

A Nova Face da Instrução*

Nuno Brandão

Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

1. É por todos sabido, mas nunca é demais sublinhá-lo, que a instrução foi concebida, desde a versão originária do actual Código de Processo Penal, como uma fase facultativa de controlo jurisdicional da decisão de acusar ou de arquivar tomada no termo do inquérito¹. Aparentemente, continua a ser essa a finalidade da instrução. Pelo menos, o n.º 1 do art. 286.º do Código de Processo Penal continua a determinar que “a instrução visa a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento”.

É propósito desta intervenção avaliar se, na realidade, o legislador de 2007 se manteve fiel a este paradigma. Ou se, pelo contrário, apesar de ter deixado intocada a aquela disposição definitiva da finalidade da instrução, moldou a sua disciplina de um modo tal que torna árdua a compatibilização desse regime com uma ideia de instrução como actividade judicial estritamente cingida à fiscalização da decisão de acusar ou arquivar proferida no encerramento do inquérito.

* O presente texto corresponde a uma versão desenvolvida da comunicação apresentada no Colóquio “A reforma do direito processual penal português em perspectiva teórico-prática”.

Correspondem ao Código de Processo Penal, na sua nova redacção, as menções a preceitos legais desacompanhadas da referência ao diploma a que se reportam. A jurisprudência que se referirá ao diante será citada da seguinte forma: TC (Tribunal Constitucional: www.tribunalconstitucional.pt) e TRL/P/C/E/G (Tribunal da Relação de Lisboa, Porto, Coimbra, Évora e Guimarães, respectivamente: www.dgsi.pt).

¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS: «Para uma reforma global do processo penal português. Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais», in: AA. VV., *Para uma Nova Justiça Penal*, Almedina, 1983, p. 225 e ss.; «Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal», in: AA. VV., *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, 1988 (reimp. 1993), p. 16; e «Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1998 do Código de Processo Penal», *RPCC*, 1998, Fasc. n.º 2, pp. 207 e 211. Cf. ainda GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar*, Editorial Minerva, 1990, p. 241 e ss. e *passim*, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «A fase preparatória do processo penal – tendências na Europa. O caso português», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, BFDUC*, 2001, p. 961, ANTÓNIO RODRIGUES MAXIMIANO, «Âmbito da instrução no novo Código de Processo Penal», *RMP*, n.º 50, 1992, p. 137, e MARIA JOÃO ANTUNES, «O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coacção», in: Manuel da Costa Andrade *et. al.* (org.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 1247 e s.

A instrução foi inicialmente pensada como um *puro instrumento de controlo*, posto a cargo de um juiz, a ter lugar após a fase processual especificamente destinada à investigação criminal, o inquérito. A instrução não se destinaria a sindicatar directamente o modo como no inquérito o Ministério Público desenvolveu a actividade de investigação². Tal tipo de escrutínio violaria o estatuto de autonomia reconhecido ao Ministério Público tanto pela lei ordinária (art. 2.º do Estatuto do Ministério Público), como pela lei fundamental (art. 219.º-2 da CRP)³. Por outra banda, sem prejuízo dos poderes de averiguação oficiosa do juiz de instrução fundados no princípio subsidiário da investigação⁴ (arts. 289.º e 291.º-1, parte final, da versão originária do CPP), a instrução também não deveria constituir um *complemento* da investigação⁵ levada a cabo no inquérito, destinado a imputar ao arguido, por livre e exclusiva iniciativa do juiz de instrução, novos factos que pudessem fundar a imputação de um crime diverso ou determinar uma agravação do limite máximo da sanção aplicável pelo crime imputado (cf. arts. 1.º-1, *f*), 286.º-1, 303.º-3 e 309.º-1 do CPP). Uma instrução concebida como suplemento investigatório seria absolutamente incongruente com a repartição de funções entre a magistratura do Ministério Público e a magistratura judicial que constituiu a pedra de toque do modelo processual erigido no Código de 1987⁶ e do mesmo passo constituiria um desvio incompreensível à dimensão material da

² Não significa isso que para comprovação da decisão de acusar, à qual deverá estar subjacente um juízo de suficiência indiciária suportado pela prova recolhida no inquérito (art. 283.º do CPP), não seja necessário e por vezes até crucial verificar a legalidade da prova carreada para o processo e que sustentou a dedução da acusação – assim, também GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, III, 2.ª ed., Verbo, 1999, 249., IV. Haverá aí um controlo sobre a actividade instrutória realizada no inquérito, mas orientado para a comprovação judicial da acusação.

³ JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, «Sobre o princípio da igualdade de armas», *RPCC*, 1991, Fasc. n.º 1, p. 84 e ss., e mais desenvolvidamente PAULO DÁ MESQUITA, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra Editora, 2003, p. 44 e ss., e RUI DO CARMO, «A autonomia do Ministério Público e o exercício da acção penal», *Revista do CEJ*, n.º 1, 2004, p. 103 e ss. Que a autonomia do Ministério Público, não apenas face ao poder executivo, mas também perante o poder judicial não está ainda devidamente consciencializada, mesmo ao nível da instância suprema da nossa magistratura judicial, demonstra-o a situação discutida no Ac. do STJ de 27-04-2006 (Proc. n.º 06P1403).

⁴ FIGUEIREDO DIAS, «Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal», p. 16, e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar*, p. 245 e s.

⁵ FIGUEIREDO DIAS, «Os princípios estruturantes do processo...», p. 211, JOSÉ SOUTO DE MOURA, «Inquérito e instrução», in: AA. VV., *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, 1988 (reimp. 1993), p. 125 e s., GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar*, p. 261 e s., RODRIGUES MAXIMIANO, «Âmbito da instrução no novo Código de Processo Penal», p. 137, e MARIA JOÃO ANTUNES, «O segredo de justiça...», p. 1247 e s.

⁶ FIGUEIREDO DIAS, «Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal», p. 15 e ss.

estrutura acusatória de que o mesmo se reveste, em observância do preceituado no n.º 5 do art. 32.º da Constituição⁷.

Através da instrução, em caso de abstenção de acusação ou da prolação de uma acusação que fique aquém do que considera devido, *o ofendido* constituído assistente poderá ver tutelado o seu interesse legítimo na submissão a julgamento e condenação daquele que praticou um crime que visa a protecção de um bem jurídico de que é o concreto portador⁸, dando-se assim expressão à garantia constitucional da tutela jurisdicional efectiva (art. 20.º-1 da CRP). Por outra via, estando em causa interesses supra-individuais em relação aos quais ninguém poderá considerar-se especialmente ofendido, a instrução, associada à constituição de assistente em *acção popular penal* (art. 68.º-1, *e*)), dá satisfação às crescentes e legítimas exigências comunitárias de transparência no exercício da acção penal e de um efectivo controlo da decisão de abstenção de acusação pelo Ministério Público⁹, em especial no âmbito da criminalidade de colarinho branco que contende com bens jurídicos colectivos estruturantes da organização social e do próprio Estado de direito material. Tal como nas demais projecções de exercício do poder estadual, num quadro democrático também o exercício da acção penal deverá estar sujeito a mecanismos de controlo externo¹⁰. Atenta a sua manifesta incompatibilidade com o modelo acusatório que, por imposição constitucional, conforma o processo penal português, será de repudiar qualquer mecanismo de intervenção judicial oficiosa de controlo do arquivamento decidido pelo Ministério Público, mesmo no domínio da criminalidade dos detentores do poder. A via encontrada pelo legislador, e que julgamos equilibrada, para criar condições processuais para a realização desse controlo sem sacrificar o modelo acusatório tem sido precisamente a de associar a instrução à acção popular penal¹¹.

⁷ FIGUEIREDO DIAS, «Os princípios estruturantes do processo...», p. 211.

⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Parecer sobre a legitimidade da S.P.A. em processo penal», in: AA. VV., *Direito de Autor: Gestão e Prática Judiciária. Temas de Direito de Autor, III*, 2.ª ed., SPA, 1989, p. 113 e ss. e *passim*.

⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas à comunidade: um equilíbrio difícil», *RPCC*, 2007, Fasc. n.º 4, p. 191 e ss.

¹⁰ JOSÉ MOURAZ LOPES, *Garantia Judiciária no Processo Penal. Do Juiz e da Instrução*, Coimbra Editora, 2000, p. 65 e ss.

¹¹ Em sentido crítico, todavia, JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, «A participação dos particulares no exercício da acção penal (alguns aspectos)», *RPCC*, 1998, Fasc. n.º 4, p. 635 e, AUGUSTO SILVA DIAS, «A tutela do ofendido e a posição do assistente no processo penal português», in: Maria Fernanda Palma (coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004, p. 60, nota 12.

Na *perspectiva do arguido*, a instrução tutela o seu interesse legítimo em não ser submetido a julgamento¹². Em todo o caso, a constatação desse interesse não se confunde com o reconhecimento de um qualquer *direito* a não ser levado a julgamento, que não tem guarida constitucional¹³, dado que, como nota o Tribunal Constitucional, “o facto de se ser submetido a julgamento não pode constituir, por si só, no nosso ordenamento jurídico, um atentado ao bom nome e reputação”¹⁴.

À instrução vai pressuposta uma prévia investigação criminal dirigida pelo Ministério Público. E ainda, necessariamente, uma expressa tomada de posição por essa entidade, em sentido afirmativo ou negativo, acerca da existência de um crime e da responsabilidade a ele associada da pessoa contra quem foi dirigida a investigação. Tarefas essas que estão, deste modo, a cargo de uma autoridade judiciária dotada de autonomia e que deve exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade (art. 219.º, n.ºs 1 e 2 da CRP) e obedecer em todas as intervenções processuais a critérios de estrita objectividade¹⁵ (art. 53.º-1 do CPP).

Tomando em consideração as várias coordenadas referidas, compreende-se o bom fundamento político-criminal da opção do legislador de 1987 em matéria de instrução: esta fase não deveria ser uma repetição do inquérito, nem uma antecipação do julgamento, mas apenas um instrumento de controlo judicial daquela *decisão* com que a investigação é encerrada.

Esta finalidade de comprovação judicial não foi, porém, confiada a um momento ou a uma diligência simplificada prévia ao julgamento, no caso de ter sido deduzida acusação, mas assumiu a forma de uma verdadeira *fase processual autónoma* no curso do processo comum, mau grado a assumida renitência do autor do Projecto perante essa

¹² Ac. do TC n.º 610/96.

¹³ Em direcção contrária, advogando a existência de um direito processual, com dignidade constitucional, de evitar ser submetido a julgamento, MARIA FERNANDA PALMA, em declaração de voto lavrada no Ac. do TC n.º 459/00, para a qual remete em «Acusação e pronúncia num direito processual penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva», *in*: Manuel Guedes Valente (coord.), *I Congresso de Processo Penal*, Almedina, 2005, p. 127, nota 6. Nesta linha, cf. ainda RAUL SOARES DA VEIGA, «O juiz de instrução e a tutela de direitos fundamentais», *in*: Maria Fernanda Palma (coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004, nota 14.

¹⁴ Ac. do TC n.º 551/98.

¹⁵ FIGUEIREDO DIAS, «Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal», p. 25 e s., e MARIA JOÃO ANTUNES, «O segredo de justiça...», p. 1263.

solução¹⁶. Para tal contribuiu decisivamente a nossa tradição processual e o contexto histórico em que o Código foi preparado e criado, marcado por uma acérrima discussão em torno do significado e relevância da disposição constitucional que determinava (e ainda determina) que “toda a instrução é da competência de um juiz” (art. 32.º-4 da CRP)¹⁷. Ainda que configurada como uma fase processual, no pensamento de Figueiredo Dias a instrução deveria traduzir-se essencialmente numa audiência pública, rápida, flexível e informal, oral e contraditória, no estilo da tradição anglo-americana da *preliminary examination*¹⁸.

Foi toda uma outra, porém, a realidade concreta da fase da instrução na vida judiciária nacional nos anos que se seguiram à entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1987, evidenciando uma instrução sacrificada a ritos processuais inúteis, a expedientes processuais dilatatórios e abusivos¹⁹ e que não raras vezes foi na prática transformada num simulacro de julgamento.

A revisão de 1998 do Código de Processo Penal foi neste domínio marcada pela intenção de clarificar e corrigir a disciplina processual da instrução nos pontos do regime legal que a tornavam permeável a tais práticas processuais que o legislador de 1987 pretendeu justamente evitar. Com vista ao reforço da finalidade de comprovação judicial da instrução, entre outras alterações, explicitaram-se os requisitos do conteúdo do requerimento de abertura da instrução do assistente, estabeleceu-se a irrecorribilidade do indeferimento das diligências probatórias requeridas ao juiz de instrução (art. 291.º-1), limitou-se a 20 o número de testemunhas a indicar naquele requerimento (art. 287.º-2) e esclareceu-se que os actos de instrução não estavam sujeitos ao contraditório (art. 289.º-2).

Esta nova feição da instrução, que não visou senão aprofundar a finalidade de comprovação judicial que lhe foi cometida inicialmente, esteve nos últimos dez anos

¹⁶ Cf., por último, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «O processo penal português: problemas e perspectivas», 3. (em curso de publicação, nas actas do Simpósio de Direito Processual Penal em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, organizado em 2007 pela Escola de Direito da Universidade do Minho; agradecemos ao Autor a gentil disponibilização do texto).

¹⁷ Cf., v. g., RUI PINHEIRO / ARTUR MAURÍCIO, *A Constituição e o Processo Penal*, Coimbra Editora, 1976 (reimp. 2007), p. 37 e ss., e FIGUEIREDO DIAS, «Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal», p. 22 e ss.

¹⁸ No seu texto seminal e fundamental «Para uma reforma global do processo penal português», *cit.*, p. 225 e s.

¹⁹ MOURAZ LOPES, *Garantia Judiciária no Processo Penal*, p. 77.

sujeita a um escrutínio cerrado e permanente, tanto na perspectiva da sua conformidade constitucional com o direito do ofendido a uma tutela jurisdicional efectiva, como com o núcleo essencial do direito de defesa do arguido. A irrecorribilidade do indeferimento dos requerimentos de prova, a irrecorribilidade da pronúncia confirmatória da acusação e o regime de subida do recurso sobre a parte da decisão instrutória referente às questões prévias e incidentais, só para nomear os casos mais significativos, foram sistematicamente questionados pelas defesas à luz dos mais variados direitos e garantias fundamentais. Os presidentes das Relações viram-se inundados de reclamações contra a irrecorribilidade daqueles despachos ou contra o regime fixado para a subida da impugnação²⁰ e ao Tribunal Constitucional chegaram recursos em barda pondo em causa a constitucionalidade dessas e de outras normas do regime legal da instrução.

Mas sucessiva e reiteradamente a jurisprudência constitucional declarou que “não estabelece a Constituição qualquer direito dos cidadãos a não serem submetidos a julgamento sem que previamente tenha havido uma completa e exaustiva verificação da existência de razões que indiciem a sua presumível condenação”²¹. Nas suas tomadas de posição, o Tribunal Constitucional pôs ainda em relevo que a ponderação da constitucionalidade deveria levar em linha de conta a tramitação processual na sua globalidade, os sujeitos processuais a quem a lei confiou a direcção da investigação e a decisão da prática de actos que contendam com direitos, liberdades e garantias fundamentais das pessoas e a correlação entre os direitos de defesa que em cada fase processual são reconhecidos ao arguido com a situação pessoal e processual que para ele pode resultar do desfecho de cada fase. Acórdão após acórdão, o modelo legal da instrução considerado no seu todo e vários pontos do seu regime mais sensíveis para a posição da defesa superaram, por decisão do Tribunal Constitucional, o teste de conformidade constitucional a que foram submetidos²², sob os mais variados pontos de vista: do princípio da igualdade, da garantia da tutela jurisdicional efectiva, da restrição

²⁰ Em despacho transcrito no Ac. do TC n.º 611/05 lamentava-se o Presidente do Tribunal da Relação do Porto: “No fundo e com toda a clareza, o que a Reclamação pretende é evitar um julgamento. À nossa secretária não param de chegar «reclamações», todas elas à volta da mesma questão e sob o fundamento quase comum: o arguido goza do direito constitucional de não ser julgado a não ser – somos obrigados quase a concluir – quando há a «certeza» de que vai ser condenado”.

