

ALTERAÇÃO DE FACTOS E VINCULAÇÃO TEMÁTICA EM PROCESSO PENAL

Teresa Pizarro Beleza* / Frederico de Lacerda da Costa Pinto**/***

SUMÁRIO: Introdução; I. Os valores da estrutura acusatória e os princípios fundamentais do regime do objecto do processo; II. A vinculação temática num modelo tendencialmente rígido de variação do objecto do processo; III. A alteração de factos com relevo para a decisão da causa.

Introdução

O regime da alteração de factos em processo penal tem sido um dos temas com maior relevância teórica e prática durante os trinta anos de vigência do Código de Processo Penal (CPP). As soluções legais acolhidas em 1987 foram parcialmente mantidas (com alterações importantes em 2007), mas também evoluíram de forma significativa, resolvendo a lei alguns problemas e deixando outros às tendências doutrinárias e jurisprudenciais.

A questão essencial que é objecto deste estudo traduz-se em saber quando é que existe uma «alteração de factos» que motiva a aplicação subsequente dos filtros previstos no regime legal. Aspecto em si decisivo, já que a existência de uma alteração de factos é um pressuposto essencial da sua posterior qualificação como substancial ou não substancial. Com estes contornos o problema existe entre nós desde o início da vigência do Código de Processo Penal de 1987 e não foi resolvido nas várias reformas legislativas realizadas.

Com a publicação deste estudo, prestamos uma singela mas sentida homenagem ao nosso querido Colega e Amigo Augusto Silva Dias. Um académico dedicado e exemplar, um professor empenhado e atento aos estudantes, um estudioso sério, profundo e consequente e, acima de tudo, um companheiro muito amigo, sempre presente na academia e na vida. A vida que apreciava e partilhava com muitas pessoas e em tantas e tão diferentes situações. Uma amizade com mais de trinta anos não cabe neste pequeno trabalho. A enorme saudade que ficou também não, Augusto.

* Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Coordenadora da *Criminalia* (Grupo de investigação do CEDIS, Nova Direito).

** Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e Assessor do Conselho de Administração da CMVM. Membro da *Criminalia* (Grupo de investigação do CEDIS, Nova Direito) O presente texto contém opiniões pessoais que não podem ser atribuídas às instituições referidas.

*** Por opção dos Autores, não se utiliza o Novo Acordo Ortográfico.

I. Os valores da estrutura acusatória e os princípios fundamentais do regime do objecto do processo

O decurso de um processo penal pressupõe a identificação dos *factos* que, tendo relevância criminal, podem ser imputados ao arguido através do processo. Essa selecção dos factos é uma exigência, desde logo, das normas penais substantivas que serão aplicadas, já que elas próprias descrevem factos e circunstâncias de factos que, uma vez imputados ao arguido no processo, podem gerar responsabilidade criminal. Sem factos a subsumir à previsão típica, não podem ser aplicadas as normas penais substantivas em nenhuma fase do processo. Sem factos, não está realizado o tipo, sem factos não existe processo. A identificação dos factos relevantes é, assim e pelo menos, usando a terminologia de Schild¹, «um ponto exterior de referência» para a selecção e aplicação do Direito: um pressuposto essencial da realização típica e, simultaneamente, fundamento material e processual para o desenvolvimento do processo.

1. O debate sobre a responsabilidade do agente será efectuado sobre *factos* que no processo lhe são indiciariamente imputados pelo Ministério Público (artigo 283.º do CPP) e/ou pelo assistente, caso o mesmo esteja constituído e tenha requerido abertura de instrução (artigo 287.º, n.º 1 alínea b) do CPP) ou deduzido acusação particular (artigos 284.º ou 285.º do CPP).

Toda a problemática que envolve o tema do objecto do processo assenta na necessidade de estes factos não estarem em constante mutação ao longo do processo, mas ficarem «cristalizados» a partir de certo momento (em regra, o momento da acusação). Por outro lado, essa cristalização dos factos imputados ao arguido implica igualmente que não devem existir variações sensíveis (ou intoleráveis, à luz de certos valores e fins) desses factos durante o subsequente processo, em especial variações que possam descaracterizar o complexo de factos (e, consequentemente, o enquadramento jurídico dos mesmos) anteriormente imputados ao arguido na acusação.

Esta pretensão de *estabilidade factual* corresponde igualmente a uma pretensão de manutenção da *identidade do objecto do processo* (ou seja, a preservação da identidade do conjunto de factos – os elementos do acontecimento histórico - que no processo serão imputados ao arguido). Uma identidade fáctico-jurídica, decisiva para a delimitação da verdade material e a afirmação do direito de defesa, mas que não é, de modo algum, absoluta: na verdade, essas exigências de estabilidade e identidade do objecto do processo (entenda-se, dos factos criminalmente relevantes que serão imputados ao arguido no processo) variam de acordo com as fases processuais. Em breve síntese, elas não se verificam no inquérito e, inversamente, atingem a sua máxima intensidade nas fases de julgamento e de recurso.

Estas exigências são expressivamente descritas por Castanheira Neves nos seguintes termos: «... o problema que aqui se põe não é outro que o de saber em que termos – de que modo ou mediante que critérios – se pode dizer assegurada a identidade

¹ W. SCHILD, *Die «Merkmale» der Straftat und ihres Begriffs*, Ebelsbach: Verlag Rolf Gremer, 1979, p. 88.

entre o acusado, o conhecido e o decidido»². Nestes três momentos (acusação, julgamento e decisão) deve assim existir uma estabilidade mínima da realidade factual levada para o processo, os factos apreciados em julgamento e conhecidos na decisão final sobre a responsabilidade do arguido.

Por que razão esta exigência de estabilidade e de identidade do objecto do processo é assim tão premente? A resposta a esta interrogação passa pela identificação dos valores subjacentes aos princípios fundamentais que estão em causa quando se enuncia o tema e pelo conhecimento dos contornos jurídico-legais do problema na nossa legislação.

2. Num plano mais imediato, deve invocar-se, por um lado, o *princípio da identidade* do complexo de factos que integram o objecto do processo, de acordo com o qual as oscilações da matéria de facto durante o processo não podem em regra afectar a identidade (fático-normativa) do objecto do processo definido na acusação³; por outro lado, o *princípio da estabilidade*, ou seja, a preservação do círculo de factos ao longo do processo sem oscilação significativas ou intoleráveis. Finalmente, ainda, o princípio da *indivisibilidade do objecto* do processo, através do qual se veda a segmentação da sequência de factos que, em função da sua conexão interna e da sua unidade jurídica, devem ser tratados conjuntamente e não ser objecto de fragmentações processuais discricionárias⁴. Daqui resulta, por seu turno, um *princípio de consumpção* dos poderes de cognição do Tribunal que se esgotam não só no efectivamente conhecido, como também naquilo que, estando em sequência normativa unitária com o acusado e o que foi conhecido, deveria ter sido efectivamente apreciado pelo Tribunal, ficando desse modo preterida a possibilidade do seu conhecimento autónomo em momento posterior⁵.

