótese, os argumentos do interesse público de celeridade na reparação do mal do crime e do aproveitamento da actividade desenvolvida pelos sujeitos processuais e pelo tribunal que são invocados, na outra situação para justificar a continuação do julgamento no caso de alteração não substancial dos factos. A situação ofende em tão elevado grau e intensidade aqueles princípios que o legislador, movendo-se dentro dos critérios dos n.ºs 2 e 3 do art. 18º da Constituição, não poderia optar por outra solução.”

<sup>75</sup> Curiosamente, aquilo que Frederico Isasca perspectivou como um vício pode, hoje, ser encarado como uma virtude. Assim, Nuno Brandão considera que por força da “extrema complexidade da questão do objecto do processo” e da “consciência de que a mesma está imbrincada com problemas vários da maior transcendência da doutrina geral do crime”, “entendeu-se não ser prudente cristalizar na lei adjectiva determinada solução que com o tempo poderia vir a revelar-se desadequada ou ultrapassada, tanto sob o ponto de vista processual, como substantivo. Fez-se recair sobre a doutrina e a jurisprudência o labor de, dentro do quadro legalmente definido de sob orientação dos princípios processuais atinentes a esta matéria, criar modelos de resolução dos problemas concretos com que a prática fosse confrontada. Modelos que pudessem, assim, dar resposta satisfatória à enorme diversidade dos casos da vida que confluem nesta problemática e consonantes com a dogmática penal e processual penal”- “A Nova Face da Instrução”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, n.ºs 2 e 3,

verdade que tais situações, de limite, serão sempre a exceção e remota exceção”

A prática desmentiu por completo a visão optimista daquele autor.

Com efeito, esta lacuna legislativa deu origem a diferentes soluções doutrinárias e jurisprudenciais sobre o destino a dar ao processo base.<sup>76</sup>

Como exemplo dessas posições contrastantes, podem mencionar-se as seguintes:

a) A tese da continuação do processo em curso, com preterição absoluta de conhecimento da alteração substancial dos factos: foi a orientação sustentada por Teresa Beleza, Fernanda Palma, Sousa Mendes e Gil Moreira dos Santos e perfilhada pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Novembro de 1990<sup>77</sup>, que decidiu que, encerrada a discussão da causa, tem que ser proferida sentença (nomeadamente, absolutória ou condenatória) relativamente ao objecto da acusação, mesmo que anteriormente o tribunal tenha verificado situação de alteração substancial dos factos descritos na acusação e a haja comunicado ao arguido, desde que este se tenha oposto à continuação do julgamento pelos factos novos.

---

Abril-Setembro 2008, pág. 248. Pela nossa parte temos sérias dúvidas que esta lacuna tenha sido intencional. Note-se que durante mais de vinte anos nunca a doutrina deu notícia dessa pretensa intencionalidade.

<sup>76</sup> Cfr. António Quirino Duarte Soares, “Convolações”, in *Colectânea de Jurisprudência - Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano II, 1994, tomo 3, págs.13-28, em especial pág. 26, e Ac. do Tribunal Constitucional n.º 237/2007.

<sup>77</sup> *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 401, pág. 443, e *Colectânea de Jurisprudência*, ano XV, tomo 5, pág.12.

b) A tese da suspensão da instância: foi a posição sustentada pelo acórdão do STJ de 28 de Janeiro de 1993<sup>78</sup> que decidiu que, comunicada ao arguido alteração substancial dos factos e opondo-se este à continuação do julgamento pelos factos novos, o tribunal deve proceder à comunicação desses factos ao Ministério Público para abertura de inquérito quanto a todos os factos (e não somente quanto aos factos novos), não havendo lugar a prolação de sentença quanto ao facto por que o arguido estava acusado, devendo ser declarada a suspensão (e não a extinção) da instância.<sup>79</sup>

É curioso notar que esta tese da suspensão da instância, que fora defendida por Frederico Isasca (citado naquele acórdão) mas apenas para a alteração substancial na fase da instrução e não já na fase de julgamento, foi duramente criticada por Leones Dantas (“jamais é possível retomar a audiência nos termos em que ela se encontrava quando foi suspensa”<sup>80</sup>),

---

<sup>78</sup> *BMJ* n.º 423, pág. 380 e *Colectânea de Jurisprudência - Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano I, 1993, tomo 1, pág. 178.

