

O OBJECTO DO PROCESSO PENAL

— SUA DETERMINAÇÃO —

Por Alberto de Sá e Mello

INTRODUÇÃO

Procurámos, à medida que o breve estudo que segue se desenvolve, focando momentos específicos de particular relevância na tramitação do processo penal, determinar por sucessivas precisões operadas o seu objecto.

Julgámos a questão importante por através dela se poder, com rigor, aferir do conjunto de actos e sequênciã necessária do correcto equacionar das diversas peças processuais em que se formalizam cada uma das diferentes fases do processo. Tentámos também, o que não nos parece de modo algum menos significativo, procurar por este meio assentar fundamentos científicos em questões tão sensíveis como sejam a aplicação da lei processual no tempo — matéria que se deve considerar preliminar ao texto do artigo — os problemas da constitucionalidade do inquérito preliminar e da vinculação temática, em sede de julgamento.

Neste sentido, além da fase preliminar cujo conteúdo enunciámos e que não quisemos deixar de focar, em homenagem aos estudos elaborados pelo Professor Castanheira Neves e pelo *Dr. José António Barreiros*, a cujo mérito pessoal e científico muito devemos como grande inspirador de todo este traba-

lho, entendemos autonomizar vários institutos integrantes do processo penal, que a seguir enunciaremos sumariadamente.

Em primeiro lugar, sob a epígrafe: «*questões relacionadas com a (pré-) determinação da forma de processo*», manifestamo-nos contra a fixação liminar do objecto do processo, dela fazendo depender o próprio conteúdo da fase pré-acusatória, num momento em que, ao promover-se a composição do corpo de delicto, se não criaram sequer fundamentos suficientes para decidir da existência de infracção. Isto, na medida em que se liga a forma de processo a adoptar e subsequente conteúdo da actividade pré-acusatória à pena supostamente aplicável à infracção sobre a qual se promove o processo, que abusivamente se fixa liminarmente como objecto possível da instrução.

Em segundo lugar, sob a epígrafe respeitante ao «*arguido e sua posição processual na fase de instrução*», em que se tratam questões relacionadas com o conteúdo material dos institutos do inquérito preliminar e da instrução preparatória, propusemo-nos adoptar uma posição crítica em relação à doutrina exposta pelo Dr. Germano Marques da Silva sobre a constitucionalidade do primeiro daqueles. A este propósito e com aquele pretexto, procuramos definir o objecto do processo penal no momento em que se consubstancia a conclusão do corpo de delicto por forma a permitir a dedução de acusação. Chamamos a este respeito a atenção para o facto de, subsidiariamente, se tratarem questões relacionadas com as diligências complementares de prova, previstas no art. 342.º do Código de Processo Penal.

Finalmente, perante a obra fundamental do Professor Eduardo Correia, «*Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz*», propusemo-nos determinar os precisos termos em que ocorre a vinculação temática do juiz do julgamento, em relação ao objecto material da acusação, a partir do qual se constituirá caso julgado material, nos termos da lei.

É nestes termos que procuramos estruturar o tema deste estudo, cujos objectivos não devem procurar-se para além do que estritamente enunciámos. Esperamos que cumpra, ainda que mediatamente, os fins a que obedeceu a sua realização.

I — Aplicação da lei processual no tempo

Partimos, ao procurar percorrer algumas das áreas doutrinárias que acima mencionámos, da referência a uma solução que já foi enunciada, para a questão do «sentido» temporal de aplicação da lei processual penal, em resultado da aplicação retroactiva da lei penal substantiva e atendendo a argumentos que valeriam apenas quando considerássemos o regime próprio desta última.

Assim, citando a solução apontada pelo Professor Castanheira Neves e Dr. José A. Barreiros: «... se a nova lei passou a punir um feito em fase instrutória, com pena correccional em substituição da pena maior com que era até então sancionado, teremos neste caso uma tripla aplicabilidade: a) *retroactiva* de nova incriminação cominada a este feito, pois que não existe decisão transitada em julgado; b) *imediate*, da correspondente forma processual, pois que a partir da entrada em vigor da nova lei incriminatória (...) no caso concreto, correccional em vez de querela, teria de pensar-se no abandono da instrução preparatória obrigatória para seguir-se mero regime de inquérito preliminar; c) *no entanto*, dados os efeitos dos actos praticados e a natural colisão (...) com a unidade do já processado, teria de pensar-se numa aplicação *ultractiva* da forma processual que vinha sendo seguida» (1).

Antes de desenvolvermos estas ideias, delas procurando tirar ilacções que podem implicar que se perspectivem diferentemente alguns institutos processuais que abordaremos, convirá referir sucintamente os presumíveis pressupostos destas conclusões.

Assim, face à regra geral segundo a qual a lei processual deve ter aplicação imediata, independentemente da fase processual a que corresponda o momento do início da sua vigência ou do facto que se constitui seu objecto, contrapõe aquele autor que se deverá atender a considerações que

(1) «Processo Penal», (texto baseado nas Lições proferidas pelo dr. J. A. Barreiros na FDL), Coimbra 1981, pp. 211, 212.

respeitem a natureza, quase substantiva, do estatuto jurídico processual dos seus intervenientes. Daí ser de preferir, em determinados condicionalismos, a ultractividade na aplicação da lei processual penal.

Poderemos, na sequência do que se expõe, adiantar algumas considerações. Assim, à aplicação imediata da lei processual penal, desde que respeite sem quebra da necessária unidade de tramitação processual os anteriores actos praticados — posição defendida pela jurisprudência tida por dominante — acresceriam algumas especificações de realce.

É em contraponto ao autonomizar das fases de investigação e julgamento — sendo que, na última, antes que na primeira, se deverá cuidar de preservar a homogeneidade dos actos — que se refere a necessidade de, designadamente por atenção às garantias de defesa do arguido, procurar assegurar o «tratamento mais favorável» a este sujeito processual. Princípio, cuja aplicação corresponderia a retirar daquele dos dois normativos que mais o propiciasse a «posição mais vantajosa» que o contemplasse, ainda que devesse o problema ser colocado só em relação à fase de investigação (2).

(2) Seria, aqui, caso para perguntar se a solução que vimos comentando traduz a aplicação daqueles preceitos que, no conjunto dos dois textos legais, se apresentem mais «favoráveis» à garantia dos direitos processuais, ditos e reconhecidos como quase substantivos, do arguido. O que mal se entenderia face ao carácter revogatório de um em relação ao outro.

Ou se, pelo contrário, se faz referência a uma aplicação indiscriminada e ultractiva do primeiro — aquele em cuja vigência se iniciou o processo — a todos os actos posteriores ao início de vigência da nova lei, sendo que neste caso mal se entenderia, por um lado, em que medida é que aquele princípio de «tratamento mais favorável» colheria plena aplicação e, por outro, a quem o caberia determinar.

Assim:

I) Por exemplo e como veremos, *infra* em 2 — perante a transição de uma forma processual que determine simultaneamente a realização de instrução preparatória e a prisão preventiva do arguido (querela).

II) Para uma outra que, também simultaneamente e segundo entendimento que em princípio perfilhamos, imponha a não manutenção da prisão preventiva, ainda que em caso de flagrante delito e a dispensa de

Em qualquer dos casos, parece dever considerar-se que, em regra, não deverá admitir-se a aplicação retroactiva em obediência àquele princípio de tratamento mais favorável, pese embora a sua fácil determinação no plano substantivo. No que concerne à lei processual, com efeito, tal deverá ser ponderado em termos o mais casuísticos possível, para que de resto apontariam alguns exemplos enunciados. Assim, contudo, o não entendemos, salvo o devido respeito.

Optamos antes por uma solução uniforme, encontrada para uma generalidade de casos e que deve ser resultante do compulsar das valorações a operar. Por um lado, será de considerar o valor dos actos processuais, por referência a cada uma das fases do processo e das relações destas entre si. Cumprirá, pois, avaliar da sua função, conteúdo material e âmbito formal, quando previamente definidos à luz de princípios gerais fundamentais de um dado sistema jurídico-processual.

Por outro lado, ter-se-á de levar em conta uma perspectiva teleológica ligada ao processo penal, encarado agora no plano quase-substantivo do estatuto dos sujeitos intervenientes, em íntima relação com o papel que desempenham ao longo das vicissitudes processuais e com a salvaguarda dos seus direitos.

Para tanto, duas ordens de considerações se nos parecem impôr:

Primeiro, que será por via doutrinária que deverão definir-se os termos em que se aplicará a nova lei processual que revogue lei anterior, sendo que só excepcionalmente se deverão procurar soluções pontuais, consoante o tipo de alterações introduzidas. Ainda assim, apenas quando a tal entenda pro-

instrução preparatória e consequente não realização de interrogatório do arguido (correcional).

Perguntar-se-á, a qual dos sujeitos processuais intervenientes caberá, e em que termos, legitimidade para requerer, invocando tal tratamento, a aplicação de um ou outro regime e a quem caberá o poder de sobre esta questão decidir e em que regime processual.

A este problema é sensível aquele autor, embora sem o resolver em termos de conjunto. Veja-se a este respeito algumas soluções que, pontualmente, propomos infra.

ceder o legislador e com expressão clara no próprio texto legal — como ocorre, por exemplo, em relação ao decreto-lei n.º 35 007 — e atendendo a considerações decorrentes do seu conteúdo e espírito.

Nos demais casos, quando a lei não contenha qualquer disposição que estabeleça o âmbito da sua própria aplicação temporal, não deverá o intérprete permitir-se, ou ser deixado à entidade que a aplica, usar de faculdade de decidir casuisticamente do sentido temporal da vigência da lei anterior e daquela que a revogue.

Antes, será de entender que — a ser questão fixada por via doutrinária — nunca será de privilegiar a aplicação imediata da nova lei processual aos processos já iniciados. Em relação a estes, muito menos se deverá admitir que, no mínimo em relação a cada uma das fases em que o processo se desenvolve, se permita em qualquer caso a aplicação imediata ou retroactiva da nova lei processual. É pois de optar pela aplicação ultractiva da lei processual, que parcial ou totalmente se revogue, tendo em vista considerações relativas à salvaguarda de direitos processuais adquiridos pelas partes e à unidade e harmonia estrutural do processo na sua globalidade, ou em cada uma das suas fases.

Passaremos, assim, a estudar o processo penal português actual, por forma a tentar cumprir com o «compulsar» das valorações que neste sistema se operam e usando os critérios que acima referimos.

Para tanto, autonomizando as fases de pré-determinação da forma de processo, investigação, acusação e pronúncia, e julgamento, procuraremos dentro de cada uma encontrar e ultrapassar algumas das «questões-chave» em relação às quais a doutrina apontou já algumas pistas-de-trabalho que, por nem sempre perfilharmos, cuidaremos de tratar.

Antes, porém, alguns esclarecimentos urge empreender, quanto a dois conceitos, ainda insuficientemente explanados: o de «unidade e harmonia processuais» e o de «direitos processuais adquiridos pelas partes intervenientes». Para o que nos debruçaremos em breve análise sobre o conceito de objecto do processo penal.

Conceito e âmbito de aplicação das noções de «Unidade e harmonia processuais» e «Direitos processuais adquiridos»:

Para que num dado sistema jurídico-processual faça sentido a referência a direitos adquiridos pelas partes, é rigorosamente indispensável que, por um lado, o seu estatuto — enquanto sujeitos processuais — apareça pré-determinado à luz, quer de princípios gerais daquele ramo de Direito, quer de uma posição jurídica substantiva em conflito com as (posições) de outros sujeitos, face a uma — mesma — situação/relação jurídica controvertida. Esta, a projecção desejável para que, no plano formal, se possa falar de uma uniformidade no desenvolvimento processual do papel dos sujeitos intervenientes, que revele a pretensa unidade processual.