Neste exacto sentido, o problema da delimitação do objecto do processo não é apenas o da identificação do complexo natural de factos efectivamente descritos na acusação e realmente conhecidos pelo Tribunal, mas sim o problema da *delimitação factico-normativa* dessa realidade, que tanto abrange os factos reais (o facto histórico, identificado no mundo da vida), como os factos hipotéticos em unidade sequencial com aqueles (caso dos fragmentos de acções não descritas numa acusação que impute ao arguido a prática de um crime continuado). Por isso mesmo, para Eduardo Correia os factos não eram relevantes por si só, mas sim num determinado horizonte

² A. CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de Processo Criminal*, Dactilografados por João Abrantes, Coimbra, 1968, p. 208.

³ A. CASTANHEIRA NEVES, *Sumários* (cit. nt. 2), 1968, p. 211 e ss. Anteriormente, já EDUARDO CORREIA, *Caso julgado e poderes de cognição do juiz*, Coimbra: Livraria Atlântida, 1948, p. 29 e ss. Depois, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Primeiro Volume, reimpressão da 1.ª edição de 1974, Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 144 e ss.

⁴ EDUARDO CORREIA, *Caso julgado* (cit. nt. 3), 1948, p. 34 e ss. A. CASTANHEIRA NEVES, *Sumários* (cit. nt. 2), 1968, p. 214; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal* (cit. nt. 3), 1984, p. 145; PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 144.

⁵ EDUARDO CORREIA, *Caso julgado* (cit. nt. 3), 1948, p. 34 e ss, e p. 76 e ss. Depois, A. CASTANHEIRA NEVES, *Sumários* (cit. nt. 2), 1968, p. 218, e JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal* (cit. nt. 3), 1984, p. 145.

normativo⁶. E, também em parte por isso, compreende-se que Germano Marques da Silva delimite o objecto do processo com uma dupla referência: os factos alegados na acusação e a pretensão jurídica igualmente formulada na acusação⁷. A relevância jurídica destas duas dimensões não é, contudo, a mesma no sistema adoptado pelo legislador nacional, pois a alteração da qualificação jurídica encontra-se apenas condicionada pela possibilidade de contraditório oferecida à defesa.

Vejamos o significado destes problemas à luz dos valores fundamentais do sistema penal português.

3. O problema da estabilidade, identidade, indivisibilidade e consunção do objecto do processo torna-se particularmente delicado nos modelos de processo penal de matriz acusatória, ao ponto de Castanheira Neves afirmar que se trata de um problema específico deste modelo de processo penal⁸. O que se afigura correcto no plano dos valores que estruturam o modelo acusatório e na importância que neste modelo de processo assume o princípio da acusação.

Existe, contudo, uma dimensão do problema que é independente da estrutura acusatória do processo penal, na sua vertente orgânica e funcional (ou seja, um aspecto distinto da separação entre acusação e julgamento): a flutuação do objecto do processo pode colidir severamente com o direito de defesa do arguido e, de forma mais genérica, com o princípio do contraditório e com o princípio da confiança; além de, em situação extrema, poder lesar de igual modo a lealdade entre os sujeitos processuais. Na verdade, a possibilidade de sucessiva variação processual dos factos pode inutilizar a defesa exercida ou ser uma forma de tentar corrigir inadmissivelmente erros da acusação, gerando, em qualquer caso, uma instabilidade processual incompatível com a lisura ética e jurídica do processo penal no Estado de Direito⁹.

É evidente que uma hipótese desta natureza é especialmente sensível num processo de matriz acusatória, onde todas estas componentes devem ser garantidas para que o sistema não fique descaracterizado. Mas, se é certo que o problema em causa ganha uma especial e essencial atenção nos processos de matriz acusatória, deve igualmente ser sublinhado que a questão adquire outras dimensões e contornos num processo penal que acolha uma matriz essencialmente acusatória, mas integrada por um princípio complementar de investigação (cfr. artigos 294.º, 299.º, 301.º e, em especial, artigo 340.º, 1 e 2 do CPP)¹⁰. Se ao Tribunal (de instrução ou de julgamento) se reconhece

⁶ EDUARDO CORREIA, *Caso julgado* (cit. nt. 3), 1948, designadamente, p. 76 e ss.

⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal*, Vol. I, 2ª edição, Lisboa: UCE, 2017, p. 368.

⁸ A. CASTANHEIRA NEVES, *Sumários* (cit. nt. 2), 1968, p. 208. No mesmo sentido, PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições* (cit. nt. 4), 2013, p. 143.

⁹ Fundamental, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal* (cit. nt. 3), 1984, p. 144-145.

¹⁰ Sobre esta caracterização, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, fascículos com as lições coligadas por Maria João Antunes, Coimbra: FDUC, Secção de Textos, 1988-89, p. 46 e ss, e «Sobre a revisão de 2007 do Código de Processo Penal?», *RPCC* 18 (2008), p. 368. Depois, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Direito Processual Penal*, fascículos policopiados, Lisboa: AAFDL, 1998, p. 32-39; PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições* (cit. nt. 4), 2013, p. 31 e ss; MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, 3.ª edição, Coimbra: Almedina, 2021, p. 24 e ss.

um estatuto activo na busca da verdade material, o que é reforçado pela centralidade da audiência de julgamento¹¹, então o problema da identidade, estabilidade e indivisibilidade do objecto do processo projecta-se não apenas no estatuto do arguido, como também nos poderes do próprio Tribunal. O facto de estes poderes terem simultaneamente a natureza de deveres acentua o problema. Importa desde logo reconhecer que esses poderes autónomos de investigação do Tribunal supõem uma acusação (princípio da acusação) e, quando exercidos efectivamente, se contêm nos limites temáticos do acusado (vinculação temática), não os podendo livremente exceder. Esse círculo de vinculação é traçado pela factualidade acolhida na acusação.

Num modelo acusatório, mesmo integrado pelo princípio (complementar) da investigação, não cabe ao Tribunal de julgamento compor livremente o objecto do processo. E a ser «reformulado» esse objecto após a acusação – o que apenas excepcionalmente se admite no nosso modelo de processo – tal só poderá acontecer com o acordo dos demais sujeitos processuais (MP, arguido e defensor, mas também do assistente). De outro modo será lesada a estrutura acusatória e limitado o princípio do contraditório.

