

A falta de condições de procedibilidade para a acção penal e verdadeiras “decisões-surpresa”: interrogações e proposta *de iure condendo*^[1]

André Lamas Leite

Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e da Universidade Europeia (Lisboa)

[1] Agradecemos, penhoradamente, os comentários e observações muito úteis que o Sr. Dr. RUI CARDOSO, Procurador da República, docente do CEJ e ilustre Director desta Revista teve a amabilidade de nos fazer chegar e que em muito enriqueceram o texto, sem que, naturalmente, o caminho proposto e os aspectos menos bem conseguidos deste trabalho a ele de todo o vinculem.

SUMÁRIO: I. Delimitação do problema. II. O sentido do pressuposto processual da legitimidade do MP para a acção penal. III. Os esforços da jurisprudência. IV. Esboço de uma proposta *de iure condendo*. V. Antecipação de possíveis críticas e tentativa de resposta.

I. DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

Sucedem várias vezes, na prática judiciária, que, em sede de audiência de discussão e julgamento (embora tal possa também suceder em fase instrutória – cf. artigo 303.º do Código de Processo Penal^[2]), se conclui pela existência de uma alteração da qualificação jurídica

[2] Doravante, qualquer referência a uma norma legal sem indicação do diploma do qual promana, deve entender-se por feita para o Código de Processo Penal. Como se sabe, o artigo 303.º contém, para a fase da instrução, uma disciplina própria para a alteração da qualificação jurídica (resultante da conjugação do n.º 5 com o n.º 1), que é a mesma para a alteração não substan-

cial dos factos (n.º 1) em julgamento. Havendo alteração substancial dos factos, os n.ºs 3 e 4 aproximam a solução consagrada do regime do artigo 359.º, sendo de particular acuidade a noção de “factos autonomizáveis”, o que entronca na questão do objecto do processo que o artigo 1.º, al. f) apenas trata de modo expedito na sua segunda parte, uma vez que aquilo que constitui

“crime diverso” continua a apontar para todas as teorias que a doutrina e a jurisprudência vêm trabalhando e que, em extremo resumo, contendem com as relações de mais e de menos intercedentes entre os tipos legais de delito, ou seja, com a magna questão de saber se existe concurso efectivo de crimes ou mero concurso de normas.

ou de uma alteração dos factos (substancial^[3] ou não)^[4] – cf. artigos 358.º^[5] e 359.º Estamos em face da manifestação da plasticidade do objecto processual que, apesar de fixado na acusação ou no despacho de pronúncia, somente conhece os seus termos definitivos com o encerramento em 1.ª instância da audiência de julgamento, a que se segue o esgotamento do poder jurisdicional. Naturalmente que, por contender – ou ao menos em abstracto *poder contender* – com as garantias de defesa do arguido, visando-se evitar “decisões-surpresa”, o legislador rodeia cada um dos institutos de particulares cuidados, cada vez mais crescentes a partir da mudança da qualificação jurídica, da alteração não substancial dos factos, até à sua alteração substancial.

Pretende-se com este breve escrito reflectir sobre as hipóteses em que, quando tal sucede, falece legitimidade ao Ministério Público (MP) para o prosseguimento da acção penal, o que conduz à absolvição do arguido ou arguidos pela verificação da falta de um pressuposto processual^[6]. Para melhor compreensão, figure-se

[3] Sobre o tema, *vide*, entre outros, JOSÉ MANUEL CRUZ BUCHO, «Alteração substancial dos factos em processo penal», in: *Julgar*, 9 (2009), p. 43-71.

[4] Sobre a distinção entre as figuras, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, vol. III, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, p. 255-263. Veja-se, ainda, a já clássica obra de FREDERICO ISASCA, *Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português*, Coimbra: Almedina, 1992, bem como, em data mais recente, IVO MIGUEL BARROSO, *Objecto do processo penal*, Lisboa: AAFDL, 2013.