Bem se entende que pouco importaria que o processo penal fosse, na sua tramitação, unitário e fluído até ao seu desfecho, se lhe não preexistisse uma ordem de valores jurídicos substantivos que, unitariamente também, o orientassem teleologicamente.

Disto se apercebe claramente o Professor Eduardo Correia⁽³⁾ ao referir que: «... o verdadeiro objecto processual, aquilo sobre que incide a investigação, é um comportamento dum sujeito nas suas relações de coincidência com um facto representado»; ou: «... deve usar-se o método jurídico-normativo (...) a unidade do objecto processual assenta na concreta violação jurídico-criminal acusada»; ou, ainda: «... o objecto do processo estender-se-á a todas as actividades que possam ser polarizadas pela concreta violação, unitária, de bens jurídicos criminais»⁽⁴⁾.

Só que, como veremos, tal pode ou não ver-se confirmado no plano do Direito processual positivo, através de razões que talvez nem sempre o levem em consideração. De

(3) «Caso julgado e poderes de cognição do juiz».

(4) Quanto a esta última aceção, reportando-se à questão da vinculação temática, e sobretudo no que toca ao seu desenvolvimento, reservamo-nos o direito de discordar como resultará do que abaixo fica dito, ver *infra* Capítulo 4.

entre elas, apontaremos as mais sensíveis nas partes subsequentes deste texto.

2 — Breve enunciado das questões relacionadas com a determinação da forma de processo.

A primeira questão que se suscita, quanto à determinação da forma de processo num sistema onde pretensamente domina o princípio acusatório e da investigação, por opposição a um outro onde prevaleça o princípio do dispositivo, será a que se prende com a justificação e fundamentos de uma pré-determinação da forma processual a adoptar.

Isto, porque à forma de processo adoptado estão ligados — e pensemos apenas nos processos sumário, correcional e de querela — factores tão determinantes como sejam: a realização ou não da instrução (preparatória judicial ou preliminar policial); a direcção imediata da fase pré-acusatória pelo Ministério Público ou autoridade policial (instrução preliminar policial) ou por entidade judicial (preparatória judicial); a situação em que o arguido vai aguardar julgamento; a obrigatoriedade de realização de instrução contraditória.

Parece-nos pois, no mínimo, gravemente prematuro que liminarmente se fixe qualquer critério de que resulte o estabelecimento de uma forma processual, ligada *a menos de uma convicção* quanto aos factos que eventualmente fundamentarão a acusação e, nesta medida, constituirão com maior ou menor amplitude, o objecto do processo.

E, ainda mais grave e paradoxal entendemos ser o facto de, aquela mesma pressuposição não fundamentada, determinar toda a actividade pré-acusatória, que pretende afinal criar os fundamentos materiais da própria acusação.

Assim, por o julgarmos inequivocamente mais curial, entendemos que em termos de Direito a constituir e sem qualquer excepção, *nunca* a actividade pré-acusatória, possua ela natureza processual ou pré-processual, se poderá fazer depender da forma de processo a adoptar a final. A qual, na melhor das hipóteses — e veremos que mesmo isto poderá conside-

rar-se eivado de contradições — deverá ser determinada apenas no momento e de acordo com o conteúdo da acusação (5).

Feita esta precisão necessária, óbvio se tornará que é nos arts. 68.º e 69.º do Código do Processo Penal que mais gritantes, por mais evidentes, se tornam as razões que vimos de refutar.

Assim, teremos que, depois de no disposto nos arts. 63.º a 67.º se conter um conjunto de princípios para a determinação da forma de processo a seguir, cujos pressupostos vimos de considerar inaceitáveis, encontramos nas disposições que lhes seguem uma nova plêiade de regras, de cujo fundamento logico-doutrinário duvidamos.

Desde logo, ao apontar-se (art. 68.º-1 e 2) um critério de equivalência entre as penas consagradas na lei substantiva para cada tipo de infracção e que no plano processual irão — censuravelmente, como vimos — determinar a forma de processo a adoptar, uma questão nos surge inevitável: porquê uma equi-

(5) Como se poderá constatar pelo que deixamos exposto noutro local deste texto, verificar-se-á que, nem esta e nos simples termos que enuncia, se deverá considerar solução satisfatória.

Assim, de acordo com as posições que adoptamos, é do conjunto formado pelo conteúdo da acusação do Ministério Público e demais entidades acusadoras (quando autónomas), em combinação com as diligências judiciais pós-acusatórias, no âmbito dos poderes de cognição do juiz, que se irá determinar o objecto do processo, em termos que definitivamente o liguem ao âmbito do caso julgado.

Ora, o objecto do processo poderá obviamente não coincidir com aquele que inicialmente fora definido pela acusação de cada uma, ou do conjunto 'das partes acusadoras autónomas. Estando sujeito, desde a aceitação da acusação e pronúncia, a variações em torno da matéria-conteúdo da sentença transitada em julgado.

De qualquer forma, restaria saber qual o «modelo» que uniformemente seria de adoptar, quando pensamos na tramitação da fase pré-acusatória. Não nos parece indiscutível a doutrina contida no art. 68.º-3 do Código de Processo Penal, já porque tem em conta toda uma outra ordem de considerações, já porque não atenderia a certas razões, que accetamos, de celeridade e economia processuais com que não iria compadecer-se.

A estas questões e às razões que lhes estão subjacentes procuraremos dar cabal tratamento, à medida que este trabalho se desenvolva e nas rubricas que lhes correspondam.

valência entre penas, que não uma equivalência entre infracções? Assim, qual — e como é determinável — a equivalência entre uma pena maior e uma sanção disciplinar de demissão, por exemplo? E mais, a expressão «equivalência precisa» usada no art. 68.º n.º 2, do Código, será sinónima de «coincidência textual»? E, finalmente, será que devemos entender que o critério de graduação das penas supostamente aplicáveis é meramente quantitativo, ou dever-se-á usar de uma valoração qualitativa e, assim sendo, de que tipo e à luz de que critérios?

Parece-nos que do texto daquelas e de outras disposições do Código de Processo Penal resultarão claras e inaceitáveis as respostas àquelas perguntas.

Logo no que concerne o primeiro problema levantado, verificamos que a sua solução deve ser buscada no equacionar da segunda questão posta.

Assim, a razão pela qual se estabelece uma equivalência abstracta entre penas, e não entre infracções, é a mesma pela qual se fazem equivaler sanções com natureza e efeitos diversos.

Isto, porque do que verdadeiramente se trata é da impossibilidade de se encontrar material e formalmente definido o objecto do processo, até à acusação, em termos relevantes designadamente no que respeita ao âmbito a definir vinculadamente do caso julgado. E, deste modo, vai o legislador socorrer-se como alternativa, de um artifício formal para superar um vício que é de fundo.

Partindo de uma pretensa, e não-fundamentada, ligação formal entre uma infracção não-acusada ou pronunciada, e a sanção que no caso de condenação lhe corresponderia, procurou-se criar um duplo nexos de «equivalência» estabelecido de modo inteiramente formal.

Equivalência, primeiro, entre um facto que supostamente constitui ilícito penal e a tramitação processual correspondente, desde logo na fase de investigação. Investigação essa que, propondo-se «... reunir os elementos de indicição necessários para fundamentar a acusação» (art. 12.º do Decreto-Lei n.º 35 007), estará dependente, quanto ao seu tipo e natureza, da própria forma de processo adoptada. Pelo que é, em última análise, de acordo com a ideia pré-concebida acerca dos factos

que pretende acusar tida pela entidade que, além da iniciativa processual poderá dirigir a investigação instrutória e com base nesta requerer o julgamento, que se irá formalmente determinar o tipo de processo a seguir, quanto ao seu conteúdo material.

É, além disso, partindo daquele critério formal de correspondência entre as sanções pretensamente aplicáveis e a forma de processo correspondente, que a lei processual cria e impõe que, numa nova etapa, se estabeleçam sucessivas «correspondências» entre as pretensões da parte acusadora, relativas a penas diversas das previstas no «quadro-tipo» fornecido pelo Código e uma das formas processuais-padrão.

A valoração é pois meramente formal, partindo do pressuposto de que: para se obter determinado resultado, dado pela sentença condenatória e pretendido ante-processualmente pela parte acusadora, dever-se-á orientar a investigação instrutória de acordo com uma componente variável dada pela sua natureza, âmbito e conteúdo por forma que os factos em que a acusação se irá basear, fixados como objecto do processo — e dos quais a entidade julgadora terá um conhecimento necessariamente imperfeito, no momento da pronúncia — imponham uma vinculação a esta mesma entidade, no momento em que se profere a sentença final ⁽⁶⁾.

(6) Quando abaixo tratarmos a questão da vinculação temática, ligada ao âmbito dos poderes de cognição do juiz e ao conteúdo e âmbito que a lei define para o caso julgado, compreenderemos melhor o que de iníquo se contém nesta solução.

Na melhor das hipóteses avançadas, alargam-se os poderes de cognição do juiz para além do conteúdo material da acusação deduzida e aceite.

Seria contudo necessário, para que estes (poderes do juiz) se tornassem mais compatíveis com o alcance legal atribuído ao caso julgado, que os mesmos se alargassem, tornando-a irrelevante, a factos diversos dos que constituem objecto do processo, ainda que tal ocorresse em termos a desprezar a forma de processo adoptada, que directa ou indirectamente os condiciona.

Isto, é evidente, na pressuposição de se manterem — sendo incompatíveis a nosso ver: os critérios fixados para a determinação da forma de processo; os princípios do acusatório e da verdade material; e o alcance legal do caso julgado, para além «dos precisos termos em que a sentença decida».

Nestes termos, parece-nos despicienda a doutrina que resulta do consagrado nos arts. 69.º, 98.º-2, e § 3.º e 99.º § 1.º, todos do Código de Processo Penal. Isto, muito embora se possa argumentar que é no momento da aceitação ou rejeição da acusação que se deverá empreender, por excelência, actividade de saneamento do processo (arts. 390.º, 365.º e segs. e 400.º do mesmo diploma), podendo a arguição desta nulidade ser officiosamente promovida pela entidade judicial em qualquer estado do processo.

Várias hipóteses poder-se-ão inclusivamente configurar, para demonstrarem a eventual inoperância destes critérios.

Desde logo, recorrendo a um exemplo que nem sequer será o mais significativo a apontar, basta-nos recordar que o conhecimento officioso do vício referido, sendo facultado a «tribunais de qualquer categoria» (art. 99.º, proémio do Código), seria inviável na pessoa da entidade judicial encarregada da instrução pré-acusatória e da sua direcção, precisamente em todos os casos em que aquela investigação for exclusivamente cometida — ou puder sê-lo — a uma entidade não-judicial (instrução preliminar policial), que também acusará.

Um outro exemplo, algo mais elaborado, ser-nos-á dado pela situação hipotética que a seguir configuramos.

Suponhamos que é desencadeada iniciativa processual contra um arguido preso em flagrante delito por autoridade policial, pelo pretenso cometimento de infracção a que se faz corresponder pena maior. Mais se acrescenta, que no decurso da audiência de julgamento, se constatou existir o concurso de circunstâncias atenuantes que modificam a pena aplicável para simples pena de prisão correccional.