O Tribunal de julgamento não pode reformular livremente o objecto do processo pois, entre outras razões, estará simultaneamente a investigar e a julgar os factos criminalmente relevantes. E se o fizer unilateralmente viola ainda o princípio do contraditório e degrada as garantias de defesa. Por isso, na nossa lei, uma reformulação do objecto do processo em julgamento, que altere a sua identidade essencial, só é possível com o acordo de todos os sujeitos processuais (artigo 359.º, n.º 2, do CPP). Isto porque, exactamente, está em causa o princípio da acusação, a vinculação temática associada à estrutura acusatória, a garantia de imparcialidade do tribunal de julgamento, o direito de defesa do arguido e, de forma mais genérica, o contraditório decorrente da existência de diferentes pretensões de natureza penal, assumidas no processo perante um objecto específico já delimitado.

A verdade material, por seu turno, fito essencial de um processo (cfr. artigos 53.º, n.º 1, 299.º, n.º 1 e 2, 340.º, n.º 1, do CPP) que procura, dentro dos limites da instância, identificar a verdade histórica sobre os factos eventualmente geradores de responsabilidade, pode igualmente induzir alterações ao objecto do processo. Mas a verdade material não é um fim que justifique todos os meios. Não é um fim absoluto, mas sim um fim a prosseguir de forma condicionada, nos limites dos factos acusados (cfr. artigos 303.º, 309.º, 311.º, n.º 2, alínea b), 359.º e 379.º, do CPP) e, dentro deste círculo, de tudo aquilo que o Tribunal pode e deve conhecer, sob pena de esse conhecimento ficar definitivamente preterido (princípio da consumpção do objecto do processo). Em breve conclusão, a verdade material corresponde a um fim que tem de respeitar as garantias de defesa, o princípio da acusação e a estrutura acusatória.

Em suma, num modelo de processo penal que acolha uma estrutura acusatória, o tribunal de julgamento estará vinculado tematicamente pelo conteúdo material da

¹¹ Sobre o significado e a importância da fase de julgamento no modelo de processo acolhido entre nós, SANDRA OLIVEIRA E SILVA, «A centralidade do julgamento na economia do processo», *RPCC* 28 (2018), p. 43 e ss, com mais informação sobre o tema na literatura nacional.

acusação (ou da pronúncia, caso tenha existido instrução), isto é, o conjunto de factos descritos na acusação (ou na pronúncia) que foram indiciariamente imputados ao arguido e em relação aos quais pode exercer o seu direito de defesa. O conhecimento de outros factos, que não tenham sido legitimamente integrados no objecto do processo, só pode ocorrer dentro de certos limites e regimes previstos na lei processual penal.

II. A vinculação temática num modelo tendencialmente rígido de variação do objecto do processo

A lei portuguesa não enuncia expressamente os diversos princípios acima referidos, como o princípio da identidade do objecto do processo, a sua indivisibilidade ou a força consumptiva do caso julgado. Mas o regime legal da alteração de factos e a consequente vinculação temática, acima referida, nomeadamente do Juiz de Instrução Criminal (JIC) e do Tribunal de julgamento (TJ), a par da regra constitucional *ne bis in idem* (artigo 29.º, n.º 5, da CRP) adoptam formulações e sugerem critérios densificadores de tais princípios.

1. A técnica legislativa adoptada pelo CPP traduziu-se em traçar o conceito de alteração substancial de factos, no n.º 1, alínea f) do CPP, e usar depois esse conceito ao longo do seu texto para limitar tematicamente certos actos (a acusação particular ou o saneamento, por exemplo) ou os poderes de cognição do tribunal (JIC e Tribunal de julgamento)¹². Assim, desde logo, a acusação do MP e do assistente limitam-se reciprocamente, consoante a natureza dos crimes: nos crimes públicos e semi-públicos a acusação do MP (artigo 283.º) vincula tematicamente (entenda-se, quanto à factualidade nela descrita) a (eventual) acusação subordinada do assistente (artigo 284.º, n.º 1 do CPP) e nos crimes particulares a acusação do assistente vincula tematicamente a acusação (facultativa) do MP (artigo 285.º, n.º 3 do CPP). A pronúncia (artigo 303.º) está tematicamente vinculada pela acusação (artigo 283.º, 284.º e 285.º do CPP) e pelo requerimento para abertura de instrução (artigo 287.º, n.º 1). E, finalmente, o Tribunal de julgamento está tematicamente vinculado pela acusação ou pela pronúncia (caso tenha existido instrução) (cfr. artigos 311.º, 358.º, 359.º e 379.º do CPP).

A violação desta regra da vinculação temática é cominada pelo CPP com invalidades de diferente natureza e grau: uma nulidade mista no caso da pronúncia (artigo 309.º), já que depende de arguição e se sana com o decurso do prazo de 8 dias; uma nulidade absoluta no caso da decisão final do julgamento (artigo 379.º), de conhecimento oficioso, e que afectará parcialmente a decisão (artigo 379.º, n.º 2), isto é, exactamente (e apenas) na parte em que representar uma alteração substancial de factos. A lei prevê ainda a hipótese da rejeição parcial da acusação no despacho de saneamento do processo (artigo 311.º, n.º 2, alínea b), do CPP) por violação dos limites do objecto do processo aferida à luz do conceito de alteração substancial de factos.

¹² A evolução histórica do problema e dos regimes legais encontra-se em FREDERICO ISASCA, *Alteração substancial de factos e a sua relevância no processo penal português*, Coimbra: Almedina, 1992, p. 25 e ss.

2. À luz deste regime, pode dizer-se que o modelo adoptado pelo CPP quanto à variação do objecto do processo é livre no *inquérito*, aparentemente rígido na *instrução* e tendencialmente rígido no *juízo* (incluindo o julgamento realizado na fase de recurso).

a) A fase de inquérito destina-se ao apuramento dos factos, identificação de possíveis responsáveis e recolha de provas e, por isso mesmo, a variação dos factos descobertos faz naturalmente parte desta fase processual. Assim, durante a investigação não se cristaliza um objecto do processo, excepto quando são tomadas decisões que pressupõem essa fixação de factos, como o arquivamento em caso de dispensa de pena (artigo 280.º) ou a suspensão provisória do processo (artigo 281.º)¹³. Pode ainda acrescentar-se a desistência homologada, nos crimes semi-públicos e particulares (artigo 116.º do Código Penal e artigo 51.º do CPP), pois a homologação impede a repetição da queixa pelo desistente (pelos mesmos factos) ou mesmo por outros ofendidos cuja legitimidade tenha ficado preterida pelo exercício do direito de queixa.

Nestes casos existe uma «fixação de factos» em função dos quais se toma uma decisão que pode pôr fim ao processo e que, quando proferida, tem um efeito preclusivo equivalente ao caso julgado: tornando-se tais decisões de arquivamento definitivas, tais factos não podem motivar um novo processo criminal¹⁴. Tirando estes casos, a evolução da investigação não é condicionada pelo princípio da vinculação temática¹⁵, embora existam consequências jurídicas decorrentes da variação dos factos e dos respetivos enquadramentos jurídicos.