<sup>79</sup> O arguido fora acusado de um crime de homicídio privilegiado, cometido na pessoa do seu genro. No decurso do julgamento não se provaram quaisquer factos que integravam “a qualidade de privilégio” do crime de homicídio. Como o STJ reconheceu, os factos integravam apenas um crime de homicídio simples p. e p. pelo artigo 131º do Código Penal.

O único reparo feito ao acórdão recorrido incidiu sobre a decisão de arquivamento dos autos (após comunicação ao Ministério Público para valer como denúncia), “por não se considerar aplicável no caso dos autos o regime da extinção da instância mas antes o da suspensão da instância.”

Conforme o STJ assinalou:

«O artigo 4.º do Código de Processo Penal estabelece que, nos casos omissos, quando as disposições do Código de Processo Penal não puderem aplicar-se por analogia, se devem observar as normas de processo civil.

O tribunal pode ordenar a suspensão da instância quando entender que ocorre um motivo justificado.

Tal suspensão da instância (tendo por objecto a totalidade dos factos na reabertura do inquérito) harmoniza-se até com os princípios processuais a considerar, respeitando-se assim a descoberta da verdade, as garantias e direitos de defesa, o acusatório, a vinculação temática e, portanto, o próprio fim da justiça do caso que norteia todo o processo penal, sem criar qualquer situação de litispendência nem colocar o problema

por Souto Moura (“o processo ficaria à espera de coisa nenhuma”<sup>81</sup>) e por Robalo Cordeiro (“até pela situação de litispendência que viria a desencadear face ao processo organizado a partir da comunicação ao M.ºP.”<sup>82</sup>)

c) A impossibilidade superveniente do processo com o conseqüente arquivamento por aplicação analógica do disposto no artigo 277º, n.º 1 do CPP. Foi a tese sustentada por Leones Dantas.<sup>83</sup>

d) A solução do prosseguimento do processo com os factos constantes da acusação ou da pronúncia, complementados com a ponderação dos factos novos na medida da pena como circunstâncias agravantes, após cumprimento do disposto no artigo 358.º Foi esta a posição sustentada por Frederico Isasca<sup>84</sup> a qual, segundo alguma doutrina, ainda que pudesse ser

---

de uma eventual prescrição - como salienta Frederico Isasca, no seu livro *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português*, 1992, nas págs. 185, 186 e 205.

Não instaurará nenhum novo processo, continuando a ser o mesmo, só que regressando, por via da contestação de novos factos, à fase de investigação, havendo como que uma «reabertura de inquérito» em fase de factos que não devem deixar de ser investigados (cfr. ob. cit., págs. 183 e segs.).»

<sup>80</sup> “A definição e evolução do objecto do processo em processo penal”, cit., pág. 103.

<sup>81</sup> “Inquérito e Instrução”, cit., pág. 133; Idem “Notas sobre o objecto do processo”, in *Revista do Ministério Público* n.º 48, pág. 70; Idem, “O Objecto do Processo”, in *Apontamentos de Direito Processual Penal*, vol. II, Lisboa, AAFDL, 1992, pág.42.

<sup>82</sup> “Audiência de julgamento”, in Centro de Estudos Judiciários, *Jornadas de Direito Processual Penal - O Novo Código de Processo Penal*, cit., pág. 306.

<sup>83</sup> “A definição e evolução do objecto do processo em processo penal”, cit., especialmente pág.105. O autor considera duvidoso o recurso imediato ao processo civil por a lacuna poder ser resolvida por analogia no âmbito do CPP. Por outro lado sustenta que o conceito de instância se mostra tão intimamente associado à estrutura do processo civil e ao conceito de acção que não é facilmente transponível para o processo penal. Acaba, porém, por reconhecer que “a ser admissível o recurso ao processo civil pode dizer-se que se extinguiria a instância naquela fase processual”(pág. 106).