Apresentado o arguido ao juiz de instrução no prazo de quarenta e oito horas (art. 311.º do Código) e interrogado nos termos do art. 253.º e 291.º § 3.º, do mesmo diploma, decide o juiz (art. 263.º) manter a prisão preventiva, validando a captura. Todavia, fá-lo com fundamento, não na circunstância de flagrante delito, mas no preenchimento dos requisitos do art. 291.º do Código, assim hipoteticamente fundamentando: 1.º — «Os autos de notícia da infracção cometida levantados pela autoridade policial, nos termos do art. 166.º do Código de Processo

Penal, não possuem o valor probatório consagrado no disposto no art. 169.º, por força da excepção estabelecida no § 1.º do mesmo artigo; isto, porque correspondendo à infracção supostamente praticada pena maior, é afastada a adopção de forma sumária do processo, sendo de seguir processo de querela.»

2.º — «Pelas razões expostas, é irrelevante e não se prova haver-se consubstanciado situação de flagrante delito, pois não existem elementos suficientes atendíveis que imputem ao arguido, desde logo, mais do que a forte suspeita de haver perpetrado a infracção, sem que se mostre claramente que a cometeu ou nela participou' (arts. 251.º e 288.º)». 3.º — «Determina-se, contudo, a manutenção da prisão preventiva, validando-se a captura pois que, muito embora se não sustente apenas pela efectividade da ocorrência de flagrante delito — cuja prova não é atendível suficientemente — a conjugação dos factos resultantes de o arguido ter sido preso e como tal ouvido em auto, com a pretensa applicabilidade de processo de querela, seria bastante para que se declarasse aberta a instrução preparatória».

Embora a tenhamos tornado propositadamente tautológica, designadamente nos termos em que fica exposta, é aparentemente razoável a argumentação aduzida. Da mesma se poderão retirar algumas conclusões que não poderemos desprezar.

Assim, parece resultar claro que a ocorrência de flagrante delito, nos termos algo equívocos em que nos aparece descrita na lei processual penal, só poderá ser atendida como elemento de prova que indicie o cometimento da infracção, quando a esta se atribua gravidade que permita adoptar forma de processo susceptível de dispensar toda e qualquer actividade instrutória. Isto é, quando os autos de notícia levantados possuam valor probatório que permita a introdução do feito em juízo, independentemente de quaisquer outros elementos de indiciação que fundamentem a acusação. Ora, o que vimos de enunciar importará que cheguemos a algumas conclusões, não completamente despidas de um sabor de paradoxo. Se não, vejamos.

A validação da captura e a manutenção da prisão preventiva de arguido, quando à infracção pretensamente cometida corresponda pena maior, pressupõe a sua prisão em flagrante

delito ou a verificação dos requisitos previstos no art. 291.º do Código de Processo Penal. Ora, como vimos, a circunstância de flagrante delito de que levante auto de notícia uma entidade policial, só poderá em si mesma ser atendível como elemento bastante de indicição, precisamente nos casos em que se dispense toda e qualquer actividade instrutória, seguindo-se processo sumário — o que, no mínimo, esvaziará de conteúdo o estabelecido quanto à tramitação pré-acusatória quando existam arguidos presos, já que nos demais casos (maxime, processo de querela) aquela circunstância de flagrante delito descrita em auto de notícia é probatoriamente irrelevante (7).

Proseguindo, teremos então que, para poder ser validada a captura e mantida a prisão preventiva, nos casos em que a parte acusadora pretenda fazer corresponder à infracção cometida pena maior aplicável em processo de querela, será necessário que se cumulem verificados os requisitos impostos no estabelecido no art. 291.º do Código de Processo Penal. Estes, por seu lado, parecem-nos redundantes, ou, então, reconduzem-nos inevitavelmente às conclusões que adiantámos sobre a arbitrariedade da pré-determinação da forma de processo.

Assim, consagra-se (art. 291.º, alín. a)) como necessário à

(7) Nesse sentido ver a exposição feita, in «Estudos sobre a Constituição», vol. III' pelo Dr. José António Barreiros, da qual se poderá concluir deverem prevalecer as garantias de defesa do arguido, nos seguintes termos:

Afastar — através de uma interpretação justificável à luz dos preceitos constitucionais — a disposição que atribui valor probatório pleno aos autos de notícia, torna necessária a existência de uma actividade instrutória pré-acusatória judicializada, mesmo quando esta é aparentemente dispensada naqueles casos.

Contudo — e aliás um pouco na linha do que aquele autor parece reconhecer — tal só nos parece defensável, quando se tenha como inaceitável, no seu espírito e letra, toda e qualquer forma sumária de processo penal.

Ainda no âmbito desta anotação, convirá recordar que a prisão preventiva, ainda que em flagrante delito tenha ocorrido a captura, não poderá ser mantida em qualquer forma de processo que admita — por essa circunstância — forma sumária.

manutenção da prisão preventiva, precisamente a «perpetração de crime doloso punível com pena maior». Ora, como tal não pode — pelas razões expostas — resultar da ocorrência de flagrante delicto que fundamente tal convicção, teremos que se manterá o arguido preso pelo simples facto de pretender a parte acusadora ter aquela pena como a aplicável a uma infracção ainda não indiciada, através de elementos de prova bastantes a fundamentar, *sequer*, a acusação!...

Dir-se-á, em contraponto, que tal não é exacto, uma vez que se exige o concurso dos requisitos estabelecidos nas alíneas b) e c) do mesmo artigo.

Todavia, quanto ao primeiro (alínea b)), necessário será conjugá-lo com o disposto no § 1.º daquele artigo. Assim, ao impedir-se que para a comprovação da prática da infracção ou da sua imputação ao arguido se use a captura do mesmo, parece dever concluir-se que, como da captura não resultará directamente, sem dúvida, o reforçar daquela convicção, se terá de reportar aquela disposição à situação do arguido preso e como tal interrogado em auto, do que resultariam diminuídas as suas garantias de defesa.

Parece, pois, que não poderá validar-se a captura e manter-se a prisão preventiva do arguido, com fundamento em indícios obtidos como consequência directa da sua situação de detenção. Por maioria de razão, também se não poderá partir desta — *note-se que falamos da questão da manutenção ou não-manutenção da prisão preventiva, o que é diferente de considerar o arguido preso numa situação de desvalor em relação à obtenção de elementos de prova, que o indiciem suficientemente para fundamentar a acusação e a pronúncia* — para determinar a pena aplicável à infracção cometida. Isto é, a captura e manutenção da prisão preventiva do arguido não se podem considerar meios para a sua própria justificação, nem através daquelas, em si mesmas consideradas, esta pode ser alcançada. Assim, na ausência de outros meios de indicição, a prisão preventiva do arguido é mantida ou não em processo de querela, consoante exista ou não, manifestada na parte acusadora, a pretensão de a determinado comportamento daquele vir a imputar um grau de ilicitude a que se faça corresponder pena maior aplicável.

A tudo isto se acrescentaria — ainda na linha do que vimos expondo — a iniquidade que aparenta a doutrina contida no art. 69.º do Código de Processo Penal. Assim, na hipótese que temos vindo a considerar e nos termos do entendimento dominante nesta matéria⁽⁸⁾, apenas se deverão considerar na determinação da forma de processo as circunstâncias agravantes estabelecidas na lei que modifiquem o máximo da pena. Por outro lado, resultando o conhecimento destas circunstâncias — no caso vertente — de factos cuja ocorrência se verifica durante a audiência de julgamento (arts. 447.º e 448.º, do Código de Processo Penal), podem não constar (os factos que constituem circunstância atenuante) como elementos constitutivos dos que integram o despacho de pronúncia. Ou pelo menos assim deve entender-se, uma vez que nada indica que (arts. 359.º-3 e 365.º-3, do Código) na acusação/pronúncia estivessem o MP e/ou o juiz do julgamento aptos a conhecer dos mesmos.

Seguindo esta ordem de razões e deixando agora considerações que não resultem da mais aparente interpretação daquelas disposições⁽⁹⁾, teríamos que: tratando-se de factos não-acusados, que constituem atenuante da infracção que se pretende cometida como susceptível de condenação em pena maior e que, presumivelmente, resultaram da discussão da causa em alegação da defesa na audiência de julgamento, deveriam as mesmas ser consideradas na medida em que importam «diminuição da pena» (em sentido amplo).

No entanto, dois factos parecem contrariar este argumento. Primeiro, não se tratar propriamente de «pena reduzida», mas de pena diversa daquela que se pretendia aplicável, pois que, quanto ao seu tipo e natureza, se deverá classificar como pena correccional. Em segundo lugar, ocorre entender-se (não

(8) Veja-se o que a este respeito deixamos dito, *infra* 4, e os comentários que a propósito, tecemos à doutrina dos Profs. Beza dos Santos e Eduardo Correia.

(9) Algumas considerações de fundo sobre esta matéria serão encontradas a respeito da análise às posições doutrinárias dos Profs. Beza dos Santos e Eduardo Correia; ver *infra* 4.

atendendo ainda às controversas posições doutrinárias do Prof. E. Correia a este respeito) que não serão de considerar quaisquer factos não-acusados que importem a convocação por infracção inteiramente nova, uma imputação distinta, ou a condenação em pena diversa daquela que se ligou à infracção instruída e acusada, *mesmo que* esta não seja incompatível com a forma de processo adoptada.

Por outro lado, não se vê exactamente como articular o que fica exposto, com o entendimento da doutrina contido nos arts. 69.º e 99.º § 1.º do Código de Processo Penal. Se não, vejamos. Antes de mais, verificar-se-á que, «tratando-se de nulidade que consiste no emprego de forma de processo comum mais solene em vez de outra menos solene, a mesma só poderá ser arguida até à audiência de julgamento». Pelo que aquelas circunstâncias atenuantes não chegariam nunca — uma vez não acusadas e/ou conhecidas no momento da pronúncia e marcação de dia para julgamento — a ser consideradas na sentença condenatória. Assim, não haveria que ressaltar o que nos parágrafos anteriores surge delineado, embora o problema se desenhe com algum interesse (1º).

(10) Restaria saber se, na linha do que como veremos adiante defende o Prof. Eduardo Correia: se deverá optar por perspectivar a questão a partir do problema da sua conexão com a forma de processo adoptada; se partindo da doutrina expandida a propósito do conteúdo dos conceitos de vinculação temática/âmbito do caso julgado — o que não será indiferente.

1) Isto, porque se atendermos à primeira ordem de razões, se tem por consolidada a partir do início da audiência do julgamento — e no caso que tratamos — a forma de processo adoptada, mesmo que indevida (art. 99.º § 1.º).

Ora, aquele Professor pretende ver integradas as situações lacunosas, deixadas pelos arts. 446.º a 448.º CPP, pelo disposto no art. 443.º, conferindo nova amplitude aos poderes de cognição do juiz sobre matéria de facto não-acusada, mais compatível com o âmbito do caso julgado, definido legalmente pelo art. 153.º, CPP. No entanto, a tal obstará o conhecimento de qualquer facto que importasse convocação por infracção diversa, a que fosse aplicável pena incompatível com a forma de processo adoptada.

Constituir-se-ia talvez uma das limitações, que aquele autor refere como admissível, aos poderes do juiz, desde que se prendam com «... maté-

Ainda assim, não será despiciendo perguntar como conciliar o facto de não serem atendíveis — segundo o mesmo Prof. E. Correia — as circunstâncias atenuantes modificativas da pena aplicável, e tão só as agravantes modificativas que alterem o máximo da pena, quando pensamos na determinação da forma de processo aplicável e nas suas consequências sobre a actividade instrutória, em geral e na situação de liberdade do arguido, em particular (art. 69.º do Código).