Entre as consequências mais significativas, podem identificar-se a vinculação das medidas de coacção aos pressupostos fácticos que as motivam e o regime de certos meios de obtenção de prova a factos com um enquadramento jurídico preciso: crimes que admitem ou não certas medidas de coacção (artigo 196.º e ss, do CPP) ou certos meios de obtenção de prova (como as escutas telefónicas, artigo 187.º CPP) vinculados a um crime previsto num catálogo que fundamenta uma concreta autorização judicial para o efeito. Nestes casos, a mudança do rumo da investigação quanto aos factos e ao seu enquadramento jurídico pode fazer com que se alterem os pressupostos fáctico-normativos de uma medida de coacção aplicada, com a sua consequente revisão ou extinção, ou a impossibilidade de serem usadas as escutas telefónicas obtidas com um fundamento típico que não se mantém no desenrolar da investigação. Em tais

¹³ Neste sentido, JOSÉ DE SOUTO MOURA, «Notas sobre o objecto do processo: A pronúncia e a alteração substancial de factos», in Teresa Pizarro Beleza, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, Vol. II, Lisboa: AAFDL, 1993, p. 22 e ss.

¹⁴ A questão chegou a ser judicialmente controvertida, na primeira década de vigência do código, designadamente em casos de suspensão provisória do processo, mas foi ultrapassada pela doutrina e pela jurisprudência. Referências fundamentais em PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, 4.ª edição, Lisboa: UCE, 2011, p. 752.

¹⁵ Em sentido diverso, DAMIÃO DA CUNHA, «Ne bis in idem e exercício da acção penal», *Que Futuro para o Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 571, defendendo limitações para a actuação do MP no exercício subsequente da acção penal em função das decisões tomadas anteriormente num inquérito.

casos, se forem abandonados os factos antigos e os novos crimes investigados não admitirem a medida de coacção já decidida ou as escutas telefónicas já realizadas isso implicará, necessariamente, a extinção da primeira e a inutilizabilidade subsequente das segundas. Em suma, não vigora o regime da vinculação temática no inquérito, mas as variações factuais e os seus enquadramentos normativos podem ter consequências sobre várias decisões processuais que pressupõem um acervo de factos alterado pelo curso da investigação.

b) Na instrução, o regime legal muda substancialmente, por comparação com o inquérito. Nesta fase processual, uma alteração de factos pode dar origem a duas linhas de solução distintas: se a alteração for não substancial, a lei exige, para que possa ser conhecida, o cumprimento do dever de informação e a possibilidade de contraditório do arguido quanto aos novos factos, caso contrário o seu conhecimento será processualmente ilícito; se, diversamente, se tratar de uma alteração substancial vigora uma proibição de conhecimento, por força do n.º 3 do artigo 303.º, cuja violação é cominada com uma nulidade nos termos do artigo 309.º do CPP. A única forma de introduzir legalmente alterações substanciais de factos na instrução é incluí-las no requerimento de abertura de instrução (artigo 287.º do CPP), que legitima o conhecimento desses factos pelo JIC e permite a defesa do arguido contra a nova pretensão factual.

Na aparência, o regime da variação do objecto do processo na instrução é algo rígido: alterar o objecto do processo é possível (respeitado o contraditório) se a alteração for não substancial e é (processualmente) proibido se a alteração for substancial. Mas, na realidade, a nulidade cominada vale apenas para a alteração substancial de factos (não abrange nem a alteração não substancial, nem a alteração da qualificação jurídica) e, mesmo assim, de forma limitada, pois a sua arguição está sujeita a um prazo que, uma vez esgotado, sem que a mesma seja invocada, implica a convalidação do objecto do processo com os novos factos. Por outro lado, se a alteração de factos for não substancial, a violação do regime de contraditório gera apenas uma irregularidade (artigo 118.º, n.º 2, do CPP), cuja produção de efeitos depende da sua arguição no prazo de três dias (artigo 126.º do CPP), o mesmo se passando com a alteração da qualificação jurídica estabelecida sem respeito pelo regime de contraditório (artigo 303.º, n.º 5), já que a violação deste regime também não está prevista no artigo 309.º do CPP.

Ou seja, a rigidez do objecto do processo na fase de instrução é mais aparente do que real, pois o regime legal acaba por consentir, por vias diversas, um alargamento efectivo do objecto do processo com os novos factos surgidos nessa fase. O regime é aceitável, porque a instrução é ainda uma fase preliminar do processo.

c) Na fase de julgamento o regime de variação do objecto do processo torna-se mais rígido. As alterações não substanciais de factos podem ser conhecidas se for respeitado o contraditório quanto ao tema (artigo 358.º, n.º 1, CPP), dispensando-se o mesmo se os factos forem apresentados pela defesa (artigo 358.º, n.º 2, CPP). Mas a violação do regime legal passa a ser cominada com uma nulidade da sentença (artigo 379.º, n.º 1, alínea b), do CPP). No caso das alterações substanciais de factos a vinculação temática é mais intensa, pois a regra (reforçada em 2007) é a da proibição de conhecimento

(«para o efeito de condenação»)¹⁶ com uma permissão condicionada pela formação do consenso entre todos os sujeitos processuais, seguida de prazo para contraditório pela defesa (artigo 359.º, n.º 3 e 4, CPP). Se assim não for, os novos factos autonomizáveis são participados ao MP que sobre eles abrirá novo inquérito e, se isso não se verificar, isto é, se os factos não forem autonomizáveis, apenas poderão ser tidos em conta para efeito de determinação da pena concreta pelo tribunal de julgamento¹⁷.

Em síntese, o modelo adoptado pelo CPP em 1987 (e reforçado em 2007)¹⁸ que visa assegurar a identidade do objecto do processo pela vinculação temática do tribunal é *um modelo tendencialmente rígido na fase de julgamento*: consente um mínimo de variações no objecto do processo, não prevê a reformulação da acusação e, quando permite alterações, sujeita-as a condições significativas, proibindo-as nos restantes casos.

O regime descrito visa promover o princípio da acusação, exigindo que esta seja o mais completa possível e limitando as variações factuais subsequentes. O que implica um inquérito mais intenso, profundo e completo, sob pena de os factos não investigados correrem o risco de ficar definitivamente preteridos.

III. A alteração de factos com relevo para a decisão da causa

O conceito de «alteração substancial de factos» é fundamental para delimitar as variações admissíveis ou inadmissíveis do objecto do processo, mas só parcialmente surge concretizado no artigo 1.º, alínea f), do CPP. Este preceito diz-nos quando é que uma alteração de factos se pode qualificar como substancial, mas não nos diz quando é que se verifica uma alteração de factos¹⁹. O regime legal da matéria na instrução (artigo 303.º CPP) e no julgamento (artigo 358.º e 359.º CPP) pressupõe a ocorrência processual de uma alteração de factos, que depois se discute se é ou não substancial, mas não esclarece os contornos da alteração que condiciona e motiva a selecção do regime legal. Assim, o conceito de «alteração de factos» e o problema de saber quando tal ocorre são partes essenciais do regime da vinculação temática da decisão instrutória e da decisão final do caso no Tribunal de Julgamento.