[5] Como se sabe, apesar de orientação jurisprudencial dominante em sentido oposto, inclusive vazada em assento,

a Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, dando eco a alguns sectores doutrinários – e bem, a nosso ver – consagrou uma equiparação de tratamento prático-normativo entre a alteração não substancial dos factos descritos na acusação ou pronúncia e a alteração da qualificação jurídica, no que é um cumprimento mais perfeito da estrutura acusatória do nosso processo e dos direitos de defesa do artigo 32.º, n.º 1 da CRP. Aliás, em linha com o § 265 (*Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes oder der Sachlage*) da *Strafprozeßordnung* – StPO: Código de Processo Penal alemão. Entre tantas decisões do *Bundesgerichtshof* (BGH: Supremo Tribunal Federal germânico), veja-se a BGH 4 StR 178/17, de 1 de Agosto de 2017, em que aquele Tribunal – como se entende cá – faz expressa menção à

necessidade da indicação applicativa de uma pena acessória como garantia do conteúdo de defesa em sede de alteração da qualificação jurídica (decisão consultável em HRRS (*Online-Zeitschrift und Rechtsprechungsdatenbank*), 2017, n.º 884).

[6] A título ilustrativo, porque recente, veja-se o ac. do TRP de 24/2/2016, Proc. n.º 1190/14.0GAMAI.PI, EDUARDA LOBO (disponível em <http://www.dgsi.pt>, acedido em Setembro de 2018). Todos os arestos citados foram consultados no mesmo sítio e data), em cujo sumário se lê: «I. A degradação da acusação por crime de violência doméstica cometido por meio de ofensas à integridade física, em crime de ofensa à integridade física, não carece de prévia comunicação ao

o comum exemplo de uma acusação ou pronúncia pelo crime p. e p. pelo artigo 152.º do Código Penal (CP) e que, em sede de julgamento, mantendo os mesmos factos, leva à conclusão de terem sido praticados outros tipos legais que, amiúde, se encontram em concurso aparente com aquele, tais como a ofensa à integridade física simples (artigo 143.º do CP) ou a injúria (artigo 181.º do CP). Compulsados os autos, verifica-se que o ofendido não exerceu tempestivamente (artigo 115.º, n.º 1 do CP) o direito de queixa, tratando-se de crimes semi-públicos ou particulares em sentido estrito (no que se exige, para além da queixa, a constituição como assistente e a dedução de acusação particular – cf. artigos 48.º a 50.º). Em função do regime vigente e da interpretação jurisprudencial que bem aplica os enunciados normativos, inexistente regularidade de constituição da instância jurídico-criminal, a qual se terá de manter até ao trânsito em julgado da decisão. Donde, ainda que suficientemente provados os factos com a certeza exigível em julgamento (artigo 355.º), nada mais restará que proferir uma decisão que, na prática, acaba por ser de pura forma.

Por falta de um pressuposto processual – e tão-só por esse motivo –, o arguido “vai em paz” e os tribunais ficam de consciência tranquila perante um legislador que, mais do que a matéria, neste particular, surge mais interessado na *forma*. Óbvio é que, em

arguido nos termos do artigo 358.º, 1 e 3 CP. II. *Nestas circunstâncias há que apurar se se verificam quanto a esses crimes as necessárias condições objectivas de procedibilidade, nomeadamente quanto ao exercício tempestivo do direito de queixa.*» (nossos itálicos). Quanto à primeira questão abordada no sumário, trata-se de matéria controvertida, afastada do presente estudo. Porém, em extrema súmula, diga-se que divergimos desta posição, por entendermos que a contrária é a que mais corresponde ao sentido

do artigo 32.º, n.º 1 da CRP, para além de melhor se conformar com a noção do que é uma alteração da qualificação jurídica, não sendo exigível ao arguido – mesmo que necessariamente representado por defensor – que conheça e deva contar com as várias relações de concurso aparente intercedentes entre tipos legais, ainda por cima tratando-se – como se trata – de uma das mais excruciantes questões dogmáticas. No sentido que temos por correcto, p. ex., veja-se o ac. do TRE de 19/2/2013, Proc.

n.º 1027/11.2PCSTB.EI (PROENÇA DA COSTA), com o seguinte sumário: «É nula a sentença que, sem prévia comunicação ao arguido, exigida pelo artigo 358.º do CPP, procede à alteração da qualificação jurídica dos factos descritos na acusação, condenando-o pela prática de um crime de integridade física, p. e p. pelo artigo 143.º, n.º 1 do Código Penal, quando a acusação lhe tinha imputado a prática de um crime de violência doméstica, p. e p. pelo artigo 152.º, n.º 1, al. a) e n.º 2 do mesmo diploma legal.»