Pode ser verdade que, uma vez não-acusados os factos que constituem circunstância atenuante da infracção cometida — em termos a alterarem o tipo de pena aplicável e não apenas o seu quantitativo — se considere consolidada a forma de processo adoptada, nos termos do § 1.º do art. 99.º do Código de Processo Penal. Pode, também, admitir-se que, ainda que assim não fosse e pelos fundamentos acima invocados, estivesse vedada ao Juiz a condenação por infracção diversa da acusada, quando tal implique o conhecimento de factos inteiramente diversos dos instruídos ou que, sendo conexos, pressupusessem a aplicação de pena diversa e não da mesma pena, reduzida. Embora esta doutrina seja já muito discutível. Pode, por outro lado, entender-se que, usando de argumentos que se prendem com a relação necessária entre o âmbito do caso julgado e o conteúdo da sentença condenatória possa o Prof. E. Correia defender que todos os factos que se encontrem numa relação

rias que não se reportem a uma unidade de valoração jurídica com os actos objecto da instrução, ou não respeitem a efeitos da actividade criminosa que se desenvolvem depois de finda a instrução, ou não estejam ligadas às garantias de defesa do arguido».

II) Em contrapartida, se atendermos aos termos estritos em que o problema se coloca da perspectiva do conceito de vinculação temática, então, não deverão restar dúvidas de que é às circunstâncias agravantes ou atenuantes dos factos acusados — como expressamente aquele autor refere — que se deverão alargar os poderes de cognição do juiz. Desde que, como é o caso: «exista unidade da violação de bens jurídicos criminais (ainda que integrem diferente tipo legal), dada por uma relação de hierarquia entre os factos acusados e os factos (especiais) que atenuem ou agravem a infracção perpetrada».

hierárquica de especialidade com os acusados, deverão ser conhecidos do juiz do julgamento, por maioria de razão dada pela aplicabilidade, em termos genéricos, da doutrina do art. 443.º do Código de Processo Penal.

O que já não nos conformamos a aceitar é que venha este autor — em opposição à doutrina do Prof. Cavaleiro de Ferreira — pretender que, à revelia de tudo o que ficou exposto, se possa pré-determinar a forma de processo (permitindo, por exemplo e nomeadamente no caso concreto que expusemos, se mantenha a prisão preventiva do arguido pelo menos do decurso da instrução), em termos que mais obviamente vão lesar as suas garantias de defesa. Isto, porque nos parece ilógico que, adoptada a forma de processo de querela, por se pretender aplicável à infracção cometida pena maior — podendo manter-se, apenas por este facto, a situação de prisão preventiva do arguido, como vimos e rebatemos acima — esteja vedado o conhecimento de quaisquer circunstâncias atenuantes, que possam alterar radicalmente, se não o conteúdo do despacho de pronúncia *uma vez que pode ser entretanto suscitado o conhecimento daquelas circunstâncias*, pelo menos a mais que provável não-manutenção da prisão preventiva do arguido ⁽¹¹⁾.

(11) A questão que em síntese se pode colocar é a de saber em que medida, não obstante a atenuação deste risco dada pelo consagrado nos arts. 253.º, 254.º, 257.º e 258.º CPP, deverá o juiz de instrução conhecer de circunstâncias atenuantes, que concorram com a infracção cometida no sentido de alterarem o tipo de pena aplicável e a forma de processo adoptada.

Isto, porque se contrapõe ao disposto nos arts. 263.º e 99.º proémio do CPP, a doutrina segundo a qual não deve atender-se, na pré-determinação da forma de processo, qualquer circunstância atenuante modificativa da pena.

Ora, *caso seja adoptado processo de querela* — o único que permite a manutenção da prisão preventiva do arguido — simples facto de se entender como atendível e provável a verificação de circunstâncias que modifique naqueles termos a pena aplicável, traduz já, a não ocorrer flagrante delicto, a impossibilidade de manutenção de prisão preventiva.

Alteram-se assim argumentos que *pela mesma circunstância* impunham que o objecto da instrução se circunscrevesse aos factos que integra-

Aliás, como conceber que tendo o juiz o dever de suscitar officiosamente o conhecimento de qualquer facto que configure a nulidade processual, correspondente à adopção de forma de processo diferente da estabelecida na lei, se consolide aquela que se adoptou quando fôr mais solene que a devida, ainda que ocorram as circunstâncias que descrevemos? (12) Deverá, na audiência de julgamento — e face ao âmbito legalmente definido do caso julgado — sacrificar-se o réu à aplicação de

riam a infracção «principal» punível (no seu «tipo formal puro») com pena maior determinando a prisão.

Ora, para quê impôr o ónus da alegação daquelas circunstâncias ao arguido, ou determinar a sua arguição officiosa pelo juiz (neste caso, de instrução), suscitando a alteração superveniente da forma de processo adoptada e a necessária alteração da situação de liberdade do arguido, quando o conhecimento das atenuantes legais (cfr. art. 69.º, «in fine») é de presumir na entidade acusadora, logo no momento em que desencadeia o processo?

Valerá o risco de, não sendo suscitados aqueles factos, se poder manter uma situação inadequada e injusta?

Note-se que à entidade acusadora, quando ao tipo legal puro da infracção principal indiciada corresponder, por exemplo, pena maior/processo querela, estará vedado que inicie o processo segundo outra forma a que necessariamente corresponderia, se «ab initio» pudesse considerar aquelas circunstâncias atenuantes, legais ou não, de que poderá ter desde logo conhecimento.

(12) Em conexão com o que expomos na anotação anterior, o problema aqui assume nova dimensão de gravidade.

Isto, porque articulando o disposto nos arts. 291.º e 69.º CPP: será que a expressão «crime doloso punível com pena maior», ao consagrar uma abstracção formal, a cujos vícios nos referimos já a propósito da doutrina contida nos arts. 63.º e 69.º do CPP, e uma vez que se reporta uma aplicabilidade eventual e não fundamentada de determinada pena, se deverá entender dentro dos estreitos limites impostos pelo art. 69.º para a determinação da forma de processo?

Não nos esqueçamos, por um lado, do eventual carácter redundante — a que já nos referimos — dos requisitos cumulativos contidos nas alíneas b) e c) daquele art. 291.º E, por outro, que não é apenas face ao interrogatório do arguido preso realizado na instrução pré-acusatória, que se irá determinar a pena aplicável; ou, sequer, indiciar suficientemente o conjunto dos factos que fundamentarão a acusação fixando em traços amplos o objecto do processo!

uma pena maior, pelo simples facto de haver seguido processo de querela e aquele não poder ser condenado, ainda que alegue em sua defesa circunstâncias atenuantes, por infracção a que se liga pena diversa da que corresponde aos factos porque foi acusado e pronunciado? Parece-nos, firmemente, que não.

Em todo o caso, a verificar-se o concurso — que só julgamos possível em termos académicos — das situações que hipoteticamente enunciámos, resulta indesmentível que a lei processual penal vigente e a doutrina dominante nesta matéria não previnem exaustivamente toda e qualquer eventualidade deste tipo, como seria desejável.

3-A — O arguido e a sua posição processual na fase de instrução. Da equivalência processual e material dos institutos: inquérito preliminar e instrução preparatória — (o estudo do Dr. Germano Marques da Silva)

Parece-nos desejável que, para determinar da equivalência dos institutos do inquérito preliminar e instrução preparatória⁽¹³⁾, se chegue a um conceito prévio que compreenda a sequência de actos que integram toda aquela fase processual (ou pré-processual, conforme se vier a entender) pré-acusatória, que não revista natureza contraditória.

Para tanto, será útil que se esclareçam duas questões prévias, a de saber o que se entende por *actividade «processual» pré-acusatória* e por *actividade instrutória com natureza contraditória*.

(13) Pareceu-nos dever abordar esta questão de uma perspectiva actual, privilegiando a dinâmica processual daqueles institutos pré-acusatórios, ainda que em detrimento de uma análise estática da posição dos sujeitos processuais (*maxime*, o arguido) nesta fase do processo penal.

Para tanto, partimos da análise sistemática — através de breves anotações e comentários — do artigo publicado na «Revista Direito e Justiça», volume I, Número I (1980), págs. 179 e segs., pelo Dr. G. Marques da Silva.

Para ventilar este último conceito — e num excesso de simplificação tão indesejável como impreciso — poderíamos sempre afirmar que, nos termos dos arts. 170.º, 240.º, 326.º § único, 327.º proémio/segunda parte, e 332.º § único do Código de Processo Penal, a instrução contraditória se definirá: *pela sua natureza e conteúdo*, como o conjunto de actos de investigação pré-acusatória, destinados a complementar a prova obtida no corpo de delicto, pressupondo sempre a realização de diligências prévias (preparatórias e/ou preliminares policiais) de instrução; *pela sua forma*, pela admissibilidade do recurso a contraditas (arts. 640.º e 641.º do Código de Processo Civil). Tal distinção, embora simples, parece-nos insuficiente.

Isto, porque falta demonstrar, por um lado, se todas as diligências de prova, complementares ao corpo de delicto (entendido em sentido restrito), se deverão integrar na fase processual que se inicia com a abertura da instrução contraditória⁽¹⁴⁾. Por outro lado, se toda a actividade de instrução contraditória — a própria fase processual — será necessariamente antecedida e daí o seu carácter complementar, de uma actividade instrutória, quer em sentido próprio (instrução preparatória), quer impróprio (inquérito preliminar).

Esta última questão poderá, ainda, desdobrar-se em duas outras: primeiro, a de saber se a instrução contraditória pressupõe a necessidade de prévia realização de instrução preparatória (judicial e/ou policial); segundo, o determinar a equivalência formal e material daqueles dois tipos de instrução pré-acusatória. Da primeira questão formulada trataremos de seguida. Quanto à outra, remetemos o seu estudo para o comentário que empreenderemos adiante, referido ao artigo do Dr. G. Marques da Silva.

Haverá, pois, que considerar dois tipos de casos, a saber: quando a realização da instrução contraditória é obrigatoriamente imposta por lei, e quando o não é. Ao primeiro caso

(14) Ver adiante o capítulo deste texto sob a epígrafe: «a questão da natureza, âmbito e prazos de instrução pré-acusatória».

poderemos acrescentar as situações em que aquela imposição resulta, em termos de obrigatoriedade, de uma decisão judicial.

Assim, teremos que (art. 327.º do Código de Processo Penal) nos processos de querela é obrigatória a realização de instrução contraditória. Tem esta por fim «esclarecer e completar a prova indiciária da acusação e realizar as diligências requeridas pelo arguido, destinadas a ilidir ou enfraquecer aquela prova e preparar ou corroborar a defesa» (15). Como interpretar esta disposição?

Teremos, por um lado, que a legitimidade do arguido para requerer as diligências a que se alude se encontra consagrada no disposto no art. 352.º proémio e § 1.º do Código. Todavia, face à obrigatoriedade da realização da instrução contraditória em processo de querela, como entender a necessidade de o arguido a requerer? Isto, porque nos termos do art. 362.º § 2.º do Código de Processo Penal: «é sempre provisória a querela dada depois de concluído o corpo de delicto, se, posteriormente, se proceder à instrução contraditória». Ora, face à notificação da acusação, operada nos termos do art. 352.º, teremos que concluir que é imposta, e não simplesmente facultada, a dedução de acusação provisória nos processos de querela? Vejamos.