<sup>84</sup> *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português*, cit., págs. 207-209. Esta tese parece ter sido acolhida no despacho do juiz presidente do

aceitável quanto a circunstâncias agravantes qualificativas, não poderia nunca funcionar quando estivesse em causa a lesão de bem jurídico diverso.<sup>85</sup>

e) A tese da privação do efeito consuntivo do caso julgado sobre os factos não autonomizáveis cujo conhecimento foi impedido por falta de acordo, sustentada por António Quirino Duarte Soares.<sup>86</sup>

f) A tese da excepção dilatória inominada conducente à absolvição da instância, que determinava a remessa do processo à fase de inquérito para que mais bem investigado possa a acusação abranger, se for o caso, o facto que a audiência indiciou.

---

Tribunal Colectivo do 2º Juízo Criminal de Faro de 26 de Novembro de 2007, apud Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 226/2008, in Diário da República, 2.ª série - N.º 140 - 22 de Julho de 2008, pág. 32462 (2ª col.). Também Damião da Cunha assinala que “estando em causa um qualquer elemento agravante da moldura penal, referente a um concreto crime, na medida em que todos os elementos preponderantes para a definição do máximo de pena aplicável têm de constar da acusação, o ‘conhecimento’ superveniente de uma tal circunstância não poderá ser considerada para efeito de agravação da moldura legal – o que, em termos de princípios, não quer dizer, todavia, que não possa ser considerado elemento agravante da pena concreta (mera alteração não substancial dos factos)” – *O Caso Julgado Parcial*, cit., págs. 472-473.

<sup>85</sup> Cfr. Leones Dantas, “A definição e evolução do objecto do processo em processo penal”, cit., págs. 104-105, Teresa Beleza, “O objecto do processo penal: o conceito e o regime de alteração substancial dos factos no Código de Processo Penal de 1987”, cit., pág. 103.

<sup>86</sup> Segundo este autor não existia qualquer obstáculo a que “por exemplo, o parricida que, acusado da prática de homicídio simples, recusou a ‘alteração de factos’ que lhe foi proposta, seja julgado e condenado pela prática do crime de que vinha acusado, e venha, mais tarde, a ser julgado como autor do parricídio, desde que o tema deste segundo julgamento se remeta à questão da especial censurabilidade, decorrente da relação de filiação, e à eventual fixação de uma nova pena, em medida não inferior à fixada no primeiro julgamento”- “Convolações”, in *Colectânea de Jurisprudência - Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano II, 1994, tomo 3, págs. 13-28, em especial pág. 26.

Assim, o acórdão do STJ de 17 de Dezembro de 1997<sup>87</sup> decidiu que, no caso de oposição, pelo arguido, ao prosseguimento pelo julgamento depois de indiciada alteração substancial dos factos da acusação, nos termos do n.º 1 do artigo 359.º do CPP, deve o tribunal determinar a extracção de certidão de todo o processado para remessa ao Ministério Público e ordenar o arquivamento do processo em curso, por se tratar de "situação inequivocamente configuradora de excepção dilatória inominada", sendo "óbvio que a posição, legitimamente assumida pelo arguido, de não aceitar a continuação do julgamento pelos novos factos, impossibilitaria - como impossibilita - o julgamento imediato não só no que concerne aos factos novos como também quanto aos da actual acusação, por estes serem elementos essenciais comuns a ambos os tipos de crimes, que se apresentam deste modo numa relação de interferência."

No citado acórdão, o STJ acrescentou que com esta solução "em nada saem beliscados os direitos do arguido constitucionalmente garantidos", pois ela "não corresponde a recusa de decisão, mas tão-só a protelamento da decisão final (sobre a factualidade que vier a ser definitivamente apurada e que poderá eventualmente coincidir com os factos da actual acusação); e este protelamento tem em vista, como é de todo evidente, tão-só a real eficácia das garantias de defesa do arguido, possibilitando-lhe exercer cabalmente os seus direitos de defesa."

Esta tese generalizou-se na jurisprudência portuguesa, tornando-se claramente maioritária.

---

<sup>87</sup> *Colectânea de Jurisprudência - Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano V, 1997, tomo 3, pág. 257.

## 10. A reforma de 2007: o novo regime e a sua justificação.

Como refere Sousa Mendes, a Unidade de Missão para Reforma Penal assumiu a necessidade de a lei dar resposta expressa ao problema da alteração substancial de factos não autonomizáveis, quer na fase da instrução, quer na fase de julgamento.