²¹ Ac. do TC n.º 551/98. Entendimento expressado pela primeira vez, ao que julgamos, pelo Ac. do TC n.º 31/87 e reafirmado, entre outros, pelos Acs. n.ºs 474/94, 551/98, 459/00, 79/05 e 242/05.

²² Cf. os Acs. do TC n.ºs 31/87, 265/94, 474/94, 610/96, 468/97, 45/98, 156/98, 238/98, 266/98, 299/98, 300/98, 551/98, 216/99, 387/99, 459/00, 350/02, 463/02, 481/03, 79/05 e 242/05.

excessiva da plenitude do direito de defesa, da presunção de inocência, do princípio do contraditório, da estrutura acusatória ou do direito ao recurso.

3. Se até aqui nos ocupámos com esta descrição da evolução e do estado da questão do problema da instrução até à revisão de 2007 do Código de Processo Penal, fizemo-lo pela convicção de que resultaria lacunosa e eventualmente até mal compreendida a análise crítica ao novo regime legal que nos propomos agora desenvolver, a qual é incindível dessa evolução. Avaliação que primeiro será feita através da enunciação e valoração isolada das alterações legais mais significativas e que terminará com uma ponderação acerca do novo regime da instrução globalmente considerado.

3.1 Na aproximação avulsa a algumas das mais relevantes modificações legais começamos por sublinhar uma *não alteração*: o controlo judicial em que, na sua essência, se traduz a instrução continua a assumir a forma de uma *fase processual autónoma*. Não foi ainda desta vez que se concretizou a “profecia” de Figueiredo Dias, reiterada publicamente poucos meses antes dos trabalhos parlamentares de revisão: “prevejo que virá o dia em que (como, *in thesi*, desde há muito defendo no plano do direito a constituir) a fase intermediária da instrução será eliminada como fase processual autónoma”²³. Esse passo radical não foi dado. Porém, havia boas razões para ponderar seriamente e levar à prática a consagração desta solução na revisão do Código. Razões que se prendem, desde logo, com a constatação de que o modelo da instrução que esteve no espírito do legislador nunca ter sido devidamente materializado na prática judiciária.

No sentido dessa ruptura apontavam igualmente as novas regras do inquérito, conjugadas com a importante explicitação de um dos direitos do arguido introduzida na alínea *c*) do n.º 1 do art. 61.º do CPP. O paradigma do inquérito passou a ser o da publicidade, com o que ganhou significado prático acrescido o direito reconhecido ao arguido de nele intervir, oferecendo provas e requerendo as diligências que se lhe afigurarem necessárias (art. 61.º-1, *g*), do CPP). Mesmo quando ao inquérito seja aplicado o regime do segredo de justiça, em regra o Ministério Público não poderá

²³ FIGUEIREDO DIAS, «O processo penal português: problemas e prospectivas», 3.

deduzir acusação, sob pena de nulidade²⁴, sem antes dar oportunidade de defesa ao arguido²⁵, uma vez que “correndo inquérito contra pessoa determinada em relação à qual haja suspeita fundada da prática de crime é obrigatório interrogá-la como arguido, salvo se não for possível notificá-la” (art. 272.º-1 do CPP). E nessa inquirição, antes de prestar declarações, o arguido deve ser informado dos factos que lhe são imputados (art. 61.º-1, c), do CPP).

Num regime com estas características, como agora é o nosso, tem o arguido oportunidade para logo na fase preliminar especificamente destinada à investigação exercer uma defesa informada ou, pelo menos, minimamente informada mesmo quando o inquérito corra em segredo²⁶. Nessas condições será de considerar esbatida a necessidade de o arguido esperar pelo controlo judicial da acusação para aí exercer a defesa através da produção de nova prova. Do mesmo passo, sai reforçada a ideia de que a comprovação judicial deverá efectuar-se não tanto através da realização de novas diligências probatórias, mas sobretudo através de uma discussão acerca do material probatório que acusação e defesa carregaram para os autos. Que daí poderia resultar a supressão na marcha do processo comum de uma fase autónoma especialmente destinada à comprovação judicial da acusação e a sua substituição por um modelo de controlo mais leve e flexível, com um importante ganho de celeridade e sem afronta constitucionalmente intolerável ao direito de defesa do arguido é uma conclusão que, na nossa perspectiva, se impõe por si mesma, sem necessidade de justificação acrescida.

Aquelas regras do inquérito não foram, por sinal, suficientes para avançar para esta ruptura, mas não poderão ser ignoradas pelo juiz de instrução no modelo que subsistiu. Com efeito, tendo em consideração o crivo imposto pelo art. 291.º-1, a decisão que versar sobre o requerimento de actos de instrução deverá ser precedida de uma ponderação que leve em devida conta a actividade processual desenvolvida pelo sujeito processual no inquérito, no sentido de já aí fazer valer o ponto de vista que pretende ver reconhecido na instrução, à luz da oportunidade que concretamente teve à sua disposição para esse efeito.

²⁴ Ac. do STJ n.º 1/2006, de 23-11-2005, in: *DR*, I-A, de 02-01-2006.

²⁵ Cf. PAULO DÁ MESQUITA, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, p. 105 e ss.

²⁶ Em sentido próximo, PAULO DE SOUSA MENDES, «Estatuto de arguido e posição processual da vítima» *RPCC*, 2007, Fasc. n.º 4, p. 607 e s.

3.2 Passando agora às alterações efectivamente introduzidas no regime, foram várias as medidas adoptadas pela revisão no sentido de promover a finalidade de comprovação judicial assinalada pelo art. 286.º-1 à fase da instrução e imprimir celeridade ao seu desfecho.

A revisão procurou fazê-lo sobretudo através de introdução de pequenas, mas não despiciendas restrições no âmbito das nulidades ou outras questões prévias e incidentais, procedendo à alteração do art. 120.º-2, *d*), e do art. 310.º-1.

A alínea *d*) do n.º 2 do art. 120.º relativa à nulidade por *insuficiência da instrução* passou a estabelecer que a instrução só é insuficiente se nela não tiverem sido praticados actos legalmente obrigatórios. Não há aqui qualquer verdadeira novidade, pois já era para este sentido que se inclinava a jurisprudência maioritária²⁷. De todo o modo, com a revisão passou a ser claro que não é a omissão de qualquer acto que um sujeito processual reputa como devido ou conveniente que poderá gerar a nulidade da instrução, mas apenas um acto que a lei determine como obrigatório, o que por ora, quanto a requerimentos de prova, só sucede em relação ao interrogatório do arguido quando por ele solicitado (art. 292.º-2)²⁸. A restrição que agora conhece letra de lei parece visar sobretudo pôr cobro, e bem, a uma prática processual que procurava contornar o regime da irrecorribilidade do indeferimento de requerimentos de prova através da arguição da nulidade por insuficiência da instrução²⁹.

A principal novidade reside aqui, isso sim, no âmbito da *irrecorribilidade da decisão instrutória* que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação do Ministério Público (art. 310.º-1). Aproveitou-se para esclarecer que a irrecorribilidade abrange igualmente a pronúncia por crime particular em sentido estrito, na parte em que o Ministério Público tiver acompanhado a acusação particular. Mas a revisão foi claramente mais longe e estendeu a irrecorribilidade também à parte da decisão instrutória em que sejam apreciadas nulidades e outras questões prévias ou incidentais. Foi, assim, derogada a jurisprudência fixada pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 6/2000 que havia interpretado a norma revista no sentido oposto³⁰. Supremo Tribunal de Justiça de onde, todavia, emanou em 2003 um documento de reflexão que

²⁷ Acs. do TRP de 09-02-2005 (Proc. n.º 0345310) e de 09-03-2005 (Proc. n.º 0510997).