Uma vez concluído o corpo de delicto, poderia em princípio o Ministério Público optar por uma de três hipóteses, todas elas de sinal diferente: abster-se de acusar (determinando o arquivamento ou produção de melhor prova); deduzir acusação e requerer o julgamento; ou requerer a abertura da instrução contraditória.

Mas, quando pensamos em termos de processo de querela,

(15) Não parece dever concluir-se, como resultaria de uma interpretação literal deste preceito, que o mesmo apenas se aplique nos casos em que a realização de instrução contraditória resulta obrigatória por se seguir processo de querela. Antes se deverá julgar que os fundamentos, âmbito e fins da instrução contraditória ali definidos são, indiscriminadamente, os daquela fase processual, seja qual fôr a forma de processo adoptada.

tratar-se-ão, de facto, de três alternativas perfeitamente autonomizáveis? Julgamos que não.

Assim, a ser verdade o que atrás dissemos, estaria vedado ao Ministério Público abster-se desde logo de acusar, uma vez que é imposta a realização de instrução contraditória, face à dedução de querela provisória⁽¹⁶⁾.

Para mais, qual o sentido da notificação ao arguido para efeitos de requerimento de instrução contraditória, quando — sem que a lei distinga situações — esta deve ser feita como notificação da acusação, que será sempre provisória?

Mais claramente, deverá o requerimento de instrução contraditória pelo Ministério Público ser entendido como dedução de acusação provisória fazendo parte integrante desta?

E, pelo contrário, equivalerá a abstenção de acusação provisória pública, ao não-requerimento tácito daquela fase processual? Vejamos.

Se o Ministério Público se abster de acusar — e deixamos de lado a possibilidade de requerer «novas diligências» (art. 342.º) — no momento em que se encerra o corpo de delicto, parece que se desencadearão, necessariamente e em termos automáticos, as diligências promovidas pelo tribunal para ordenar a abertura da instrução contraditória. Examinemos mais de perto a situação.

Quando o Ministério Público, concluído o corpo de delicto, requer a realização de instrução contraditória, este facto (veja-se art. 329.º do Código) não importará que se tenha deduzido — ou que a sê-lo, se aceitem os fundamentos de — querela provisória e que com base nesta se realize a instrução contraditória.

(16) Pouco nos preocupa o disposto nos arts. 362.º proémio e 335.º todos do Código, uma vez que se poderá sempre justificá-los pelo facto de se reportarem a situações em que a querela provisória *pode* (ou não) ser deduzida, ainda antes de findo o corpo de delicto. Do que tratamos aqui é, não daquela situação — consubstanciada no disposto no § 1.º do art. 362.º — mas da actuação processual do Ministério Público, *findo o corpo de delicto*.

Isto é, em processo de querela seria pura e simplesmente vedado ao juiz denegar a instrução contraditória requerida pelo Ministério Público, como também não terá lugar qualquer actividade judicial de recebimento ou recusa de acusação provisória deduzida nos termos do art. 353.º Como, no entanto, em nenhuma daquelas disposições a lei distingue conforme o tipo de processo adoptado, seremos forçados a concluir (art. 335.º e 349.º § único) que não deverá ter lugar, quer a notificação da acusação provisória ao arguido nos termos do art. 352.º, quer o requerimento da instrução contraditória por este, que aquela suscitaria eventualmente.

Do que se trata, efectivamente, é de inviabilizar a realização de quaisquer diligências complementares de prova — complementares, diga-se, ao corpo de delito — fora do âmbito da instrução contraditória.

Pode no entanto o Ministério Público deduzir, ou não, querela provisória, durante (ou uma vez findo) o corpo de delito, já que tal não suscita qualquer diferença processual, no que toca a realização das diligências que a instrução contraditória pressupõe.

Da mesma forma, a abstenção de dedução de acusação provisória não desencadeará qualquer dos mecanismos de controle judicial directo ou indirecto, com base no princípio da legalidade, uma vez que a coincidência entre a querela provisória e a definitiva é meramente hipotética quanto aos seus fundamentos; não fazendo sentido que o Ministério Público se proponha, antes de realizada a instrução contraditória, abster-se em absoluto e definitivamente de acusar.

Para mais, se dúvidas restassem, quando a acusação fôr promovida autonomamente por entidades particulares, sem legitimidade para requererem elas-próprias a instrução contraditória (o que conferiria carácter tendencialmente definitivo à acusação que houvessem formulado), arts. 332.º, proémio e 364.º, proémio, do Código: não só poderão aquelas entidades acusadoras autónomas tomar parte activa nas diligências de instrução contraditória, como só poderão quererlar provisoriamente quando o Ministério Público também o tiver feito. É, então, de presumir que, *além* de a sua querela

provisória poder ser modificada com fundamento em elementos de indicição recolhidos na instrução contraditória, *também* só poderão querelar provisoriamente quanto às infracções acusadas pelo Ministério Público e, por conseguinte, em posição subordinada — e não-autónoma — à deste.

Mais complicado é todavia o problema, quando se siga forma de processo diferente do de querela. Neste, como vimos, a obrigatoriedade de realização de instrução contraditória traduz — nos termos expostos — a sua clara complementariedade em relação ao corpo de delito que, de resto, terá sempre lugar (art. 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 605/75).

Nas restantes formas de processo, todavia, a actividade instrutória pode no entanto ser dispensada, designadamente nos casos em que se adopte forma sumária de processo. Isto, para já não falar das situações em que se faça integrar o corpo de delito por actos que consubstanciem antes instrução preliminar policial, cuja equivalência à actividade instrutória em sentido estrito (instrução preparatória judicial) discutiremos adiante.

Ora, não questionamos aqui a equivalência entre o auto de notícia que possua o valor probatório consagrado no art. 169.º do Código de Processo Penal e a acusação deduzida pela entidade que para tal possui competência-regra⁽¹⁷⁾. Preocupa-nos, sobretudo a circunstância de: a ser verdade que se dispensa — como parece — a instrução preparatória, a confirmar-se que aqueles autos constituem acusação bastante para suscitar o julgamento, unicamente fundada nos factos que neles se descrevem corroborados pela ocorrência de flagrante delito, como interpretar as diligências «complementares» de prova, cuja admissibilidade expressamente se consagra no disposto nos arts. 558.º §§ 2.º e 3.º do Código?

(17) Remetemos o estudo desta questão para o artigo publicado no III volume dos «Estudos sobre a Constituição», pelo dr. J. A. Barreiros (págs. 108 e segs.), onde se afirma resultar da interpretação conjunta do disposto nos arts. 12.º e 2.º, § único do Decreto-Lei n.º 35 007, que: «... além de gozarem de valor probatório especial e dispensarem a instrução preparatória, os autos de notícia (art. 166.º CPP) passaram a dispensar e (...) a impedir a acusação do Ministério Público».

A questão é simples. Ou bem que se entende que o disposto no art. 2.º § único do Decreto-Lei n.º 35 007 não significa que se dispense a realização de instrução preparatória, tendo o juiz a faculdade de ordenar as diligências que julgue necessárias, ainda, para a descoberta da verdade⁽¹⁸⁾, nos termos aliás do disposto no art. 169.º § 3.º do Código de Processo Penal, e no âmbito de um verdadeiro corpo de delito pré-acusatório; ou bem que, pelo contrário, se ajuíza que aqueles autos *efectivamente* substituem, dispensando-o, o corpo de delito.

É que, a serem todas as diligências «complementares» de prova enquadráveis no âmbito de uma instrução contraditória, como vimos suceder no caso que antes descrevemos, *então*, as diligências a que refere aquela disposição (art. 558.º §§ 2.º e 3.º do Código) consubstanciam verdadeiramente uma fase com características semelhantes à da instrução contraditória, *que não seria antecedida por uma actividade de instrução em sentido próprio, sequer preliminar policial dirigida pelo Ministério Público*. Analisemos mais minuciosamente o quadro que se nos apresenta.

A favor do último entendimento apresentado, militariam alguns argumentos ponderosos, a saber, desde logo dois que já delineámos.

Primeiro, o facto de parecer colher, em termos de Direito positivo, o entendimento de que as razões que viabilizam a remessa para júzo dos autos de notícia (designadamente, encontrando-se o réu preso em circunstância de flagrante delito), justificam a dispensa de instrução preparatória ou equivalente, substituindo-a.

(18) Note-se que, nos termos do disposto na primeira parte, «in fine» do art. 47.º do D.-L. 35 007, «ex vi» do art. 48.º do mesmo diploma este é um regime excepcional cuja vigência pode ser posta em causa.

Isto, porque a regra que resulta das disposições que vimos de enunciar, determina que «se o auto não satisfizer os requisitos legais (leiam-se também, aqueles que determinam que não deve ser aceite a acusação ou seu equivalente, quando não suficientemente fundamentada), será devolvido para sua regularização ou instrução do processo».

Assim, qualquer diligência probatória realizada antes da audiência de julgamento, seria sempre complementar daquela fase, escapando ao seu âmbito formal e material⁽¹⁹⁾.

Por outro lado quando o auto de notícia não preencher os requisitos legais necessários — leia-se, a uma peça processual acusatória — deverá ser devolvido para a sua regularização. Como nada na lei nos indica qual a amplitude e termos que justificam e integram a referida «regularização», legítimo será ressaltar o paralelismo desta disposição, com a doutrina contida nos arts. 346.º e 351.º do Código, a propósito do controle judicial da acusação deduzida pelo Ministério Público. Ainda, será de salientar o paralelismo entre o disposto naqueles §§ 1.º e 2.º do art. 558.º do Código de Processo Penal, e os preceitos contidos no art. 327.º, proémio/segunda parte e n.º 3 do mesmo diploma⁽²⁰⁾, a respeito da «realização de diligências complementares de prova, convenientes para receber ou rejeitar a acusação».

No entanto, estamos em crer que os argumentos apontados estão longe de ser decisivos nesta matéria.

Em primeiro lugar registre-se um certo paralelismo existente entre o estabelecido nas primeira e segunda partes do art. 558.º § 2.º do Código e a alternativa deixada na segunda parte do primeiro parágrafo do art. 47.º («ex vi» do art. 48.º) do Decreto-lei n.º 35 007. Se não, vejamos.

(19) Assim, nos termos dos arts. 167.º, 557.º § 2.º, 560.º proémio e 311.º do CPP, e dos arts. 47.º e 48.º do D.-L. 35 007 nos processos sumários, apresentado o réu em juízo no prazo estabelecido e após a remessa dos autos que façam fé em juízo, designará o juiz imediatamente dia para julgamento. Ou, se o réu se encontrar preso, deve proceder-se imediatamente a julgamento (cfr. art. 558.º proémio do CPP).

Não se prevê como estritamente necessária, qualquer fase instrutória intermédia.

(20) Note-se também que, ao contrário do que se consagra no disposto no n.º 2, do art. 327.º, onde se excepciona expressamente o requerimento da instrução contraditória pelo arguido nos processos sumários, no n.º 3 do mesmo artigo, a propósito da realização de instrução contraditória por decisão do juiz, não se contém qualquer excepção à sua admissibilidade em todas as formas de processo».

Porque ali se consagra que o julgamento será adiado — **não só** quando «se julgue necessário proceder a algum exame directo ou outra diligência essencial para a descoberta da verdade» — **mas também**, quando «faltarem testemunhas que a acusação julgue indispensáveis e não houver auto de notícia que faça fé em julzo»; parece poder concluir-se que a tónica, o que realmente fundamenta o adiamento do julgamento, é a falta de valor probatório do auto de notícia, já que no § 1.º do mesmo art. 558.º se prevê procedimento *especialmente* aplicável à falta de testemunhas da acusação, que, «de per si», já determinaria a produção daquele efeito.