¹⁶ O que não impede o uso de tais elementos para determinar e graduar concretamente a pena. Contra este entendimento, no entanto, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código de Processo Penal* (cit. nt. 14), 2011, p. 938.

¹⁷ O que suscita a questão de saber quando é que tais factos serão autonomizáveis, um dos problemas essenciais do regime depois da revisão de 2007 (neste sentido, JOSÉ MANUEL DA CRUZ BUCHO, «Alteração substancial dos factos em processo penal», texto dactilografado, 2009, p. 13 e ss, disponível na página do Tribunal da Relação de Guimarães). Em nossa opinião, para os factos serem autonomizáveis devem possuir duas características: (i) realizarem por si (indiciariamente) um tipo de crime e (ii) a sua separação do processo em curso (para iniciar um outro processo) não inutilizar o objecto do processo em que foram identificados. A inutilização acontecerá sempre que o primeiro processo não possa prosseguir sem os factos a destacar ou quando a sua autonomização colidir com a proibição de litispendência ou proibição de repetição de julgados.

¹⁸ O alcance da reforma de 2007 neste domínio encontra-se bem documentada em PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições* (cit. nt. 4), 2013, p. 155-161. A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o tema encontra-se recensada em MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal* (cit. nt. 10), 2021, p. 209-210.

¹⁹ Neste sentido, precocemente, FREDERICO ISASCA, *Alteração substancial de factos* (cit. nt. 12), 1992, p. 59 e ss.

1. A qualificação de uma alteração de factos como substancial só ocorre quando se identifica uma possível quebra da identidade do objecto do processo, traduzida numa alteração de factos²⁰. Por isso, sempre que a lei recorre a tal conceito é fundamental analisar o problema em dois momentos distintos: primeiro, identificar se existe ou não uma alteração de factos e, em segundo lugar, ponderar se essa alteração de factos é substancial, de acordo com os dois critérios legais do artigo 1.º, alínea f) (*qualitativo*, crime diverso, e *quantitativo*, pena máxima mais elevada). A primeira etapa (verificar se existe alteração de factos) permite colocar o problema no domínio do regime da variação do objecto do processo, enquanto a segunda etapa (classificação da alteração como substancial ou não substancial) permite seleccionar o regime aplicável ao caso.

É seguro afirmar, desde Eduardo Correia, que aquilo que se exige não é uma identidade literal, nem uma identidade total entre o acusado e o decidido²¹. Uma tal equiparação acabaria por revelar tanto uma supremacia da acusação como uma desvalorização do julgamento - um e outro resultado incompatíveis com a estrutura acusatória e com os poderes complementares de investigação do Tribunal no nosso sistema penal. Tanto mais que o regime legal da acusação prevê que a narração dos factos possa ser apresentada (na acusação) de forma sintética (artigo 283.º, n.º, 3, alínea b), do CPP), o que contrasta com a especificação factual exigida na decisão do Tribunal de julgamento (artigos 368.º, n.º 2, e 374.º, n.º 2, do CPP). Um sistema desta natureza comporta, por isso, a admissibilidade de variações factuais no julgamento que correspondam à dinâmica própria desta fase processual e à diferença de conteúdo funcional entre as duas decisões em causa (acusação, decisão).

Significa isto que, pela natureza e conteúdo das decisões processuais em causa, a discrepância factual entre o conteúdo da acusação e o resultado do julgamento é relativamente fácil de acontecer. A identidade a ser exigida nunca pode, por isso, ser literal, mas sim essencial. Por isso mesmo, a jurisprudência nacional já considerou não existir sequer alteração de factos quando a sentença se limita a especificar pormenores do facto ilícito imputado na acusação²². O que em algumas situações é profundamente duvidoso, como veremos mais adiante.

²⁰ Em pormenor, FREDERICO ISASCA, *Alteração substancial de factos* (cit. nt. 12), 1992, p. 59 e ss.

²¹ EDUARDO CORREIA, *Caso julgado* (cit. nt. 3), 1948, p. 12 e ss. Neste sentido, também, DAMIÃO DA CUNHA, «Ne bis in idem e exercício da acção penal» (cit. nt. 15), 2009, p. 573: «saber quais são os «mesmos factos» - a identidade de facto - enquanto problema jurídico, não implica uma identidade «euclidiana» entre acusação e conteúdo da decisão.»

²² Interessante o caso tratado no Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 2 de Março de 2016 (Elsa Paixão) (disponível em www.dgsi.pt) em que a acusação imputou ao arguido um crime de exploração ilícita de jogo, remetendo aspectos técnicos da forma de funcionamento das máquinas de jogo para uma perícia junta aos actos; no final do julgamento, a sentença condenatória acolheu no seu texto esses pormenores periciais, descrevendo-os e especificando-os. Em resposta ao recurso interposto pelo arguido, a Relação do Porto considerou que essa especificação feita na sentença (de elementos descritos na perícia) não era sequer uma alteração de factos, apesar de considerar pouco adequado (mas não ilegal) o reenvio que a acusação havia feito para a factualidade técnica contida na perícia. Sobre os limites dos reparos ou observações factuais que se podem fazer na decisão de recurso, que sejam mais do que simples melhorias de redacção do texto da decisão e se traduzam na criação de nova factualidade, com a correspondente necessidade de a subter ao contraditório da defesa, interessante também o Ac. do STJ, de 9 de Maio de 2019 (Gabriel Catarino) (disponível em www.dgsi.pt).

2. A questão fundamental que se coloca é a de saber quando é que existe «alteração de factos». Sendo a audiência de julgamento marcada pela dinâmica de produção de prova exigida pelo princípio da imediação (artigo 355.º do CPP) e com um contraditório pleno e subjectivamente amplo (artigo 327.º do CPP), ao contrário do que acontece no inquérito, é natural que surjam factos referidos em julgamento que não tinham referência precisa anterior.

A questão foi respondida por Frederico Isasca de forma simples e clara: «estaremos sempre perante uma alteração de factos quando se subtraíam ou aduzam aos factos conhecidos – independentemente do momento processual em que tal modificação se opere - algum ou alguns factos, ou outros factos, quer estes se relacionem com o tempo do cometimento, como o lugar, com o evento, com o nexo de causalidade, com o agente, com elementos subjectivos da imputação, etc.»²³.