Segundo informa aquele autor, no Conselho daquela Unidade de Missão “vingou a doutrina da continuação do processo em curso, com preterição absoluta de conhecimento da alteração substancial de factos.”<sup>88</sup>

Face ao novo regime legal saído da Reforma de 2007, os novos factos não podem ser tomados em conta para o efeito da condenação, nem a alteração implica a extinção da instância.

Quer isto dizer que o processo prosseguirá os seus termos com os factos anteriores, ignorando o tribunal os factos novos<sup>89</sup> e terminará necessariamente por uma sentença de mérito.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> “O Regime da Alteração Substancial de Factos no Processo Penal”, cit., pág. 765.

<sup>89</sup> Existe hoje total paralelismo entre a solução encontrada para o julgamento e a que vigora para a instrução (cfr. artigo 303º). A respeito da solução prevista no n.º3 do artigo 303º do projecto, reproduzida no n.º3 do artigo 303º do CPP, na redacção que lhe foi conferida pela Lei n.º 48/2007, Germano Marques da Silva salienta que “se a alteração não for autonomizável implica então a anulação da acusação e a remessa do processo para a fase do inquérito para ser completado. É isso que quer significar a expressão da parte final do n.º 3 do artigo 303º do projecto.”-“Um Olhar sobre o Projecto e o Acordo Político para a Revisão do Código de Processo Penal”, in *Julgar*, n.º1, pág. 148. Também Maia Gonçalves, em anotação ao artigo 303º, sublinha que no caso de os novos factos não serem autonomizáveis afigura-se solução mais acertada a de não proferir decisão instrutória no sentido de se abrir inquérito quanto aos factos novos, a apreciar em oportuna, globalmente e em conjunto com os antigos – *Código de Processo Penal*, cit., pág. 651.

Salvo o devido respeito, afigura-se-nos, pelo contrário, que o significado daquela expressão (“nem implica a extinção da instância”) no contexto da instrução é o de que o juiz de instrução deverá proferir despacho de pronúncia ou de não pronúncia, ignorando os novos factos (não autonomizáveis). A referência à circunstância de a alteração não implicar a extinção da instância tem por objectivo impedir que o JIC se abstenha de proferir despacho (de pronúncia ou de não pronúncia), remetendo os autos para a fase de inquérito. Assim, também, Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., págs. 760-763, Nuno Brandão, “A Nova Face da Instrução”, cit.,

A lei parece agora rejeitar, de forma expressa, a solução da extinção da instância, incluindo a absolvição da instância, bem como as soluções da suspensão da instância e da impossibilidade superveniente.

Neste sentido se pronunciou o Prof. Pinto de Albuquerque no seu Comentário do Código de Processo Penal<sup>91</sup> e a pouca jurisprudência já disponível, do STJ<sup>92</sup> e da Relação de Lisboa<sup>93</sup>, louvando-se naquela obra.

---

págs. 245 e seguintes e já antes, perante a proposta de Lei n.º 109/X, Sousa Mendes, “O Regime da Alteração Substancial de Factos no Processo Penal”, cit., págs.765-767.

<sup>90</sup> Quando os factos novos representam um *plus*, em princípio será possível a condenação pelo crime por que o arguido se encontrava acusado ou pronunciado (crime simples em vez de qualificado, crime negligente em vez de doloso, crime tentado em vez de consumado). Pelo contrário, quando os factos novos se traduzirem numa alteração substitutiva daqueles que constituíam o objecto originário do processo, o resultado será, invariavelmente, uma absolvição.

<sup>91</sup> Cit., págs 897-900. No mesmo sentido, veja-se, também, Nuno Brandão, “A Nova Face da Instrução”, cit., pág. 248, e Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Código de Processo Penal Comentários e Notas*, Coimbra Editora, 2009, págs. 912-913.