Ora, aqui (art. 47.º, decreto-lei n.º 35 007), fica estabelecido que, quando ao auto de notícia faltarem requisitos legais, poderá o juiz determinar a sua remessa *para instrução do processo*, presumivelmente nos termos, por exemplo, do art. 5.º do Decreto-lei n.º 605/75. Isto significa quanto a nós que pode justificar-se o adiamento do julgamento em processo sumário pela realização de diligências que integrem — uma vez que a lei não especifica as características da instrução ordenada — o «tipo» processual da instrução preparatória, ou equivalente preliminar policial que não fica excluído. Assim, concluímos, uma vez que ao menos neste caso se entende que se o auto de notícia substitui o corpo de delito, quando ao auto de notícia faltarem os requisitos legais a esse fim: **então** é porque há necessidade de recorrer às diligências processuais que, *exactamente*, se pretendiam dispensadas.

Parece, pois, poder afirmar-se que é inerente ao conceito de instrução contraditória a sua natureza material de fase probatória pré-acusatória, integrada por diligências complementares do corpo de delito. Reflecte, por outro lado ainda, um carácter de sucedâneo da necessidade de «aperfeiçoamento» dos fundamentos da acusação, dado pela possibilidade de aquelas diligências serem ordenadas pelo juiz. Funciona, pois, como consequência indirecta do controlo judicial (preventivo, se quisermos) na fixação do objecto de processo; de que seriam formas repressivas, as modalidades consagradas nos arts. 346.º e 351.º

do Código⁽²¹⁾, bem como, evidentemente, a aceitação ou rejeição definitivas da acusação.

Salientadas estas primeiras tentativas de precisão do que se entenda pela expressão legal «corpo de delito», até aqui definida por exclusão de partes, como fase pré e/ou pró-acusatória, não integrada no âmbito da instrução contraditória, falta-nos determinar o que se entende por actividade pré-acusatória de instrução: segundo termo de aproximação ao conceito, como deixámos enunciado no início deste capítulo.

Para tanto, vamos proceder, como nos propusemos, à análise do texto do Dr. G. Marques da Silva, em que comentaremos da admissibilidade da existência de várias modalidades processuais que possam integrar-se no conceito de «corpo de delito», para além da instrução preparatória (judicial).

Propõe-se aquele autor demonstrar da inconstitucionalidade do inquérito preliminar, criado pelo Decreto-Lei n.º 605/75, por referência ao disposto no art. 32.º-4 da Constituição.

Antes, porém, de examinarmos dos fundamentos daquela posição, convirá talvez que se refira jurisprudência de sinal contrário.

Assim, o Ac. da Relação de Coimbra, de 18-5-77, nos seguintes termos: «O inquérito policial traduz-se essencialmente num repositório de informações para ele carreadas através de uma averiguação onde se admitem todos os meios de prova permitidos em direito. O Ministério Público e as autoridades policiais, sempre que seja caso disso, devem proceder à sua realização quanto aos crimes públicos de que tenham conhecimento. Porém, só deverão instaurá-lo no que respeita aos crimes semi-públicos se houver participação de quem tenha legitimidade para acusar e, quanto aos crimes particulares, apenas no caso de haver participação e declaração de ulterior constituição de

(21) Veja-se que o Prof. Figueiredo Dias entende mesmo que o controlo judicial dos fundamentos da acusação, nos termos do art. 351.º proémio do Código, ao contrário do que sucederia com o disposto no art. 346.º (maxime, seu § único), apenas teria lugar em relação à acusação definitiva, quando posterior à instrução contraditória.

assistente. Nele, as declarações — mesmo dos arguidos — e os depoimentos são apenas sumariamente anotados, não sendo reduzidos a auto nem assinados (...).

(...) Com base no inquérito policial pode o feito ser introduzido em juízo relativamente aos crimes puníveis com pena correcional — a menos que o arguido tenha sido preso e nessa situação haja sido ouvido em auto — desde que o Ministério Público e (ou) as pessoas com legitimidade para intervirem como assistentes o requeiram. (...)

(...) Só então se iniciará o processo correcional (...) .O Decreto-Lei n.º 605/75 não obriga a que durante ele se tomem declarações dos arguidos.

(...) Concluído o inquérito preliminar — informativo e não-probatório — e requerido o julgamento, quando a acusação seja deduzida pelo assistente pode ela não vir a ser recebida (art. 388.º do Código de Processo Penal, na redacção do Decreto-Lei n.º 618/76)».

Enunciados que ficam, exemplificativamente, os termos em que a jurisprudência dominante nesta matéria encara a questão, passemos, pois, a analisar a polémica levantada na tese defendida por aquele autor.

Com base no disposto nos arts. 12.º e segs. do Decreto-Lei n.º 35 007, 170.º e segs. do Código e 2.º a 6.º do Decreto-Lei n.º 605/75, conclui o Dr. Germano Marques da Silva que existe identidade material entre os institutos do inquérito preliminar e da instrução preparatória, servindo ambos — e compreendendo todos os actos destinados a — indiciar a infracção e os seus agentes e fundamentar a acusação, admitindo todos os meios de prova permitidos em Direito. Difeririam apenas, quanto à entidade com competência para dirigir a investigação.

Desde logo, no que respeita a esta observação prévia, poderíamos acrescentar que — sendo verificável a identidade de objecto material de um e outro — nada obstará a que se entendesse que o inquérito policial fosse apenas uma das modalidades que integrariam o género corpo delicto, sendo a outra a instrução judicial. Isto, porque — em termos meramente formais, entenda-se — da conjugação do disposto nos arts. 12.º do Decreto-Lei n.º 35 007 e 170.º do Código, se poderá con-

cluír que, sendo o corpo de delito» o conjunto de diligências destinadas à instrução do processo» e sendo a instrução preparatória precisamente constituída «por todo o conjunto de provas que formam o corpo de delito», se deveria julgar no mínimo redundante que — a fazer-se equivaler à expressão «instrução preparatória», a judicial — o art. 12.º do Decreto-Lei n.º 35 007, estabelecesse que: «a instrução preparatória abrange todo o conjunto de provas que formam ... a instrução preparatória», como único admissível entendimento. (22).

Continua o Dr. G. Marques da Silva, considerando que o disposto no art. 2.º n.º 1, alínea *d*) do Decreto-lei n.º 605/75, afastaria a possibilidade de julgar diversos, do ponto de vista material, aqueles institutos, uma vez que, ainda que não sendo imposta a realização da instrução judicial em processo correcional, esta seria sempre admissível, mesmo que precedida pelo inquérito policial.

A esta consideração poderíamos nós acrescentar uma outra elucidativa, a saber: também haverá lugar a instrução preparatória na sequência da realização do inquérito preliminar, quando findo este se conclua que o arguido deve ser acusado por infracção a que corresponda antes pena maior? Situação que se prende com as considerações tecidas já, supra neste trabalho, a propósito da alteração superveniente da forma de processo inicialmente adoptada.

Ora, aqui, os comentários que se nos suscitam assumem já uma outra dimensão.

Assim, parece-nos aquele um argumento que se poderá usar, também para demonstrar um pouco o contrário. Isto porque, em primeiro lugar, a admissibilidade de realização da instrução preparatória judicial, independentemente da forma de processo — se bem que, aqui, deixada na iniciativa da entidade não-judicial que dirige o inquérito preliminar — demonstra já um debelar das razões que levam a ver-se diametralmente violados o espírito e letra da Constituição. Por outro lado, o facto de a instrução judicial surgir como de realização super-

(22) Ver nota 14, supra.

veniente ao inquérito policial, parece levar-nos a convir em que não é a sua perfeita identidade material, senão a sua complementariedade que resulta demonstrada. Note-se que, num certo paralelismo nos estritos termos em que a questão é colocada, também não se afirma a identidade material da instrução contraditória em relação ao corpo de delito, pelo facto de, findo este, aquela se poder realizar tendo em vista diligências de indiciação probatória complementares e com o mesmo objecto e fins. Trata-se, antes, de momentos processuais autónomos da *mesma* fase de instrução pré-acusatória, que se distinguem material, formal e cronologicamente. Atente-se, de resto, no disposto na parte final do n.º 2 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 605/75.

Prosseguindo, o autor que comentamos afirma que, face às alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 377/77, se não afasta a possibilidade de se introduzir o feito em juízo, unicamente com base no inquérito preliminar (arts. 388.º a 391.º do Código de Processo Penal), que constituiria verdadeira acusação. É mais adianta, que se deve entender pela equiparação entre os resultados do inquérito e da instrução preparatória, em termos de contributo para a formação da convicção da entidade julgadora, designadamente no que se reporta aos factos sobre que incide o juízo formulado ao receber ou rejeitar o requerimento para introdução do feito em juízo (art. 390.º-2 do Código).

A este respeito, também, algo nos ocorre questionar.

Assim, poderemos concordar ser meramente formal, na sua aparência, a distinção textual que se opera entre o disposto nos arts. 385.º e 386.º do Código, que só diferem no tocante às expressões «deduzir acusação» e «requerer o julgamento», respectivamente, sendo em tudo o mais coincidentes.

Restará, no entanto, saber quanto aos factos que se introduzem em juízo, que contribuirão a formar a convicção do juiz a respeito da suficiente indiciação do arguido por forma a determinar o seu juízo sobre a admissibilidade de realização do julgamento, se o seu grau e âmbito do seu conhecimento é equivalente no plano material.

Teremos que, com efeito, tanto a instrução judicial como o inquérito policial servirão para concluir da indicição suficiente do grau de responsabilidade do arguido, em relação a determinada infracção. Ordenar-se-ão, também indiferentemente *com base numa ou noutra*, as medidas preventivas que a lei determine?

Desde logo, cumpre registar que, a ser requerida a instrução contraditória (cujo objecto e fins já deixámos determinados como os de diligência complementar da indicição probatória obtida no corpo de delicto), não caducam os efeitos do despacho que recebe a acusação fundada por uma ou outra via, no que concerne as medidas preventivas a adoptar. Devemos pois concluir que, com base na interpretação do disposto no art. 391.º n.º 2 do Código, é independente da convicção formada a partir de uma ou outra modalidade de instrução pré-acusatória tida pela entidade que recebe a acusação, o juízo a que chega sobre as medidas preventivas que se suscitam aplicáveis, já que não é susceptível de ser modificada pelas diligências probatórias realizadas no decurso da instrução contraditória (23).

(23) Acrescente-se para mais que, segundo entendimento que julgamos aceitável, a decisão a ser tomada acerca das medidas preventivas previstas nos artigos 269.º e segs. do Código é em determinado sentido rigorosamente pré-estabelecida pela própria lei, que define a sua admissibilidade.

Nestes termos e no que toca, por exemplo, a manutenção da prisão preventiva — ainda que em flagrante delicto — somos de parecer que só se consagra como admissível, quando correspondendo a infracção a que se pretenda aplicável pena maior (cfr. arts. 270.º, 291.º, 271.º e 308.º do Código).

Ora, a ser assim nos demais casos, a decisão sobre a sua manutenção está vinculada a este imperativo legal, devendo determinar-se a liberdade provisória.