²⁸ Ac. do TRP de 03-05-2006 (Proc. n.º 0546983).

²⁹ Cf., *v. g.*, o Ac. do TRP de 13-12-2006 (Proc. n.º 0615884).

³⁰ Ac. do STJ n.º 6/2000, de 19-01-2000, *in: DR, I-A*, de 07-03-2000.

preconizava uma alteração legal no sentido adoptado pela revisão³¹. O propósito desta nova restrição terá sido porventura o de desincentivar a litigância em torno de invalidades processuais numa fase que foi precedida de um despacho de acusação do Ministério Público. A propensão para essa litigância será naturalmente menor se, à partida, o arguido souber que é irrecorrível a decisão que versar sobre a arguição da invalidade.

Fora isto, a medida tem pouco alcance prático sobre a questão chave da instrução, a submissão ou não do arguido a julgamento. No regime anterior, aquele primeiro acórdão de fixação de jurisprudência n.º 6/2000 foi complementado por um outro, o Acórdão n.º 7/2004, que determinou que aquele recurso deveria ter subida imediata³². Mas o arguido poderia ser submetido a julgamento mesmo estando pendente um recurso sobre questões prévias ou incidentais apreciadas na decisão instrutória. Isto porque a jurisprudência considerava que embora devesse subir de imediato, o recurso deveria subir em separado e não tinha efeito suspensivo sobre a marcha do processo, que transitava imediatamente para a fase do julgamento³³.

Há nesta ampliação do âmbito de irrecorribilidade da decisão instrutória uma restrição acrescida do direito de defesa do arguido, mas não se vê como poderá ela reputar-se constitucionalmente inadmissível³⁴. Como acabámos de referir, mesmo no regime revisto o processo seguiria sempre para a fase do julgamento independentemente da interposição do recurso³⁵. Além disso, a lei salvaguarda a possibilidade de o tribunal

³¹ Juízes Conselheiros das Secções Criminais do Supremo Tribunal de Justiça, «Reflexões sobre a reforma processual penal», in: www.verbojuridico.net, p. 58 e s.

³² Ac. do STJ n.º 7/2004, de 21-10-2004, in: *DR, I-A*, de 02-12-2004.

³³ Cf., de novo, agora em *obiter dictum*, o Ac. do STJ n.º 7/2004, e ainda o Ac do TRP de 06-06-2007 (Proc. n.º 0615391).

³⁴ Foi este o sentido para que se inclinou o Tribunal Constitucional quando confrontado com expressões da corrente jurisprudencial, vencida no Ac. do STJ n.º 6/2000, que na vigência da anterior redacção do art. 310.º-1 do CPP defendia já a irrecorribilidade da decisão instrutória na parte relativa às nulidades e outras questões prévias e incidentais – cf. o Ac do TC. n.º 216/99 (“A irrecorribilidade da parte do despacho de pronúncia que decide questões prévias ou incidentais não é portanto contrária à Constituição da República Portuguesa”) e na sua esteira o Ac. do TC n.º 387/99. Contra, todavia, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, 2.ª ed., Univ. Católica Editora, 2008, art. 310.º, n.º 10 e ss.

³⁵ Aliás, é precisamente este o resultado a que chega quem defende a inconstitucionalidade deste novo segmento do n.º 1 do art. 310.º e em consequência a sua desaplicação – cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*², art. 310.º, n.º 10: “O artigo 310.º, n.º 1, é inconstitucional, por violar o artigo 32, n.º 1, da CRP (...). O intérprete deve, por isso, desaplicar a norma inconstitucional e admitir o recurso a subir de imediato, em separado e com efeito meramente devolutivo”!

de julgamento excluir provas proibidas (art. 310.º-2). Por fim, a decisão instrutória não forma caso julgado sobre questões que possam contender com a afirmação da responsabilidade penal do arguido em julgamento, como a amnistia do crime ou a prescrição do procedimento criminal, não só porque a decisão do juiz de instrução que se debruce sobre estas questões é irrecorrível e como tal não pode assumir carácter definitivo, como ainda porque a última palavra sobre essas questões, atenta a sua natureza, deve caber sempre ao juiz de julgamento (ou, eventualmente, de recurso)³⁶. Não há aqui, em suma, uma restrição constitucionalmente intolerável nem do princípio da plenitude dos direitos de defesa, nem especificamente do direito ao recurso³⁷.

4. Se as alterações ao regime legal da instrução até aqui assinaladas foram, no essencial, dirigidas no sentido correcto de enfatizar a finalidade de controlo confiada à instrução, o certo é que o seu significado prático é reduzido. Outras alterações houve, porém, que, além de possuírem uma amplitude e relevância inequivocamente superiores, são de difícil ou até impossível conciliação com a função de comprovação judicial que se encontra inscrita no código genético da fase da instrução. Com efeito, nelas vai implícito um programa de aproximação da instrução ao julgamento que não se vê como possa compaginar-se com a concepção da instrução como uma fase do processo preliminar³⁸ e ainda com a sua finalidade, que continua gravada no n.º 1 do art. 286.º, de comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento. Uma fase que, por via delas, adquire uma natureza substancialmente distinta da que sempre teve³⁹ e a torna de todo em todo irreconhecível.

As modificações em causa são as seguintes: a consagração da publicidade da instrução sem quaisquer excepções (art. 86.º-1); a introdução da regra do contraditório nos actos de instrução (art. 289.º-2); em matéria de alteração substancial dos factos

³⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar*, p. 371, e Juizes Conselheiros das Secções Criminais do Supremo Tribunal de Justiça, *cit.*, p. 57. Na direcção contrária, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*², art. 310.º, n.º 12.

³⁷ Cf., de novo, o Ac. do TC n.º 216/99.

³⁸ Como demonstrou exaustivamente GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Preliminar*, p. 241 e ss. e *passim*.

³⁹ Cf. também PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*², art. 286.º, n.º m. 11.

descritos na acusação ou no requerimento para abertura da instrução, a proibição da devolução do processo à fase do inquérito se os novos factos não forem autonomizáveis dos que formam o objecto do processo (art. 303.º-3); e a transposição para a instrução do regime da alteração da qualificação jurídica dos factos tal qual está previsto na fase do julgamento (303.º-5).

4.1 A *publicidade da instrução* é, permita-se-nos a expressão, a “cereja em cima do bolo” do desastre que é o novo regime regra da publicidade no processo preliminar. Na proposta de lei apresentada pelo Governo à Assembleia da República era dada ao arguido a possibilidade de o processo continuar sujeito a segredo de justiça até à decisão instrutória, bastando para tal que declarasse a sua oposição à publicidade (cf. art. 86.º, n.ºs 5 a 8 da Proposta de Lei n.º 109/X). Porém, na versão final aprovada pelo Parlamento *a instrução passou a ser sempre pública*, sob pena de nulidade, precisamente como no julgamento (cf. o art. 86.º-1 e ainda, *a contrario*, os n.ºs 2 a 5 do mesmo preceito).

A lei revista consagrava aqui uma boa solução, perfeitamente adequada à finalidade de comprovação judicial da instrução⁴⁰ e à protecção do direito à presunção de inocência do arguido e à preservação da sua imagem social⁴¹. Em instrução requerida pelo assistente (art. 287.º-1, *b*) valia sempre uma regra de segredo externo⁴² (art. 86.º-1 do Código revisto), que se coadunava com a circunstância de estarem em causa situações em que o Ministério Público se absteve de acusar o arguido pelos factos a ele imputados pelo assistente no requerimento para abertura da instrução. Não fazia sentido expor o arguido aos efeitos nefastos da publicidade externa se o Ministério Público tomou posição negativa quando à existência de indícios suficientes dos factos

⁴⁰ FIGUEIREDO DIAS, «Os princípios estruturantes do processo...», p. 211, MARIA JOÃO ANTUNES, «O segredo de justiça...», p. 1247, e PAULO DÁ MESQUITA, «O segredo do inquérito penal...», p. 53.