<sup>92</sup> Ac do STJ de 5-3-2008, proc.º n.º 3259/07, rel. Armindo Monteiro, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt): “VII - O n.º1 do art. 359.º do CPP foi alterado pela Lei 48/2007, de 29-08, dele constando a proibição de consideração a alteração substancial dos factos para efeito de condenação e que ela ‘nem implica a extinção da instância’; e, quanto ao n.º 2, onde se prescreve que a comunicação da alteração só vale como denúncia para procedimento por novos factos, aditou-se ‘se estes forem autonomizáveis em relação ao objecto do processo’, no sentido de implicarem uma ‘variação dos que constituem o objecto daquele processo em concreto’ (cfr. Teresa Beleza, 1999, pág. 88), ou seja, de se incluírem no facto histórico unitário, no entendimento de Gil Moreira dos Santos, citado por Paulo Pinto de Albuquerque (in Comentário do Código de Processo Penal, pág. 896) IX - A lei nova rejeita a solução de absolvição da instância, recusa a figura da excepção inominada, da impossibilidade superveniente do processo e seu arquivamento, da suspensão da instância, sendo incompatível, no pensamento deste autor, com a solução ‘da privação do efeito consuntivo do caso julgado sobre os factos não autonomizáveis cujo conhecimento foi impedido por falta de acordo’- ob. cit., págs. 899 e 901. A lei nova ordena, pois, o prosseguimento dos autos com os factos anteriores, ignorando os factos novos se eles não forem autonomizáveis dos da acusação ou da pronúncia.”

<sup>93</sup> Ac. da Rel. de Lisboa de 6-1-2009, proc.º n.º 9732/2008, rel. Vieira Lamim: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt): “I - Em caso de alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, opondo-se o arguido à continuação do julgamento por novos factos e não sendo estes autonomizáveis, não há qualquer procedimento, pois o legislador optou de forma clara pelo afastamento de suspensão ou extinção da instância; II- Traduzindo-se

Vejamos quais as justificações que têm sido ensaiadas para o novo regime. Na exposição de motivos da proposta de Lei n.º 109/X, baseada no anteprojecto de revisão apresentado pela Unidade de Missão, depois de se aludir à distinção entre factos autonomizáveis e factos não autonomizáveis nos termos que ficaram descritos, refere-se: “Trata-se de uma decorrência dos princípios non bis in idem e do acusatório, que impõem, no caso de factos novos não autonomizáveis, a continuação do processo sem alteração do respectivo objecto.”<sup>94</sup>

Sousa Mendes, perante o texto daquela proposta de Lei n.º 109/X é peremptório em considerar que a solução genericamente escolhida é, de facto, a única que respeita a estrutura acusatória do novo processo penal, que é preciso manter e até aprofundar.”<sup>95</sup>

Maia Gonçalves, em anotação ao artigo 359.º, a propósito do novo regime dos factos não autonomizáveis refere que o processo continua sem alteração do respectivo objecto, “como decorrência do princípio non bis in idem e do acusatório.”<sup>96</sup>

Estas afirmações carecem, claramente, de demonstração até porque o Tribunal Constitucional, no seu Ac. n.º 237/2007, considerou a anterior tese da absolvição da instância como compatível com as exigências

---

os novos factos numa reacção intempestiva contra uma conduta defensiva de uma das vítimas, numa altura em que o roubo já está consumado, não integrando esses factos a violência necessária ao preenchimento dos elementos típicos daquele crime, deve entender-se que são autonomizáveis em relação aos dos autos, razão por que se justifica a comunicação da alteração ao Ministério Público, para efeitos do n.º 2, do art. 359º, do CPP, já que, uma vez provados, poderão conduzir a uma situação de concurso real entre o crime objecto dos autos e o integrado pelos factos da alteração.”

<sup>94</sup> No mesmo sentido, *ipsis verbis*, Rui Pereira, “Entre o Garantismo e o Securitarismo. A Revisão de 2007 do Código de Processo Penal”, cit., pág. 263.

<sup>95</sup> “O Regime da Alteração Substancial de Factos no Processo Penal”, cit., pág. 768.

<sup>96</sup> *Código de Processo Penal*, cit., pág. 756.

constitucionais decorrentes do princípio do acusatório, do direito a um processo equitativo e da proibição do princípio ne bis in idem.<sup>97</sup>

E, tendo já sido chamado a pronunciar-se pela constitucionalidade do novo regime, que afirmou, o mesmo Tribunal Constitucional<sup>98</sup> não deixou de salientar que “o inexorável sacrifício parcial do conhecimento da verdade material que (...) decorre [da nova solução legislativa] é consequência comportável - *embora não necessária ou inevitável*- da ‘orientação para a defesa’ do processo penal e da posição diferenciada dos sujeitos processuais, designadamente a que decorre da estrutura acusatória do processo”<sup>99</sup> e que a nova opção legislativa não era a única compatível com a Constituição.