O problema, não pode, contudo, ser reduzido a uma operação de aditamento ou eliminação de factos, pois a correspondência entre o acusado e o decidido não tem de ser aritmética e formal, mas sim substancial. Isto é, relevante para tutelar os valores essenciais do sistema. O que importa, por isso, é saber se a modificação que ocorre é relevante, no plano do seu objecto e dos seus efeitos: quer por dizer respeito aos factos probandos que constituem a matéria da proibição (do facto típico imputado ao arguido), quer por a modificação não poder ser livremente conhecida sem pôr em causa valores essenciais do sistema penal, designadamente a plenitude da defesa do arguido.

Para saber o que é ou não matéria do objecto do processo e da vinculação temática é importante começar por distinguir a alteração dos factos probandos que se imputam ao arguido das vicissitudes dos meios de prova e factos probatórios que sustentam essa imputação. Os primeiros (factos probandos) pertencem ao domínio do objecto do processo, mas os segundos (factos probatórios e meios de prova) constituem matéria da prova²⁴. E, por isso, não geram necessariamente um problema de vinculação temática, mas antes um problema de admissibilidade do meio de prova, de validade do mesmo, de contraditório quanto ao seu conteúdo ou de fundamentação do juízo de prova.

Os regimes legais de uma e outra matéria são distintos e não devem ser confundidos sujeitando-os todos ao disposto no artigo 359.º do CPP. Em suma, variações factuais nos meios de prova só se tornam relevantes no domínio da vinculação temática quanto a factos probandos (directa ou indirectamente relacionados com a matéria da proibição) e não relativamente a factos probatórios ou aos meios de prova²⁵.

Assim, cabe perguntar: no âmbito do objecto do processo como é que se podem identificar as situações que motivam a aplicabilidade do regime da alteração substancial e não substancial de factos?

²³ FREDERICO ISASCA, *Alteração substancial de factos* (cit. nt. 12), 1992, p. 99.

²⁴ Em A. CASTANHEIRA NEVES, *Sumários* (cit. nt. 2), p. 209, encontra-se igualmente a distinção entre «factos constitutivos ou incriminadores» e «factos simplesmente probatórios ou instrumentais».

²⁵ Em sentido aparentemente diverso, JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, «Ne bis in idem e exercício da acção penal» (cit. nt. 15), 2009, p. 566 a 569, associando os factos e as provas de forma densificar o princípio da acusação e a evitar que o arguido se tenha de sujeitar a uma dupla defesa. Crítico desta linha de entendimento, que pode estender o regime de variação do objecto do processo aos meios de prova que o documentam, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal* (cit. nt. 14), 2011, p. 45.

O denominador comum a estes dois conceitos resulta dos artigos 358.º e 359.º do CPP e corresponde a variações factuais ocorridas no julgamento que exigem no mínimo o respeito pelo princípio do contraditório (direito à informação, possibilidade de pronúncia, direito de impugnação) pois essa é a parte comum aos dois regimes legais citados. A variação que motiva o contraditório pode ser identificada à luz da função deste princípio: permitir que os sujeitos processuais conheçam e se pronunciem sobre aspectos relevantes do caso, pois o que se pretende vir a conhecer na decisão é diverso do que se tinha avançado na acusação.

Neste sentido, existirá uma «alteração de factos» quando a variação no conteúdo factual do processo exigir o contraditório quanto aos novos factos, o que pode acontecer em três situações: (i) são acrescentados factos que não estavam na acusação e, por isso, a defesa não se poderia ter pronunciado sobre eles (*omissão de contraditório*); (ii) são modificados factos que vinham da acusação e, por isso, a defesa pronunciou-se sobre uma versão diferente de tais factos (*inutilização do contraditório*), sendo necessário que conheça e se possa pronunciar sobre a nova versão dos factos; (iii) são eliminados factos que vinham da acusação que, por terem sido conhecidos pela defesa, geraram ou poderiam gerar uma pronúncia sobre essa realidade e, por isso, uma legítima expectativa sobre o uso dos mesmos na decisão (*expectativa de contraditório*). Ou seja, trata-se em todas as situações de «factos diversos» daqueles que eram conhecidos até aí, para usar a expressiva linguagem do artigo 379.º, n.º 1, alínea b), do CPP.

A correcção de erros ou simples lapsos da acusação ou da pronúncia pode estar em princípio fora do âmbito da alteração de factos se – e apenas se – forem, cumulativamente, inócuos no plano da imputação a realizar, neutros quanto ao facto inicial referido e não tiverem relevância para a defesa²⁶. Contudo, sempre que o arguido se tenha pronunciado sobre factos que, por estarem errados, são corrigidos em decisão judicial posterior será necessário garantir o contraditório em relação à nova versão

²⁶ A jurisprudência nacional permite documentar, em períodos diferentes mas com alguma permanência, vários casos de alguma (discutível) permissividade em relação a este tipo de correcções, como seja a «especificação do concreto modo de execução do crime» (decorrente de prova documental junto aos autos, mas não assumida na acusação), a «pormenorização de factos mais genéricos» da acusação, o acrescento de «meras circunstâncias explicativas», o aditamento de «meros factos concretizadores», a referência à «quantidade efectiva de droga que o agente tinha consigo» (sem alteração da realização do tipo), a «simplificação» na exposição dos factos ou mesmo a alteração da data, hora ou local do facto, como uma diferença de alguns metros na identificação do local onde a vítima morreu. Como resulta do texto, em nossa opinião não se pode sem mais entender que uma concretização, especificação ou correcção da factualidade descrita na acusação não corresponda a uma alteração de factos. Fundamental neste domínio foi o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 674/99, de 15 de Dezembro (Luís Nunes de Almeida), que assumiu uma posição crítica quanto à admissibilidade destas alterações de pormenor (com remissão para meios de prova sem documentar os pormenores factuais na acusação) sem respeito pelo contraditório. Vários elementos com interesse a este propósito encontram-se em IVO MIGUEL BARROSO, *Estudos sobre o objecto do processo*, Lisboa: Vislis, 2003, p. 19-28, e, depois, *Objecto do Processo Penal*, Lisboa: AAFDL, 2013, p. 42 e ss. Um elenco muito interessante de variação de circunstâncias que na perspectiva judicial não constituem «alteração de factos» (não criando por isso deveres de comunicação para o Tribunal) encontra-se em PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal* (cit. nt. 14), 2011, p. 930-931.

dos factos, caso a correcção ponha em causa a defesa anteriormente exercida. Diversamente, se a defesa percebeu o lapso e o teve em conta na sua intervenção processual torna-se desnecessário o contraditório. O facto de o artigo 32.º, n.º 1, da Constituição determinar que o processo penal assegura «todas as garantias de defesa» constitui um apoio hermenêutico decisivo para resolver os casos duvidosos: sempre que existam dúvidas sobre se a correcção, especificação ou concretização realizada é ou não uma «alteração de factos», o respeito pelo artigo 32.º, n.º 1, da Constituição exige que se garanta o contraditório quanto à mesma.