Nas situações em que seria admissível, correspondendo àquela infracção pena maior e uma vez que se segue processo de querela, a realização de instrução preparatória é necessária, pelo que não está em causa a este respeito ao menos a identidade material, por não existir termo de comparação.

Por tudo isto, sustentamos que a decisão tomada sobre as medidas preventivas a ordenar está pré-estabelecida na lei e deve ser determi-

Por outro lado, parece também dever entender-se que o juízo formado a partir da instrução judicial e/ou do inquérito policial, não poderá, obviamente, fundar-se em mais do que aquilo que é levado ao conhecimento da entidade julgadora. Daí, decorre que, ao formar a sua convicção sobre um feito que é levado a juízo com base por exemplo em instrução preparatória judicial, sendo-lhe remetidos os autos de declarações e demais elementos probatórios obtidos nos termos dos arts. 170.º e segs. (maxime, 250.º e segs.) do Código, se encontrará o juiz de posse de elementos que nomeadamente lhe permitirão confrontar a matéria acusada com a que conste desses autos. Grau de convicção necessariamente diverso, será aquele a que chega a partir unicamente do «relatório elaborado pela autoridade que o tiver organizado, em que se contém mera descrição sumária das diligências efectuadas e dos resultados obtidos». Isto, estando vedada designadamente «a utilização em juízo dos autos de declarações» (art. 2.º, n.º 1, alínea b) e n.º 2, do Decreto-Lei n.º 605/75) — quando se requeira julgamento com base em inquérito preliminar apenas.

A ser verdade que a identidade material daqueles institutos se prova a partir dos factos em que se fundamente aquela convicção sobre a admissibilidade do feito em juízo, a que estará certamente ligado o objecto material da mesma, **então**, sem dúvida que se operará uma marcada distinção entre o conteúdo da decisão que recebe ou rejeita a acusação com base na convicção tida por uma ou outra via.

Analisando ainda o texto daquele autor sobre esta matéria, deparamos com uma conclusão que não resistimos a transcrever em linhas gerais. Assim, baseando-se no judicioso entendimento do Prof. Cavaleiro de Ferreira, que cita, o Dr. G. Marques da Silva afirma: «...Importa distinguir a instrução com meros fins processuais e a instrução para julgamento. A primeira culmina no despacho de pronúncia (...). A segunda veri-

nada em termos semelhantes aos que vimos dever serem seguidos na escolha da forma de processo, independentemente portanto da convicção que resulte do corpo de delito.

fica-se na audiência de discussão e julgamento, e só nela se pode e deve basear a decisão jurisdicional sobre matéria de facto. Uma decisão de fundo, contraditória, produzida em audiência».

Ora, atrevemo-nos a usar o que fica exposto para, salvo o devido respeito, concluir diversamente.

É em obediência aos princípios da verdade material, do contraditório e da oralidade que, dentro de limites que procuraremos definir adiante e independentemente do objecto do processo fixado na acusação, se irá produzir sentença condenatória com força de caso julgado. Não nos parece que se justifique qualquer diferença, baseada no tipo de instrução adoptado para fundamentar a acusação. As fases acusatória e de julgamento são, não obstante certas derrogações do princípio do acusatório, independentes formalmente, embora tenda a existir — como dissemos — certa coincidência no seu objecto material, que não no seu conteúdo instrumental/processual.

Pouco importa, em termos de audiência de julgamento, qual a tramitação processual seguida para que a entidade acusadora criasse a convicção de haver indiciado suficientemente os elementos probatórios, que contribuem para que defina o objecto do processo e requeira a admissão do feito em juízo com base neles.

O objecto material do feito que se introduz em juízo não difere consoante o tipo de instrução seguido, precisamente porque a instrução na audiência de julgamento obedece a critérios próprios, autónomos. Não é independente da matéria acusada, mas é material — e não só formalmente — indiferente ao conteúdo material de toda a actividade pré-acusatória. Não existe, pois, independência *quanto ao objecto material da acusação (os factos acusados)*, mas é total o seu alheamento *quanto ao conteúdo material dos pressupostos processuais (actos da tramitação pré-acusatória) da acusação*.

Finalmente, caso tenhamos conseguido demonstrar da biunivocidade dos argumentos criteriosamente empregues por aquele autor para demonstrar a sua posição, teremos que toda a questão suscitada se remeterá, afinal, à discussão sobre a exequibilidade dada ao imperativo constitucional, que determina

a direcção de toda a actividade instrutória por uma entidade judicial.

Reconhecemos naturalmente, que, quanto a este ponto (cfr. art. 5.º do Decreto-Lei n.º 605/75) é inequívoco o entendimento que afasta do Juiz de instrução criminal a direcção da instrução, quando este se assumia como inquérito policial (dito preliminar).

No entanto, alguns apontamentos extraídos do regime deste instituto, nos deixam perceber que é tão só o controlo judicial directo e imediato que se subtrai ao Juiz de instrução. Assim, nos termos do disposto nas alíneas *a*) e *d*) do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 605/75, verificamos que no que refere às diligências de prova previstas na alínea *a*), «as mesmas devem ser autorizadas pelo Juiz, que a elas presidirá» — muito embora a sua dispensa caiba ao Ministério Público. Assim, também no que concerne à aplicação das medidas coactivas, previstas na alínea *c*) daquele artigo.

Não nos repugna no entanto admitir — uma vez criado o muito mais perigoso precedente, relativo à eventual dispensa de qualquer tipo de actividade instrutória nos processos que sigam forma sumária a cujos termos já fizemos alusão — que aquele imperativo constitucional se aplique, um pouco esvaziado de conteúdo, é certo, apenas à instrução judicial (dita preparatória). Os fundamentos desta opinião residem no facto de, para além do seu diverso conteúdo material e formal nos termos que procurámos demonstrar, não integrar o inquérito policial mais do que a substância de uma actividade (se bem que com o mesmo fim processual genérico, de introduzir o feito em juízo) que é mais propriamente de investigação policial, que de instrução judicial — encarada esta última como o conjunto de elementos probatórios suficientes à indiciação do arguido por certa infracção, por forma a fundamentar a acusação pela entidade competente. Se quisermos, a convicção formada através de uma e outra via pré-acusatória é detida, no caso do inquérito policial, sobretudo pela entidade acusadora; sendo que, no caso da instrução preparatória, resultará da cooperação entre entidades policiais, a magistratura do Ministério Público e a judicial.

Admitimos contudo que, a dever falar-se de actividade instrutória, ou «instrução em sentido amplo» e face ao imperativo constitucional em causa, uma vez que seria tautológico e simplista entendê-lo como consagrando que «toda a instrução será dirigida por um Juiz, quando fôr ... judicial», *se considere inconstitucional aquele instituto* (24).

Aliás, para além deste único argumento literal, que retiramos a favor da tese da sua inconstitucionalidade, nenhum outro encontramos que a sustente.

Antes pelo contrário (25), ao conceito amplo de corpo de delito (leia-se, actividade de natureza instrutória, pré-acusatória) não corresponde qualquer prazo-limite estabelecido na lei — diferentemente do que está consagrado no art. 337.º do Código de Processo Penal para a instrução preparatória judicial. Pois em nenhuma disposição especificamente aplicável nos surge estabelecido limite improrrogável para o inquérito preliminar, o que nos permite formar uma, de duas conclusões.

Ou bem que se trata de um prazo geral para toda a actividade instrutória pré-acusatória, que se estenderia por analogia (se de analogia fosse caso) a toda e qualquer actividade processual que integrasse o corpo de delito.

Ou antes se entende que para o inquérito policial se não estabelecem prazos-limite improrrogáveis — já não por se entender como actividade extra ou pré-processual — mas, simplesmente, *porque se trata de uma actividade, processual sim, mas pré-instrutória, embora integre o conceito de corpo de delito.*

A corroborar este entendimento, considere-se a expressão contida na parte-final do parágrafo 1.º do art. 337.º do Código. Aí se estabelece que a instrução preparatória pode ser reaberta, findos os prazos-limite improrrogáveis fixados para esta fase.

(24) Recorde-se, aliás, que em abono do entendimento que assim vê melhor salvaguardadas as garantias de defesa do arguido, defendemos já atrás que dependendo, como depende, o tipo de actividade pré-acusatória da forma de processo em que se enquadre, se deveria optar — em termos de direito a constituir — por uma forma única de actividade pré-acusatória, com natureza instrutória.

(25) Ver nota 14, supra.

Somos de opinião que esta «ulterior reabertura da instrução preparatória» se reporta aos casos em que, entendida aqui a expressão instrução preparatória, como correspondente a actividade instrutória e não à fase processual propriamente dita, estão esgotados os prazos em que se deve concluir o corpo de delicto⁽²⁶⁾, sem possuir o Ministério Público elementos de indiciação suficientes para acusar. O Ministério Público, por exemplo com base em inquérito preliminar, poderia então ainda, nos termos do art. 2.º-1, d) do Decreto-Lei n.º 605/75, requerer a (re)abertura da fase instrutória não-contraditória, prosseguindo o corpo de delicto com a instrução preparatória judicial; sendo que os prazos ali fixados, melhor, o seu decurso se suspenderia pela realização do inquérito policial.

Eis, pois, como pensamos deverem enunciar-se as principais questões que se nos suscitam sobre esta matéria.

B — «A questão da natureza, âmbito e prazos da actividade de instrução pré-acusatória, a propósito das diligências complementares de prova, previstas no artigo 342.º do Código de Processo Penal».

Quanto a esta matéria convirá, segundo entendemos, operar desde logo a análise do texto legal, acompanhada de referências jurisprudenciais a este respeito, passando de seguida a considerar outros aspectos desta questão que se prendam com a dogmática jurídica ligada ao sistema consagrado em sede de direito positivo.

Assim, nos termos do art. 326.º parágrafo único do Código de Processo Penal (CPP), ao Ministério Público caberá, *uma vez finda a instrução preparatória*, deduzir acusação ou requerer a instrução contraditória *«se fôr caso disso»*. Supomos que, excep-

(26) Note-se que adiante defendemos a não-fixação de prazo limite *improrrogável para o corpo delicto* (sua realização). Poder-se-ia, em determinadas circunstâncias que se especificam, requerer a sua continuação numa nova fase processual, também com natureza instrutória, não contraditória.

ção feita às situações previstas no disposto nos artigos 343.º e 345.º do Código — arquivamento do processo e produção de melhor prova — em que se suspende ou cessa a iniciativa processual, nenhuma outra alternativa restaria ao Ministério Público.

Examinemos, todavia, mais de perto a situação que se descreve e desde logo nos veremos levados a considerar o disposto no art. 337.º proémio, segunda parte e § 1.º, «ex vi» dos n.ºs 1 e 2 do art. 326.

Isto é, caso o Ministério Público não se abstenha de deduzir acusação, a instrução preparatória deverá findar com a formulação desta ou, caso falte sem haver arquivamento do processo ou que este fique declarado a aguardar melhor prova, uma vez findo o prazo máximo legal.

Mais se estatui naquelas disposições legais que, findos aqueles prazos (os do proémio do art. 337.º do Código), a instrução só continuará como contraditória.

Vejamus então como podem ser enunciadas as questões em epígrafe.

Verificamos, conforme deixámos acima dito, que se ressalva do princípio enunciado no § 1.º do art. 337.º o «caso de ulterior reabertura da instrução preparatória». Desde logo, ocorrerá perguntar qual o alcance desta excepção e o verdadeiro conteúdo do que se excepçiona.