Compreende-se, assim, que a justificação para o novo regime legal tenha sido procurada a outro nível.

Como salientou Pinto de Albuquerque “O tribunal deve prosseguir o julgamento sem poder valorar os factos novos intimamente relacionados com o da acusação e da pronúncia, sendo esta omissão de conhecimento imputável ao acusador que não diligenciou por uma instrução cabal dos factos imputados. Esta solução promove a realização de uma instrução completa e penaliza quem efectivamente deve arcar com a responsabilidade pela insuficiência da instrução do processo.”<sup>100</sup>

---

<sup>97</sup> Pinto de Albuquerque apercebeu-se claramente do melindre da questão. Por isso, na 2ª edição do seu Comentário, assinala que “o legislador que já conhecia esta solução do TC, preferiu solução diversa, mais compatível com a natureza acusatória do processo penal Português (*Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2ª ed., 2009, pág. 914).

<sup>98</sup> Ac. do Tribunal Constitucional n.º 226/2008, in Diário da República, 2.ª série - N.º 140 - 22 de Julho de 2008.

<sup>99</sup> Itálico nosso.

<sup>100</sup> *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 839.

Retoma-se, assim, a antiga argumentação de que o Ministério Público deverá pagar o preço da sua inépcia durante o inquérito, por não ter conseguido ver o que o juiz (o JIC ou o juiz de julgamento) viu (na instrução ou na audiência de julgamento).

Esquece-se, porém, que os factos novos que surgem no julgamento (ou na instrução) podem não revelar incúria ou incompetência do Ministério Público ou dos órgãos de polícia criminal<sup>101</sup>, os quais, de resto, se confrontam tradicionalmente com uma crónica falta de recursos técnicos e humanos.<sup>102</sup>

Já em 1948, Eduardo Correia afirmava: “É sabido, na verdade, que a acusação e a pronúncia, ainda quando preparadas com grande cuidado, nem sempre podem descrever os factos tão precisamente como eles resultam da discussão em julgamento, ou como efectivamente se passaram.”<sup>103</sup>

O próprio Tribunal Constitucional foi obrigado a reconhecer que:

“A circunstância de os factos novos não autonomizáveis surgirem para o processo apenas na fase de julgamento tanto poderá resultar de opção ou de incúria do titular da acção penal ou dos órgãos de polícia criminal, como de vicissitudes da investigação que estes não tenham podido dominar (confissão do arguido, novas declarações de testemunhas ou do ofendido, meios de prova até então desconhecidos, etc.)”<sup>104</sup>

---

<sup>101</sup> Neste sentido, veja-se Souto Moura, “Inquérito e Instrução”, cit., pág. 132 e Germano Marques da Silva, *Do Processo Penal Preliminar*, cit., pág. 37, nota 1.

<sup>102</sup> Acentuando esta carência de meios veja-se Ivo Barroso, *Estudos sobre o Objecto do Processo Penal*, cit., pág. 222.

<sup>103</sup> *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, cit., pág. 307.

<sup>104</sup> Ac. n.º 226/2008.

## 11. Conclusão

É tempo de concluir.

Face à lei processual penal vigente até à reforma de 2007, perante factos não autonomizáveis, e não obstante a lacuna legislativa que então se verificava, as opções estavam claramente balizadas:

- ou se assumia que o arguido não podia sofrer as consequências de uma deficiente investigação criminal e ordenava-se o prosseguimento do processo sem valorar tais factos novos;
- ou se privilegiavam as razões decorrentes de um completo exercício do *jus puniendi* de que o Estado não devia abdicar, e para se possibilitar o julgamento conjunto destes factos, se absolvía da instância no primeiro processo, iniciando-se um novo inquérito.<sup>105</sup>

Uma terceira solução, não consentida pela lei então em vigor e que por influência da legislação italiana chegou a ser proposta por Marques Ferreira, *de jure condendo*, tendo obtido consagração legal no Código Penal da Guiné-Bissau de 1993 (artigo 249º), previa um despacho reconfirmador da acusação ou da pronúncia, por iniciativa do Ministério Público, precedida de uma investigação sumária dos factos novos sempre que estivessem em causa situações não passíveis de serem conhecidas autonomamente.