Em suma, estas variações factuais constituem «alteração de factos», que depois se poderá qualificar como substancial ou não substancial, em função das suas consequências jurídicas traçadas na alínea f) do artigo 1.º do CPP.

3. Para além desta delimitação, podemos traçar alguns limites negativos ao conceito de variação do objecto do processo, isto é, vicissitudes processuais que não constituem alteração de factos e variação do objecto do processo em curso.

a) Tal acontece, desde logo, com os factos completamente novos em relação ao objecto do processo. Os factos completamente novos são todos os acontecimentos estranhos à unidade histórico-social de acontecimentos plasmada na acusação que, por corresponderem a um ou vários tipos incriminadores, são imputados ao arguido no processo. Os factos completamente novos traduzem-se não numa simples variação ou numa diferente representação da realidade que integra o objecto do processo, mas sim numa realidade diferente e autónoma. São, nesse sentido, acontecimentos completamente estranhos à sequência unitária dos factos que já integram o objecto do processo. Não constituem uma modificação do que existe, mas uma realidade nova e distinta que acresce ao que existe²⁷.

Os factos completamente novos surgem em regra casualmente no processo criminal e a única relação que com ele mantêm consiste em ter alguma eventual ligação com o arguido. Aos factos completamente novos (e estranhos, portanto, ao objecto inicial do processo em que surgem) não se aplica o regime de alteração de factos (artigos 1º, alínea f), 303º e 358º e 359º do CPP), desde logo porque falta o pressuposto essencial que é o de serem «alterados» os factos que integram o objecto do processo. Os factos completamente novos não alteram os factos existentes, acrescentam eventuais imputações aos factos existentes.

Se, não obstante, o JIC ou o Tribunal de julgamento acabarem por conhecer factos novos, violarão o princípio da acusação e a estrutura acusatória do processo. Por estarem em causa estes princípios estruturantes do sistema processual penal português, em relação a factos novos não se pode sequer aplicar o regime do caso julgado de consenso, previsto no artigo 359.º, n.º 2, do CPP. Sendo aberto um novo processo por factos novos a única hipótese que se poderá colocar é a de o último processo a ser julgado conhecer também a factualidade e a pena aplicada no primeiro

²⁷ Assim, EDUARDO CORREIA, *Caso julgado* (cit. nt. 3), 1948, p. 144-145 e ss, por referência ao pensamento e ao texto de Beleza dos Santos.

processo, para efeito de cumprimento do regime da pena única (artigos 77.º e 78.º do Código Penal).

Deste enquadramento resulta também, para o problema da identidade do objecto do processo, o critério essencial de aferição destas variações: a identidade do objecto do processo só está verdadeiramente em causa quando os factos são novos em relação à factualidade acusada (ou objecto da pronúncia) mas mantêm alguma relação com essa factualidade, pois caso contrário serão factos completamente novos, isto é, estranhos ao objecto do processo. Tais factos devem, como se referiu, motivar novos processos (se tiverem autonomia) e não a modificação do objecto do processo em que surgem.

b) Não constituem igualmente alteração de factos as situações em que, por falta de prova quanto a uma circunstância favorável ao arguido, o Tribunal deixa de aplicar um tipo privilegiado e passa a aplicar uma norma incriminador com uma pena mais severa. Assim, por exemplo, se o arguido é pronunciado por homicídio a pedido da vítima (artigo 134º do CP) e não se prova a existência de um pedido com as características exigidas na lei penal, o Tribunal deixará de aplicar o tipo incriminador do artigo 134º e passará a aplicar o artigo 133º ou o artigo 131º do Código Penal consoante os casos (tipos incriminadores que prevêm penas abstractas mais graves).

Em situações desta natureza toda a factualidade relevante integra o objecto do processo desde a acusação ou desde a pronúncia, consoante os casos, por isso a ausência de prova sobre um dos factos não altera a identidade do objecto relevante. Casos como este devem ser tratados como alterações da qualificação jurídica, nos termos que adiante se expõem, e não como problemas da identidade factual do objecto do processo.

c) Após algumas divergências na doutrina e na jurisprudência sobre o regime da alteração da qualificação jurídica, a solução foi estabilizada pela própria lei com a criação, em 1998, do regime previsto no n.º 3 do artigo 358.º do CPP²⁸. *Brevitatis causa*, o enquadramento jurídico da acusação não vincula o Tribunal de julgamento (o que implicaria uma inadmissível supremacia do Ministério Público sobre o Tribunal), mas a liberdade do Tribunal de julgamento para alterar a qualificação jurídica dos factos exige o respeito pelo contraditório. Portanto, a alteração da qualificação jurídica dos factos pelo Tribunal de julgamento é possível, mas não é completamente livre. A alteração da qualificação jurídica perante os mesmos factos não constitui uma alteração de factos, mas uma modificação da imputação que exige um momento específico de contraditório para ser respeitado o direito de defesa²⁹.

²⁸ Informação sobre as linhas de entendimento e clivagens na doutrina sobre o tema antes da reforma de 1998, IVO MIGUEL BARROSO, *Estudos sobre o objecto do processo penal* (cit. nt. 26), 2003, p. 103 e ss. Mais informação e desenvolvimentos em MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal* (cit. nt. 10), 2021, p. 210-212. Fundamental, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal* (cit. nt. 14), 2011, p. 925 e ss. Agora, HENRIQUE SALINAS, «A alteração da qualificação jurídica dos factos em Processo Penal», *Homenagem ao Prof. Doutor Germano Marques da Silva*, Lisboa: UCE, 2020, p. 956 e ss, e p. 962 e ss.

²⁹ A alteração da qualificação jurídica não implica necessariamente uma alteração da consciência da ilicitude, pois esta não equivale à consciência (psicológica) do tipo incriminador realizado, mas sim à exigibilidade

Sendo possível a alteração subsequente da qualificação jurídica ela não é, contudo, juridicamente inócua. Tem designadamente relevância para a definição dos pressupostos processuais (v.g. para a classificação processual do crime ou para a competência do Tribunal) e para a admissibilidade de meios de prova cuja obtenção tenha sido condicionada por suspeitas de um crime do catálogo. Neste último caso, a alteração da qualificação jurídica pode implicar a inadmissibilidade superveniente de uso de meios de prova que foram obtidos em função de um pressuposto jurídico que deixou de existir.