⁴¹ Assim, claramente, ANA PAULA ZEFERINO LUCAS, *Publicidade e Segredo no Processo Penal. Do Segredo de Justiça em Particular*, dissertação de Mestrado, Biblioteca da FDUC, 2003, p. 32 e ss., que, pondo em relevo a diferente teleologia do segredo de justiça nas fases do inquérito e da instrução, na vigência do Código revisto, concluía que “na instrução requerida apenas pelo arguido, o segredo não se define como garantia, senão como um direito conferido ao arguido, para a defesa do seu bom nome e da sua honra e para tutela da presunção da inocência”.

⁴² MARIA JOÃO ANTUNES, «O segredo de justiça...», p. 1247, FREDERICO COSTA PINTO, «Segredo de Justiça e Acesso ao Processo», in: Maria Fernanda Palma (coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004, p. 73 e s., e ANDRÉ LAMAS LEITE, «Segredo de Justiça Interno, Inquérito, Arguido e seus Direitos de Defesa», *RPCC*, 2006, Fasc. n.º 4, p. 546, nota 15.

imputados pelo assistente⁴³. Na instrução realizada a pedido do arguido (art. 287.º-1, a)) a regra era a da publicidade, mas o arguido poderia sempre determinar a sua exclusão mediante uma simples manifestação de vontade nesse sentido no requerimento para abertura da instrução (art. 86.º-1 do CPP revisto). Deste modo, ficava perfeitamente salvaguardado um dos efeitos úteis que, na óptica do arguido, poderia justificar a abertura da instrução, evitar a exposição pública a que o processo ficaria sujeito se transitasse de imediato para a fase de julgamento.

A revisão de 2007 determinou que o processo fosse público logo desde o seu início, mesmo na fase do inquérito. O afastamento da publicidade, pela aplicação do segredo de justiça ao processo, foi expressamente admitido, mas apenas para a fase do inquérito (art. 86.º, n.ºs 2 a 5). Donde, *a instrução é pública e não é possível sujeitá-la a segredo externo*, nem mesmo quando o arguido o requeira expressamente⁴⁴. Nesta hipótese não parece ser possível a aplicação analógica do disposto no n.º 2 do art. 86.º, que concede ao arguido, em inquérito, o direito de requerer ao juiz de instrução a sujeição do processo a segredo de justiça em virtude de a publicidade ser prejudicial aos seus direitos. A analogia *legis* pressupõe a verificação de uma lacuna, que aqui não se vislumbra ter existido, dado que é nítida a intenção do legislador em circunscrever o segredo à fase do inquérito. Trata-se, portanto, de um silêncio legislativo que não configura uma omissão inconsciente de regulação, mas antes um propósito deliberado de não estender o regime excepcional de segredo para lá da fase do inquérito. Acresce ainda que precisamente por a publicidade aparecer como a regra e o segredo como a excepção, está vedada a referida aplicação analógica (art. 11.º do Código Civil).

Trata-se, todavia, de uma solução que, desde logo, fragiliza o direito à presunção de inocência do arguido e o seu direito ao bom nome e reputação, sobretudo no caso de instrução requerida pelo assistente, necessariamente por factos pelos quais o Ministério Público se absteve de acusar e em que por isso poderá avultar um problema de constitucionalidade. Aqui é mesmo notória a incongruência com o regime do inquérito, onde é dada ao arguido a oportunidade de requerer a exclusão da publicidade para acautelar os seus direitos (art. 86.º-2) num momento em que não há ainda sequer um

⁴³ MARIA JOÃO ANTUNES, «O segredo de justiça...», p. 1247, e ANA PAULA ZEFERINO LUCAS, *Publicidade e Segredo no Processo Penal*, p. 156 e s.

⁴⁴ Assim, também PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CPP*², art. 86.º, n.º m. 8.

expresso juízo negativo do Ministério Público quanto à verificação de factos com relevância criminal, como vem a suceder no caso da instrução aberta a requerimento do assistente⁴⁵.

Além disso, a publicidade pode até comprometer o interesse do arguido em requerer a instrução. Pois se o motivo que, *a priori*, o levaria a abrir a instrução fosse fundamentalmente o de evitar o julgamento para precaver os danos que para a sua imagem pudessem resultar da publicidade do processo nessa fase, por força da sua exposição pública e até mediática, de pouco lhe adiantará requerê-la⁴⁶.

Por último, a regra da publicidade aponta para uma colagem da instrução à fase do julgamento. À instrução é retirada uma característica própria do processo preliminar⁴⁷, a da possibilidade de impor um regime de segredo voltado para o exterior, com vista a proteger a imagem social do arguido, que se presume inocente. Ora, em caso de acusação, a razão de ser da instrução é garantir ao arguido que não será submetido a julgamento sem que antes tenha oportunidade de a sujeitar a um controlo jurisdicional, no qual vai implícita uma avaliação, à luz do interesse público, da justificação e necessidade da sua submissão a julgamento, com os inerentes incómodos e danos para a sua reputação decorrentes da publicidade dessa fase⁴⁸. A publicidade obrigatória da instrução acaba, assim, por colocar em causa a função de comprovação judicial que lhe está cometida e necessariamente a sua própria justificação político-criminal.

4.2 Uma outra aproximação da instrução à fase do julgamento é representada pela introdução do *princípio do contraditório nos actos de instrução*. Após alguns anos de

⁴⁵ Em sentido crítico sobre a nova opção legislativa, também FREDERICO COSTA PINTO, «Publicidade e segredo na última revisão do Código de Processo Penal», *Revista do CEJ*, n.º 9 (especial): *Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal*, 2008, pp. 9 e 17 e ss. Contra, em defesa da publicidade da instrução, RUI PEREIRA, «A reforma do processo penal», in: Manuel Guedes Valente (coord.), *II Congresso de Processo Penal*, Almedina, 2006, p. 233 e s.

⁴⁶ Nesta direcção, também FREDERICO COSTA PINTO, «Publicidade e segredo...», p. 18: “o arguido passa a ter que se sujeitar a uma fase pública quando pretende evitar um julgamento público”!

⁴⁷ FREDERICO COSTA PINTO, «Publicidade e segredo...», p. 9.

⁴⁸ Controlo que é de exercício facultativo pelo arguido se houver despacho de acusação; mas a que está obrigatoriamente sujeita a acusação implícita no requerimento de abertura da instrução formulado pelo assistente.

dúvida a este propósito, a revisão de 1998 veio clarificar “a regra [então] vigente de que, na instrução, apenas o debate tem natureza contraditória”⁴⁹.

Na revisão de 2007 foi dada nova redacção ao n.º 2 do art. 289.º, que passou a consagrar a regra oposta. Agora, “o Ministério Público, o arguido, o defensor, o assistente e o seu advogado podem assistir aos actos de instrução por qualquer deles requeridos e suscitar pedidos de esclarecimento ou requerer que sejam formuladas as perguntas que entenderem relevantes para a descoberta da verdade”. Este preceito pretende conferir a estes sujeitos o direito de estarem presentes e terem participação activa nos actos de instrução realizados na sequência de requerimento apresentado por si ou por algum dos outros sujeitos. Regra de contraditoriedade que julgamos dever valer ainda para os actos de instrução praticados por determinação oficiosa do juiz de instrução⁵⁰. Neste caso, dado que a instrução é sempre pública, terá de reconhecer-se àqueles sujeitos o direito de assistência a esses actos de instrução (art. 86.º-6, a)). Além de que não descortinamos razão material para a este propósito estabelecer uma distinção entre actos realizados em virtude de requerimento e actos que decorrem de decisão oficiosa do juiz de instrução, pois uns e outros só deverão ser praticados se o juiz os reputar como necessários à prossecução das finalidades da instrução.