Face à lei anterior à reforma de 2007, apesar de algumas hesitações iniciais, a opção de uma parte significativa da doutrina e da jurisprudência maioritária foi, claramente, no sentido da absolvição da instância.

Esta opção revelou-se perfeitamente adequada à harmonização dos valores conflitantes em presença e, como vimos, foi mesmo considerada pelo

---

<sup>105</sup> Marques Ferreira, “Da Alteração dos Factos Objecto do Processo Penal”, cit., pág.236.

Tribunal Constitucional (Ac. n.º 237/2007), como compatível com as exigências constitucionais decorrentes do princípio do acusatório, do direito a um processo equitativo e da proibição do princípio ne bis in idem.<sup>106</sup>

Foi com base nesta interpretação, perfeitamente consolidada, compreendida e aceite por todos os operadores judiciários, que os Códigos de Processo Penal de Cabo Verde (artigo 396º) e de Timor-Leste (artigo 275º), ambos de 2005<sup>107</sup>, foram elaborados, perfilhando soluções idênticas ao regime português, também na perspectiva de as respectivas comunidades jurídicas poderem, deste modo, aceder e beneficiar da doutrina e jurisprudência portuguesas.

Num golpe de mágica, sem que nada o justificasse, a reforma de 2007 mudou o paradigma: ordena-se o prosseguimento do processo sem valorar os factos novos.

Esta solução não tem paralelo nos ordenamentos jurídicos (alemão e italiano) que mais influenciaram o Código de 1988.

Adivinham-se novas polémicas sobre o que sejam factos autonomizáveis ou não autonomizáveis e sobre o destino a dar aos autos.

Vão de algum modo renascer as querelas doutrinárias infundáveis sobre o objecto do processo.

Os ganhos obtidos em nome do acusatório, da celeridade e das garantias de defesa são muito inferiores aos prejuízos para a prossecução da verdade

---

<sup>106</sup> Também Leones Dantas considerava que a solução anterior “respeitava as garantias de defesa do arguido e nomeadamente o princípio ne bis in idem que não é afastado porque o julgamento não foi levado até ao fim e não esgotou a sua função processual”- “A definição e evolução do objecto do processo no processo penal”, cit., págs. 106-107

<sup>107</sup> Já assim, também, o artigo 340º do Código de Processo Penal de Macau de 1996.

material<sup>108</sup>, para a justiça do caso concreto, para a função preventiva do direito penal, e vão, por certo, gerar as maiores incompreensões.

O Tribunal Constitucional já concluiu pela não inconstitucionalidade da norma do artigo 359.º do Código de Processo Penal, na redacção resultante da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, interpretada no sentido de que, perante uma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, resultante de factos novos que não sejam autonomizáveis em relação ao objecto do processo - opondo-se o arguido à continuação do julgamento pelos novos factos - , o tribunal não pode proferir decisão de extinção da instância em curso e determinar a comunicação ao Ministério Público para que este proceda pela totalidade dos factos, por considerar que ao privilegiar as máximas da identidade, da consunção e da celeridade, sobrelevando a segurança e a paz jurídica do arguido relativamente à busca da verdade material, o legislador moveu-se “no espaço de discricionariedade legislativa constitucionalmente consentido.”<sup>109</sup>

É, porém, previsível que alguns tribunais, confrontados com a obrigação legal de ignorar factos, de prosseguir o julgamento com base numa acusação que não corresponde à realidade, e de impor penas injustas, se vejam tentados a recuperar a tese da suspensão da instância, ensaiada por Frederico Isasca para a instrução, cujo conceito se não se confunde com o de extinção da instância, ou a enveredar pela tese do arquivamento por

---

<sup>108</sup> Sousa Mendes reconhece que nesta solução acaba “de falhar, portanto a concordância prática do interesse do arguido na sua defesa pertinente e eficaz com o interesse público no esclarecimento da verdade sem subterfúgios. Prevalece, ao invés, um único interesse: o referido interesse do arguido.” Empenhado na defesa do novo regime, o autor logo se apresta a frisar que “não se trata aqui de *arruinar* o interesse público na punição do criminoso, quando for caso disso, mas trata-se apenas de *escamotear* alguns concretos factores de avaliação da *quantidade da pena*” – “O Regime da Alteração Substancial de Factos no Processo Penal”, cit., págs. 763-764.