Mais relevante ainda é o facto de a alteração da qualificação jurídica poder, na verdade, agravar a responsabilidade do arguido em relação à imputação feita na acusação, conduzindo a uma pena mais grave. Pense-se no caso acima referido em que a falta de prova de elementos de um tipo incriminador privilegiado (artigo 133.º do Código Penal) conduz à aplicação do crime na forma simples (artigo 131.º do Código Penal). Para mitigar a erosão do estatuto do arguido, uma parte significativa da doutrina (Damião da Cunha, Germano Marques da Silva e agora Henrique Salinas)³⁰ defende que, em tal caso, o Tribunal de julgamento não deve poder aplicar pena concreta mais grave do que aquela contemplada na acusação. O que se justificaria ainda pelo facto de, surgindo durante ou no final do julgamento, tal hipótese acabar por limitar o direito de defesa do arguido noutras matérias, como a possibilidade de confissão ou recurso ao tribunal de júri.

As objecções apresentadas são compreensíveis e, em boa parte, fundamentadas, mas a solução proposta não parece aceitável, por várias razões. Desde logo, por constituir um limite à competência decisória do Tribunal de julgamento sem qualquer base legal que a sustente (ao contrário do que acontece com o uso do artigo 16.º, n.º 3, ou com o regime da proibição de *reformatio in pejus* do artigo 409.º), o que não é admissível num sistema processual marcado pelo princípio da legalidade processual (artigo 2.º). Em segundo lugar, por se traduzir numa supremacia da acusação sobre o julgamento, o que acabaria inverter completamente a axiologia e o relacionamento das fases processuais. Finalmente, por atribuir efeitos jurídicos vinculativos a uma pena legal abstracta correspondente à norma de sanção de um tipo incriminador que

normativa da consciência de que se actua contra o Direito. Assim, em diálogo com Germano Marques da Silva, TERESA PIZARRO BELEZA, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, III Vol., Lisboa: AAFDL, 1995, p. 90-91, posição retomada em «Dizer e contraditar o Direito: a qualificação jurídica dos factos em processo crime», *Scientia Iuridica*, n.º 277-279, 1999, p. 85 e ss. Sobre o conteúdo da consciência da ilicitude, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 3.ª edição, Coimbra: GestLegal, 2019, p. 638 e ss. Sobre a delimitação entre consciência da ilicitude, decisões por convicção e decisões de consciência, AUGUSTO DA SILVA DIAS, *A relevância jurídico-penal das decisões de consciência*, Coimbra: Almedina, 1986, p. 31 e ss. Elementos sobre o conteúdo exigível para determinar a consciência da ilicitude, e as respectivas divergências doutrinárias na matéria, em FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A categoria da punibilidade na teoria do crime*, Tomo II, Coimbra: Almedina, 2013, p. 1177-1191.

³⁰ JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *O caso julgado parcial*, Porto: UCE, 2002, p. 437 e ss; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal*, Vol. I (cit. nt. 7), 2017, p. 370 e ss e p. 386 e ss; HENRIQUE SALINAS, «A Alteração da qualificação jurídica dos factos em Processo Penal» (cit. nt. 28), 2020, p. 956 e ss e p. 965 a p. 972, considerando que a alteração da qualificação jurídica deverá em regra ser feita no momento do saneamento do processo e que, a ser feita em momento posterior, não poderá prejudicar o arguido, à luz das garantias constitucionais.

deixará de ser aplicado no processo em causa. Ou seja, a norma de sanção (integrada no tipo incriminador) invocada na acusação (uma simples imputação indiciária) limitaria a competência decisória do Tribunal quando este aplicasse uma norma de sanção mais grave do que aquela. O que não deixa de subverter também o princípio da legalidade das penas, pois a norma de sanção efectivamente aplicada seria limitada por uma norma de sanção invocada numa fase preliminar e abandonada posteriormente na fase de julgamento.

Em suma, sem prejuízo de se reconhecer que será sempre preferível o Tribunal alterar a qualificação jurídica dos factos antes de iniciar o julgamento, um modelo de processo penal com uma estrutura basicamente acusatória (completada por um princípio da investigação subsidiário) não pode limitar o poder decisório do Tribunal de julgamento em função de enquadramentos jurídicos insuficientes assumidos na acusação. A desvalorização do julgamento, da verdade material e do estatuto do Tribunal que tal solução comportaria não são aceitáveis.

As garantias do arguido em tal situação acabam, em suma, por se reportar à posição que pode sustentar sobre a nova qualificação jurídica, à posição defendida nas alegações finais e à pretensão assumida em sede de recurso.

4. Na lei vigente nem toda a alteração de factos fica sujeita ao mesmo regime. O CPP contempla uma situação especial onde, apesar de se verificar uma alteração não substancial de factos, não se segue o regime do n.º 1 do artigo 358.º. Trata-se da hipótese prevista no n.º 2 do preceito: se a alteração (não substancial) resultar de factos alegados pela defesa não se segue o regime especial do contraditório, previsto no artigo 358.º, n.º 1. Este regime compreende-se pelo facto de, nestes casos, o arguido conhecer previamente a factualidade que introduz no processo, sendo por isso desnecessário seguir a tramitação prevista no artigo 358.º, n.º 1 do CPP. Contudo, modificações subsequentes destes factos (ou novas versões dos mesmos) ficarão sujeitas a contraditório.

O que o preceito em causa não contempla é a necessidade de, no caso do artigo 358.º, n.º 2 do CPP, se respeitar o contraditório relativamente aos novos factos quanto a outros sujeitos processuais, concretamente quanto ao assistente e ao MP. Em alguns casos a alteração não substancial de factos pode colidir com a pretensão acusatória do MP (ou do assistente), sendo razoável respeitar o contraditório mesmo à margem da letra do n.º 1 e 2 do artigo 358.º. Mas, na falta de uma cominação expressa, tal facto apenas pode constituir para aqueles sujeitos processuais uma irregularidade.

Nos casos descritos altera-se legitimamente o objecto do processo, simplesmente não se segue o regime previsto no artigo 358.º, n.º 1 do CPP. Em duas situações, contudo, o regime será diferente. Por um lado, a solução contemplada no n.º 2 do artigo 358.º do CPP apenas se aplica à alteração não substancial de factos e não aos casos, previstos no artigo 359.º, de alteração substancial de factos. Por outro lado, não existe um regime equivalente ao do artigo 358.º, n.º 2 do CPP para a fase de instrução, já que o artigo 303.º não contempla este caso. A omissão implicará assim que a violação do regime da alteração da qualificação jurídica será na instrução apenas

uma irregularidade, sujeita a arguição do interessado. Parece, no entanto, razoável que o artigo 358.º, n.º 2 do CPP seja analogicamente aplicado, por maioria de razão, na fase de instrução, pois os sujeitos processuais podem inclusivamente aceitar uma alteração substancial de factos nesta fase processual não arguindo a nulidade prevista.

Ao escrever algumas destas linhas, temos clara consciência da natureza controvertida de várias propostas e soluções. Aquelas, no fundo, que mereceriam também e sempre a reflexão serena e profunda de Augusto Silva Dias, com a seriedade e empenho que punha em tudo o que fazia.

Também por isso sentimos muito a tua falta, Augusto.