A introdução da regra da contraditoriedade ter-se-á ficado eventualmente a dever à perspectiva de que o contraditório, em si mesmo, não deve ser visto como um factor de perturbação do decurso dos actos de instrução, mas antes como um instrumento útil para a descoberta da verdade material. Se o juiz de instrução determina, oficiosamente ou a pedido, a realização de determinado acto de instrução isso significa que, no seu ponto de vista, o acto em causa tem interesse ou utilidade para a instrução e não serve apenas para protelar o andamento do processo (art. 291.º-1). Nessa medida e tendo em conta a utilidade que da participação dos sujeitos processuais poderá resultar para uma melhor percepção do juiz acerca dos contornos do caso e dos fins pretendidos com a realização da diligência probatória e o contributo que o contraditório sempre oferece

⁴⁹ Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 157/VII, que precedeu a Lei n.º 59/98, de 25/8. Neste sentido pronunciava-se já GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Preliminar*, p. 320 e s.; e depois da revisão de 1998 em *Curso de Processo Penal*², III, 253. A clarificação contou com o aplauso de FIGUEIREDO DIAS, «Os princípios estruturantes do processo...», p. 211.

⁵⁰ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CPP*², art. 289.º, n.º m. 4.

para a descoberta da verdade material, deverá concordar-se que a contraditoriedade é um factor que favorece uma *boa decisão de comprovação judicial*.

O risco da introdução do contraditório nos actos de instrução é o desvirtuamento da finalidade de controlo da instrução pela sua transformação num simulacro de julgamento. Perigo para o qual o juiz de instrução deverá estar especialmente atento, mas que será obviado se for dado um cumprimento escrupuloso à regra da segunda parte do n.º 1 do art. 291.º e se no decurso da diligência o juiz exercer de modo efectivo os seus poderes de disciplina e direcção, por forma a que o contraditório se mantenha dentro dos estritos limites impostos pela finalidade que determinou a realização do acto.

A previsão do contraditório dos actos de instrução representa, é certo, um desvio à finalidade de comprovação judicial da instrução, mas em todo o caso um desvio tolerável em nome de uma boa decisão de comprovação se aquelas exigências não forem letra morta. O juízo positivo dirigido à nova previsão do n.º 2 do art. 289.º, considerada avulsamente, não obnubila, todavia, a crítica à tendência em que a mesma se inscreve, de profunda descaracterização da finalidade de comprovação judicial da instrução operada com a revisão de 2007.

4.3 Um dos pontos mais marcantes desta tendência descaracterizadora é o da nova regulação da *alteração substancial dos factos na instrução*. Como até aqui, continua a ser proibida, sob a cominação de nulidade, a pronúncia por factos que constituam alteração substancial dos descritos na acusação ou no requerimento para abertura da instrução (cf. arts. 1.º-1, *f*), 303.º-1 e 309.º-1). Este princípio de vinculação temática, fundado na estrutura acusatória material do processo, foi regulado na lei revista com a cautela imposta pela extrema complexidade da questão do objecto do processo e pela consciência de que a mesma está imbricada com problemas vários da maior transcendência da doutrina geral do crime. Por isso, 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 e sob a orientação dos princípios processuais penais atinentes a esta matéria, criar modelos de resolução dos problemas concretos com que a prática fosse confrontada. Modelos que pudessem, assim, dar respostas satisfatórias à *enorme*

diversidade dos casos da vida que confluem nesta problemática e consonantes com a dogmática penal e processual penal.

Neste contexto tornou-se relativamente pacífico que perante a suspeita fundada de novos factos, *hoc sensu*, haveria que distinguir entre os autonomizáveis e os não autonomizáveis dos que já conformavam o objecto do processo. Os primeiros deveriam ser comunicados pelo juiz ao Ministério Público, para que quanto a eles abrisse inquérito, seguindo o processo o seu curso normal quanto aos factos que vinham imputados anteriormente. Se, pelo contrário, os novos factos não fossem autonomizáveis, por serem indissociáveis dos iniciais ou ainda que o fossem deverem ser conhecidos em conjuntos com eles, a jurisprudência e a doutrina maioritária consideravam que não poderia ser tomada uma decisão de mérito e o juiz deveria “devolver” o processo ao Ministério Público para que este abrisse inquérito (arts. 303.º-3 309.º-1 do CPP revisto). Nesta hipótese, a instrução deveria ser encerrada com uma decisão de forma, por alguns denominada como despacho de absolvição da instância⁵¹. Embora não existisse consenso em relação ao destino a dar à instrução (extinção vs suspensão da instância) e à natureza jurídica do despacho de índole formal que lhe deveria pôr termo, havia, em todo o caso, unidade em torno da ideia de que os novos factos apurados não poderiam ser ignorados e como tal impunha-se a sua investigação pela entidade competente para o exercício da acção penal, o Ministério Público, na fase processual própria para o efeito, o inquérito. Era este, a traço obviamente grosso, o modo como era tratado e resolvido pela jurisprudência, com a concordância da doutrina dominante, o problema da alteração substancial dos factos na fase da instrução (e do

⁵¹ Cf. SOUTO DE MOURA, «Inquérito e instrução», p. 130 e ss., ROBALO CORDEIRO, «Audiência de julgamento», in: AA. VV., *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, 1988 (reimp. 1993), p. 305 e ss., e ANTÓNIO TOLDA PINTO, *A Tramitação Processual Penal*, 2.ª ed., Coimbra Editoria, 2001, p. 777 e s., que defendiam a solução da absolvição da instância. Substancialmente na mesma direcção, ANTÓNIO LEONES DANTAS, «A definição e evolução do objecto do processo no processo penal», *RMP*, n.º 63, 1995, p. 101 e ss., GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Preliminar*, pp. 336 e ss. e 354 e s., e M. MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado*, 12.ª ed., Almedina, 2001, art. 303.º, 4. Numa perspectiva não muito distante, mas apontando para a suspensão da instância, FREDERICO ISASCA, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português*, 2.ª ed., Almedina, 1995, p. 182 e ss.

Na jurisprudência, pela absolvição da instância, cf. os Acs. do TRL de 07-02-1996 (Proc. n.º 0000223), do TRP de 15-06-2005 (Proc. n.º 0446301), do TRG de 31-05-2004 (*CJ*, 2004, t. III, p. 292), do TRC de 18-10-2006 (Proc. n.º 1289/06.7YRCBR) e do TC n.º 237/2007. Preferindo a via da suspensão da instância, Acs. do STJ de 28-01-1993 (*BMJ*, n.º 423, p. 380) e do TRE de 05-07-2005 (Proc. n.º 281/05-1),

juízo) até à revisão de 2007⁵². A solução encontrada, em interpretação da lei vigente, respeitava cabalmente o princípio do acusatório sem sacrificar o desiderato da descoberta da verdade material.

Uma tese minoritária e sem qualquer expressão jurisprudencial defendia porém que, em caso de factos não autonomizáveis, o juiz, embora deles tomasse conhecimento, não os deveria valorar e levar à sua decisão com que punha termo à instrução (ou ao julgamento). Deveria, isso sim, pronunciar o arguido pelos factos que lhe vinham imputados na acusação ou no requerimento para abertura da instrução que considerasse suficientemente indiciados, “com preterição absoluta de conhecimento da alteração substancial de factos”⁵³. Assim deveria acontecer, designadamente, pelo menos, quando o juiz se deparasse com novos factos integradores de circunstâncias modificativas agravantes, de cláusulas agravantes de exemplos-padrão ou de elementos típicos de crimes complexos⁵⁴. Para fundamentar a defendida preterição absoluta do conhecimento da alteração substancial dos factos não autonomizáveis dizia-se que só assim seria respeitada a concreta estrutura acusatória⁵⁵ e que de outro modo seria irremediavelmente comprometida a «paz jurídica» do arguido e o seu direito constitucional a ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa⁵⁶.

É esta tese que agora, com a revisão de 2007, conhece letra de lei, valendo tanto para a fase da instrução (arts. 303.º-3 e -4 e 309.º-1), como para a fase do julgamento (arts. 359.º-1 e -2 e 379.º-1, b))⁵⁷.

Uma tese que, todavia, assenta em premissas erradas, deixa a descoberto casos difíceis de alterações de factos não autonomizáveis que transcendem as hipóteses que estiveram na sua génese e conduz a soluções absolutamente insustentáveis no plano

⁵² Para mais desenvolvimentos, FREDERICO ISASCA, *Alteração Substancial dos Factos*, p. 174 e ss., e IVO MIGUEL BARROSO, *Estudos sobre o Objecto do Processo Penal*, Vislis, 2003, p. 224 e ss.