<sup>109</sup> Ac. n.º 226/2008.

aplicação analógica do disposto no artigo 277º, n.º1, avançada por Leones Dantas. Não está, também, excluída a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade.<sup>110</sup>

A montante, o Ministério Público pode, também, ver-se tentado a acusar sempre pelo mais, mesmo que sejam inconsistentes ou frágeis os indícios dos factos não autonomizáveis (circunstâncias qualificativas, dolo, co-autoria, etc), assim procurando evitar uma eventual aplicação do mecanismo processual da alteração substancial<sup>111</sup> e, em caso de falta de acordo por parte do arguido, uma possível responsabilidade funcional.

---

<sup>110</sup> Também Nuno Brandão, depois de acentuar impressivamente que “o novo regime transforma a decisão judicial numa farsa, o que não deixará de violentar o próprio juiz e de descredibilizar o exercício da acção judicial”, prevê que em casos mais chocantes seja “mais do que certo o aparecimento de engenhosas interpretações jurisprudenciais que desfigurarão o sentido da nova lei para salvar a justiça material da decisão do caso concreto ou então, quando nem isso for possível, declararão justamente a sua inconstitucionalidade” – “A Nova Face da Instrução”, cit., pág. 251.

O citado Ac. n.º 226/08 do Tribunal Constitucional, muito condicionado pela delimitação do objecto do recurso que efectuou, e que se resumiu a saber se o artigo 359º do CPP assegurava suficientemente a protecção necessária de bens jurídicos constitucionalmente tutelados – estava em causa uma acusação por furto simples que, em audiência de julgamento, poderia ser reconduzida a uma situação de furto qualificado – está longe de ter esgotado o tema da constitucionalidade do novo regime se encarada, nomeadamente, à luz do princípio da legalidade e da proibição do *ne bis in idem*.

Quanto ao princípio da legalidade, atente-se no seguinte excerto da autoria de Souto Moura: “Se o juiz não pudesse conhecer os factos novos e ninguém mais os pudesse vir a ter em conta, chegaríamos à conclusão de que o mecanismo processual encontrado pelo artigo 303º do NCPP, estaria muito aquém duma justiça penal, dominada no aspecto substantivo também, pelo princípio da legalidade” (“Inquérito e Instrução”, cit. pág. 132).

Relativamente à proibição do *ne bis in idem*, relembra-se a lição de Germano Marques da Silva: “A absolvição com fundamento em que o crime cometido pelo arguido era diverso do acusado seria de todo inaceitável pelas consequências a que o caso julgado conduziria para quem entende que o non bis in idem respeita a factos materiais e não ao crime acusado” (*Do Processo Penal Preliminar*, cit., pág. 370, nota 2).

Também na sua declaração de voto, a Cons.<sup>a</sup> Maria Lúcia Amaral manifesta dúvidas sobre o cumprimento do mandado constitucional do *ne bis in idem*.

<sup>111</sup> À semelhança do que parece ter acontecido com as circunstâncias atenuantes qualificativas (cfr. Leones Dantas, “A definição e evolução do objecto do processo no

Enfim, o legislador não parece ter seguido a velha máxima do Padre António Vieira: *“as leis não são boas porque se mandam, senão porque bem se guardam.”*

Mais de quatro séculos depois - e com isto termino – em 27-1-2009, na abertura do ano judicial, Sua Ex<sup>a</sup> o Presidente da República, depois de salientar que o direito existe para ultrapassar tensões e não para as aumentar, não podendo converter-se ele próprio numa fonte de conflitos, teve oportunidade de advertir que:

*“A perfeição da lei não depende apenas do seu apuro técnico, nem legislar é um exercício académico. A qualidade das leis decorre, em boa medida, do modo como as normas se adequam à sociedade em que vivemos.”*

Oxalá estas sábias palavras do Chefe de Estado possam iluminar as próximas reformas ou revisões do nosso tão maltratado Código de Processo Penal.

Guimarães, 28 de Junho de 2009

---

processo penal”, cit., pág. 98, nota 16), depois de se ter entendido (cfr. Ac. do STJ de 28-1-1993, *Colectânea de Jurisprudência-Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano I, tomo 1, pág. 178) que a ausência de prova daquelas circunstâncias integra uma alteração substancial dos factos.