⁵³ PAULO DE SOUSA MENDES, «O processo penal em acção: hipótese e modelo de resolução», in: AA. VV., *Questões Avulsas de Processo Penal*, AAFDL, 2000, p. 119. Num plano próximo, GIL MOREIRA DOS SANTOS, «A estabilidade objectiva da lide em processo penal», *RPCC*, 1992, Fasc. n.º 4, p. 607 e ss., e MARIA FERNANDA PALMA, «Acusação e pronúncia ...», p. 125.

⁵⁴ PAULO DE SOUSA MENDES, «O processo penal em acção...», p. 114 e ss.

⁵⁵ PAULO DE SOUSA MENDES, «O processo penal em acção...», p. 119.

⁵⁶ TERESA PIZARRO BELEZA, «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*, III vol., AAFDL, 1995, p. 92.

⁵⁷ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CPP*², art. 303.º, n.º m. 14 e art. 359.º, n.º m. 18, que parece acolher favoravelmente a nova disciplina legal.

político-criminal por representarem um sacrifício intolerável das finalidades do processo penal de descoberta da verdade material, de realização da justiça e de pacificação social⁵⁸.

Por muito que tentemos, não conseguimos compreender como e em que medida viola o modelo acusatório⁵⁹ uma decisão do juiz de pôr termo à instrução mediante uma decisão de forma quando se aperceba de uma alteração substancial de factos não autonomizáveis. Não há aí nenhuma decisão judicial sobre o fundo da causa, nem qualquer afronta ao modelo de separação de funções entre magistraturas. Regressando o processo à fase do inquérito, como na lei revista, o Ministério Público estaria obrigado a investigar, não por força de uma qualquer ordem do juiz nesse sentido, mas apenas por obediência ao princípio da legalidade da promoção processual. Investigação na qual o juiz não teria obviamente qualquer interferência e seria realizada pelo Ministério Público no quadro de autonomia que lhe é constitucionalmente reconhecido⁶⁰.

Também se afigura de todo em todo equívoca a alegação de que com a interrupção da marcha do processo e o seu reatamento na fase inicial do inquérito para nova investigação seria ofendida a «paz jurídica» do arguido e afrontado o seu direito a ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa. O direito à «paz jurídica» adquire-se não no decurso do processo, mas com o caso julgado, e este pressupõe uma decisão de absolvição ou de condenação fundada numa apreciação judicial sobre o mérito da causa. E não convence o argumento assente no direito à obtenção de uma decisão final num prazo curto⁶¹. Primeiro, porque, em regra, a

⁵⁸ Em sentido crítico, já JOSÉ SOUTO DE MOURA, «Notas sobre o objecto do processo (a pronúncia e a alteração substancial dos factos)», in: Teresa Pizarro Beleza, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, II vol., AAFDL, 1993, p. 41 e s., FREDERICO ISASCA, *Alteração Substancial dos Factos*, p. 176 e ss. (esp. p. 183), e IVO BARROSO, *Estudos sobre o Objecto do Processo Penal*, p. 230 e ss.

⁵⁹ Não será despreciando recordar que no Projecto inicial do Código de Processo Penal elaborado por Figueiredo Dias se admitia até, por razões de economia processual, que o juiz de instrução, dando prévia oportunidade de defesa, pronunciasse o arguido por factos que comportassem uma alteração substancial da acusação ou do requerimento de abertura da instrução. Não há dúvida que haveria aí uma ofensa material do princípio da acusação, como de resto reconheceu depois FIGUEIREDO DIAS, «Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal», p. 17. Por isso, através de uma alteração de última hora, a proposta não transitou para a redacção final do Código. Mas a verdade é que nessa proposta o princípio do acusatório, na sua vertente *formal*, permaneceria incólume, por ser diferente o juiz que acusa, *rectius*, pronuncia, do juiz que julga – cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «O inquérito no novo Código de Processo Penal», in: *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, 1988 (reimp. 1993), p. 78 e s.

⁶⁰ Que no modelo revogado não havia qualquer violação material da estrutura acusatória declarou-o inclusivamente o Tribunal Constitucional, no Ac. n.º 237/2007.

⁶¹ Cf., de novo, também nesta direcção, o Ac. do TC n.º 237/2007.

avaliação da eventual ofensa a esse direito não pode realizar-se *a priori* e de uma forma absolutamente desligada do caso concreto. Inúmeras situações existiam e continuarão a existir em que a devolução do processo à fase do inquérito em nada afectaria o seu núcleo essencial. Depois, e decisivamente, porque a tutela legal, em abstracto, desse direito já é dada pela tipificação de prazos e regras de prescrição do procedimento criminal adequados à gravidade do facto e à concreta marcha do processo.

O novo regime legal da alteração substancial dos factos é errado sob qualquer perspectiva por que para ele se olhe.

É errado sob a perspectiva do *princípio do caso julgado*, porque, no fundo, com a nova regulação, um dos seus efeitos essenciais, o da consumpção⁶², forma-se já não a com coisa definitivamente julgada⁶³, por um juiz, mas no próprio decurso do processo, logo na sua fase preliminar⁶⁴, com a dedução da acusação ou com o requerimento para abertura da instrução, aos quais o juiz é completamente alheio. A nova regulação ofende o mandado constitucional, implícito no princípio *ne bis in idem* (art. 29.º-5 da CRP), de “*esgotante apreciação* de toda a matéria tipicamente ilícita submetida à cognição do tribunal num certo processo penal”⁶⁵. E essa é questão que o juiz, na instrução ou no julgamento, não poderá deixar de ponderar (art. 204.º da CRP) quando confrontado com uma alteração substancial de factos não autonomizáveis e se vir impedido pela nova lei de sustar a marcha do processo e obrigado a pronunciar ou a condenar pelos factos antes imputados e que, na sua íntima convicção (art. 127.º), não correspondem fielmente à realidade efectivamente ocorrida.

É errado sob a perspectiva do respeito pelo *princípio da legalidade* e da *finalidade de comprovação judicial* que a instrução deve desempenhar. Se a comprovação se traduz na verificação do acerto de uma decisão de acusar, tome ela a forma de uma acusação propriamente dita ou de uma acusação implícita em requerimento de abertura da instrução, é incompreensível que o juiz de instrução esteja

⁶² Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (com a colaboração de Maria João Antunes), *Direito Processual Penal*, FDUC, 1988-89, p. 103, e MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, vol. 2.º, Editora Danúbio, 1986, p. 34.

⁶³ FRANCO CORDERO, *Procedura Penale*, 8.ª ed., Giuffrè, 2006, n.º 115.5.

⁶⁴ Apontando, todavia, para a formação do efeito consumptivo logo no termo do inquérito, JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *O Caso Julgado Parcial. Questões da Culpabilidade e Questão da Sanção num Processo de Estrutura Acusatória*, Publicações Univ. Católica, 2002, pp. 157 e ss. e 468 e ss.

⁶⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2007, 41.º Cap., § 2.

obrigado a pronunciar o arguido mesmo quando conclua que a descrição factual nela contida não tem afinal total correspondência com a realidade ocorrida, suficientemente indiciada pela prova entretanto produzida. Tal imposição é incompatível com qualquer ideia de comprovação e constitui mesmo a sua denegação.

É por fim errado, e aqui tocamos o essencial, sob a perspectiva da *prosecução das finalidades do processo penal de descoberta da verdade material, de administração da justiça e de pacificação social*. Como agudamente nota Souto de Moura, “os interesses colectivos que se jogam no penal tornam definitivamente inaceitável que nos abriguemos no reino do formal, quando se ignoram factos, e se forja uma pronúncia, que se sabe ser com toda a probabilidade uma mentira”⁶⁶. O novo regime transforma a decisão judicial numa farsa, o que não deixará de violentar o próprio juiz e de descredibilizar o exercício da função judicial. Os casos que por ora só podemos imaginar como possíveis e nos suscitam já profunda inquietação, não tardará nada serão substituídos pelos casos reais da vida, com contornos e nuances que nenhuma imaginação, por mais fértil que seja, poderá adivinhar. Mas já é possível prever que da aplicação do novo regime a esses casos de carne e osso resultarão inevitavelmente soluções tão chocantes e tão repugnantes sob qualquer ponto de vista de justiça material que, por si só, demonstrarão a sua insustentabilidade. E quando isso suceder será 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.

Inconstitucionalidade que se funda não apenas na aludida violação do princípio do caso julgado, na vertente do imperativo constitucional que impende sobre o tribunal de cognição exaustiva da situação da vida levada à sua apreciação, como ainda também na derrogação absoluta do princípio da legalidade da promoção processual. Julgamos não ser necessário encarecer a transcendência deste princípio, que constitui verdadeiramente uma das amarras do processo penal à ideia de Estado de Direito material, como correspectivo do princípio do monopólio estadual da justiça penal e da proibição genérica da acção penal privada.

⁶⁶ SOUTO DE MOURA, «Notas sobre o objecto do processo...», p. 42.

Se é evidente que daqui não decorre uma qualquer imposição de vigência absoluta do princípio da legalidade⁶⁷, também se nos afigura de meridiana clareza que a sua relevância no (e para o) sistema do Estado de Direito *não se compadece com uma sua total e imponderada compressão*. Com efeito, como adverte Figueiredo Dias, “é seguro não poder o Estado demitir-se do seu dever de perseguir e punir o crime e o criminoso, ou sequer negligenciá-lo, sob pena de minar os fundamentos em que assenta a sua legitimidade. (...) Este dever é o correlato da necessidade, pelo Estado sentida, de tomar sobre os seus ombros, de forma exclusiva, a tarefa de investigar, esclarecer, perseguir e sentenciar os crimes cometidos dentro da sua «jurisdição»; é só, por diferentes palavras, a outra face do princípio da exclusão da auto-defesa ou princípio do monopólio estadual da função jurisdicional, que constitui uma exigência irrenunciável das sociedades modernas, fundado como é por valores tão essenciais como as da realização da justiça, da unidade do Estado e da paz jurídica e social”⁶⁸.

É o cumprimento desta obrigação fundamental do Estado para com a comunidade, em geral, e a vítima, em particular, que o novo regime da alteração substancial dos factos vem pôr em causa. Por via dele proíbe-se, de forma absoluta e insusceptível de qualquer ponderação concreta, a investigação pelo Ministério Público, em inquérito, de novos factos não autonomizáveis daqueles que estão submetidos à apreciação, em instrução ou julgamento, de um tribunal, por mais graves e socialmente relevantes que sejam. Este bloqueio total imposto ao funcionamento do princípio da legalidade é incompatível com as injunções que para o Estado resultam do princípio constitucional do monopólio da administração da justiça penal e tem como reverso a desprotecção dos bens jurídicos tutelados pelas infracções criminais em que se consubstanciam os novos factos apurados. Aniquilamento absoluto, e como tal desproporcionado e arbitrário, dos valores e princípios constitucionais enunciados que, em nosso modo de ver, obriga a concluir pela inconstitucionalidade do novo regime da alteração substancial dos factos que a ele conduz.

⁶⁷ PEDRO CAEIRO, «Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema», *RMP*, n.º 84, 2000, p. 33 e ss.

⁶⁸ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, p. 84 e s.

5. Em conclusão. O que a experiência dos últimos vinte anos revela quanto à regulação legal da instrução e à sua concreta materialização na tramitação processual é uma permanente tensão entre duas forças ou tendências contraditórias. De uma banda, temos, ou pelo menos tínhamos, o paradigma legal que procura construir um equilíbrio entre a necessidade de viabilizar uma tutela efectiva dos interesses do assistente e/ou do arguido e o objectivo de emprestar celeridade ao desfecho de uma fase que se quer de mero controlo, porque a causa já foi sujeita a uma investigação e a uma decisão do Ministério Público. De outra banda, e abstraindo agora da instrução requerida pelo assistente, há da parte do arguido uma natural e compreensível propensão para esgotar os direitos de defesa que a lei lhe atribui e até para forçar a ruptura dos limites que lhe são legalmente impostos através da invocação da sua inconstitucionalidade. Aqui vai, todavia, implícita uma contradição que o legislador e o aplicador não poderão ignorar: o arguido requer a instrução para evitar o julgamento, mas reivindica nela para si o paradigma de direitos de defesa que é próprio do julgamento e que se justifica fundamentalmente porque dele poderá vir a resultar a sua condenação⁶⁹.

Não é, porém, sequer comparável o mal da condenação com o mal do julgamento. E porque o que na instrução está em causa é apreciar se o arguido deve ser submetido a julgamento e não se deve ser condenado pelo crime que lhe é imputado, não é razoável antecipar para essa fase interlocutória o catálogo e a amplitude dos direitos de defesa consagrados para a fase do julgamento. A mimetização antecipatória do julgamento na instrução é a todos os títulos indesejável. Transforma o julgamento num *déjà vu* e assim diminui-lhe o papel central que deve desempenhar na concreta realização do processo penal. Além disso, no caso de ter sido deduzida acusação, contribui para o protelamento injustificado da sujeição a julgamento da causa que afinal a ele deva ser levada, o que pode constituir prejuízo sério e grave para a prossecução das finalidades fundamentais do processo penal, designadamente, da realização da justiça pela descoberta da verdade material e da pacificação social.

O legislador de 2007 decidiu manter a instrução como uma fase processual autónoma e não quis aproveitar a oportunidade para reconfigurar a comprovação judicial no sentido de a transformar num mecanismo processual mais simples e flexível.

⁶⁹ Acentua esta ideia o Ac. do TC n.º 459/2000.

Em todo o caso, deveria ter sido tomado em consideração que tanto do lado da doutrina, como do lado da jurisprudência comum e constitucional era largamente dominante o entendimento de que o quadro legal revisto oferecia uma concordância prática razoável e, não menos importante, conforme à Constituição entre os interesses e finalidades que aí se contrapõem. Um modelo legal em que já era dada uma adequada satisfação a um dos desígnios que terá determinado a revisão, conciliar a necessidade de eficácia com as garantias de defesa.

Tendo sido este um dos objectivos político-criminais que confessadamente orientaram a revisão, o mínimo que se poderia exigir ao legislador neste domínio, no qual se joga boa parte da eficácia e da credibilidade do sistema processual penal, é que as alterações fossem congruentes com esses objectivos. Seria ainda exigível que a revisão mantivesse a coerência interna da instrução e a harmonizasse com a fase que a antecede e com a que a sucede. Porém, nada disso aconteceu. Com a regra inquebrantável da publicidade, a nova disciplina legal da instrução enfraquece o princípio da presunção de inocência do arguido, fragilizando assim a posição da defesa, sem que daí resulte qualquer ganho de eficácia. Em alguns pontos, a revisão corre no sentido do reforço da finalidade de comprovação judicial que, segundo o art. 286.º, a instrução deve continuar a desempenhar. Mas noutros caminha num sentido absolutamente oposto e dificilmente conciliável com tal finalidade. É o que sucede com o aludido regime da publicidade, com a introdução do contraditório nos actos de instrução e com a nova regulação da alteração substancial dos factos e da convolação jurídica. Tendências antinómicas que obviamente ameaçam o equilíbrio interno desta fase processual da instrução, que foi tão difícil de construir e manter ao longo dos últimos vinte anos de vigência do Código. Mas representam igualmente o pior que pode acontecer numa matéria em que a *praxis* revela dificuldade ou até relutância em conformar-se com a lei. Num tal contexto de irritação entre a lei escrita e a lei em acção, uma revisão legal que projecta sinais contraditórios é reveladora de uma desorientação legislativa que naturalmente se reflectirá numa desorientação na sua aplicação, com óbvio prejuízo para a boa realização do direito e para o cumprimento das finalidades últimas do processo penal.