Antes de mais, uma precisão carece de ser feita: para que a instrução prossiga, uma vez findo o prazo legal previsto no proémio daquele artigo, é necessário que se requeira a abertura de instrução contraditória, nos termos do artigo 327.º do Código de Processo Penal. Mais exactamente, valerá por dizer que a instrução, entendida como fase processual só poderá prosseguir, findo o prazo máximo legal improrrogável para a instrução preparatória: *ou, como contraditória, ou ... como preparatória*, quando esta fase seja reaberta. Ora, isto é no mínimo redundante. Se não, vejamos.

Dizer que, sendo improrrogáveis os prazos para a instrução preparatória, a actividade instrutória continuará formal, material e teleologicamente como contraditória, parece evidente. Afirmar que, decorridos os prazos improrrogáveis da

instrução preparatória, a actividade instrutória poderá continuar — sendo requerida a reabertura daquela fase — *como preparatória*, só se entende, sob risco de tornar desnecessário o estatuído na primeira parte do § 1.º do artigo 337.º, desde que, uma de três: a) ou bem que ... «os prazos da instrução preparatória são improrrogáveis, salvo o caso de ulterior reabertura da mesma», o que não parece admissível; b) ou, antes se entende que: ... «não havendo reabertura da instrução preparatória, a actividade instrutória só pode continuar nos termos e para os fins da instrução contraditória»; c) ou, finalmente, que ... «findos os prazos improrrogáveis da instrução preparatória, se encerra esta fase, se inicia a instrução contraditória e, sendo caso disso, se operará, por exemplo para efeitos de dedução da acusação definitiva, a reabertura da instrução preparatória».

Afastamos desde logo a primeira hipótese, que só nos parece admissível caso consideremos que a «ulterior reabertura da instrução preparatória» teria lugar, se bem que posteriormente à instrução contraditória ou mesmo na ausência desta fase, dentro daqueles prazos-limite fixados acima. Ora, isto parece-nos um contrasenso. Já porque contraria o disposto no art. 326.º, n.º 1 do Código de Processo Penal e no parágrafo único deste mesmo artigo, já porque seria despiciendo prever a reabertura da instrução preparatória como situação excepcional, em relação evidente com um prazo máximo legal de duração desta fase instrutória. Não seria pois esta a sede legal adequada para tal disposição, se assim entendida.

Quanto às restantes duas hipóteses, começemos por focar a última. A este respeito julgamos que — sem precisarmos de proceder a um exame minucioso do texto legal — desde logo poderemos concluir que, nos termos da regra geral contida no art. 335.º reproduzida designadamente pelo art. 363.º, uma vez finda a instrução contraditória se não prevê de forma alguma a reabertura da instrução preparatória. Antes, é o processo continuado com vista ao Ministério Público e notificado o assistente para deduzirem acusação, num prazo que pode variar entre dois e cinco dias consoante a forma de processo. Isto facilmente nos elucida da (im)possibilidade de nesta fase se reabrir a instrução preparatória.

Resta-nos, pois, a última das três possibilidades aventadas, dada pela segunda hipótese enunciada. Assim, teríamos que para além dos prazos-limite, improrrogáveis, previstos no art. 337.º, poderá ser reaberta a instrução preparatória para os efeitos e dentro do condicionalismo imposto, designadamente nos parágrafos 3.º, 4.º e 5.º do art. 337.º e 338.º do Código de Processo Penal.

Ora, uma vez esclarecido o nosso entendimento sobre esta situação, parece claro que não é de «reabertura de instrução preparatória» que se trata, quando nos reportamos às «novas diligências» previstas no art. 342.º do Código. Basta-nos compulsar o disposto no art. 341.º, proémio, onde se estatui: «Concluída a instrução, irão os autos com vista ao Ministério Público para deduzir acusação ou promover o que tiver por conveniente, nos termos dos artigos seguintes...». Fica, pois, pressuposto o encerramento definitivo da instrução preparatória.

Esta conclusão, que resulta absolutamente evidente, julgamo-la relevante por várias razões, a saber.

Primeiro, o disposto no art. 327.º, proémio, onde se consagra que: «Nos processos de querela haverá sempre instrução contraditória para esclarecer e completar a prova indiciária da acusação e para realizar as diligências requeridas pelo arguido, destinadas a ilidir... a prova». Devemos confrontá-lo com o facto de, nos termos do art. 337.º, proémio/segunda parte, o prazo para a instrução preparatória ser mais alargado nesta forma de processo, para concluir não ser em princípio de admitir que, embora não exista qualquer restrição ao estatuído no art. 342.º que não conste do seu § 2.º, em processo de querela se justifique a «pretensa necessidade de se realizar mais algumas diligências». Veremos adiante se esta conclusão prévia se deverá manter.

Parece também óbvio que, se está finda a instrução logo que tenha sido obtida prova bastante para fundamentar a acusação e no sentido de evitar retardamentos desnecessários no processo, do mesmo modo se deverão encarar os prazos legais, improrrogáveis, de duração da instrução preparatória.

Aliás, em nítido apoio deste juízo, poder-se-ão apontar disposições como as que se contêm nos arts. 341.º, proémio, 349.º, primeira parte e 385.º do Código de Processo Penal.

Em todo o caso, sempre se poderá dizer que este entendimento é susceptível de ser contrariado, pelo facto de poder o juiz de instrução (art. 327.º, proémio/segunda parte e n.º 3) promover a realização de diligências complementares de prova — embora, aqui já no âmbito da instrução contraditória — que julgue convenientes para fundamentar a acusação.

O mesmo se podendo afirmar a propósito do disposto no art. 351.º, proémio, 353.º e 390.º do Código, onde parece prever-se a possibilidade de, face à acusação deduzida pelo Ministério Público e sendo esta rejeitada *nos precisos termos em que seja formulada*, poder o juiz convidar a entidade acusadora a completar a acusação através das diligências necessárias: o que resulta manifesto no caso do art. 351.º citado e também, embora em sentido contrário, no do art. 346.º

O mesmo não se diga, quanto ao disposto no art. 367.º, em que se não prevê a realização de quaisquer diligências que completem a acusação, mas tão só o arquivamento ou o aguardar de melhor prova do processo.

Admitimos mesmo que, também em relação aos arts. 353.º e 390.º citados, se afirme tratar-se de uma situação diversa da de promoção de diligências complementares para dedução *perfeita da acusação*. O que nos preocupa, todavia, é o facto, que não queremos perder de vista, de que a «perfeição» da acusação, sendo pretendida para que possa ser aceite, não é necessariamente conseguida apenas através da instrução preparatória. Pode haver lugar à promoção de diligências (ainda que por sugestão dos arguidos), que também se não devem confundir com as que se empreendem no âmbito da instrução contraditória. Isto fica cabalmente demonstrado pelo disposto no art. 352.º § 1.º do Código, entre outros.

De facto, uma vez que se comprove que, entre as diligências previstas no art. 342.º e a instrução contraditória, muito de comum existe, quanto à sua fundamentação como «aperfeiçoamento» da acusação (ver art. 327.º, proémio, já citado). Também, sem dificuldade nos apercebemos do paralelismo existente entre a «declaração de desnecessidade para a descoberta da verdade daquelas diligências requeridas pelo MP», nos termos do art. 342.º § 2.º e os fundamentos da denegação da instrução

contraditória requerida pelo Ministério Público: a qual tem lugar, quando verifique ser infundada a acusação provisória deduzida por este último e, portanto, desnecessária para o apuramento da verdade a realização de instrução contraditória (art. 329.º, «in fine»).

No sentido de referir alguma jurisprudência que fundamente a nossa tese, transcreveremos sumariadamente alguns Acórdãos que recolhemos sobre esta matéria, a saber: *Acórdão da Relação do Porto, de 2-2-1949* «Concluída a instrução contraditória e indo os autos com vista ao MP para os efeitos dos arts. 341.º e 342.º do CPP, pode aquele Magistrado requerer diligências que repute necessárias, sem que observe as restrições do art. 329.º, que não subsiste após o DL 35 007». *Acórdão da Relação de Lisboa, de 29-3-1950* — «O art. 329 do CPP está prejudicado pelo DL 35 007, podendo o MP requerer quaisquer diligências que repute necessárias, no próprio acto em que deduz acusação provisória». *Acórdão do STJ, de 16-2-1955* — «Na fase de instrução contraditória podem ser ordenadas officiosamente pelas instâncias todas as diligências tendentes ao esclarecimento da verdade. Devem conjugar-se os arts. 26.º 34.º, 38.º e 40.º do DL. 35 007, com os arts. 341.º e 342.º do CPP, deles resultando que nos processos de querela a instrução contraditória é inerente a essa forma de processo, sendo sempre a acusação e a pronúncia provisórias e só se tornando definitivas após as diligências requeridas ou decorrido o prazo para se requererem, sem prejuízo de o juiz as poder ordenar officiosamente». *Acórdão do STJ, de 16-1-1974* — «Nos processos de querela há sempre lugar a instrução contraditória, ainda que a acusação a não tenha requerido. Neste caso, pode não vir a realizar-se qualquer diligência, mas nem por isso é dispensável a abertura da instrução contraditória, porque o arguido pode requerer diligências e porque cabe ao juiz ordená-las, quando o entenda necessário para completar a instrução».

Encarada a questão de uma outra perspectiva, poderia resultar o facto de, nos termos genéricos do art. 335.º, o processo haver seguido inicialmente com vista ao MP para deduzir acusação provisória (ver, também, arts. 349.º § único e 362.º do CPP), o que acontece *sempre* nos casos em que à acusação

formulada se segue a instrução contraditória. Ora, o carácter provisório da acusação deduzida, resulta de esta poder ser mantida, modificada ou retirada após ulterior maior esclarecimento da verdade, que se obtém e é fim normal da instrução contraditória. É, pois, notória a semelhança com o que ocorre se forem requeridas novas diligências pelo MP, caso em que o processo enviado com vista ao MP para que este deduza acusação (art. 341.º) é objecto de requerimento de novas diligências, voltando com vista àquela entidade acusadora para que só então se deduza acusação. É, talvez, caso para inquirir se o requerimento de novas diligências, quando não é acompanhado de requerimento de instrução contraditória, resulta em transformar também em provisória, acusação anteriormente deduzida. Pelos fundamentos do requerimento do art. 342.º, seríamos levados a crer que sim.

Por outro lado, se analisarmos as disposições dos arts. 26.º, 38.º e 43.º do Decreto-Lei n.º 35 007, poderemos concluir que, antes de mais, o Ministério Público, quando presuma que possa completar-se a prova indiciária, procederá à acusação provisória e requererá instrução contraditória. Isto, desde logo implica ser esta a forma por excelência — se não a única prevista aqui — de promover a realização de novas diligências, através do requerimento de instrução contraditória. Pelo contrário, aponta claramente o art. 43.º do mesmo diploma, «ex vi» do § único do art. 26.º, para a dedução de acusação definitiva pelo Ministério Público, para a qual lhe são com vista os autos enviados e que terá lugar *imediatamente após a instrução contraditória*, ou, o que para nós é particularmente significativo, *sendo precedida da realização das diligências previstas no art. 342.º*

Ainda no espírito do que afirmámos acima (ver supra, n.º 3), terá interesse analisar o disposto no art. 38.º do DL 35 007, em que parece apontar-se para a possibilidade de o juiz ordenar a realização de diligências complementares de prova, *não havendo lugar a instrução contraditória* e cuja realização seria necessária à recepção da acusação. Isto, levar-nos-ia a concluir que estas (diligências) substituiriam *para este efeito* a instrução contraditória, tratando-se de uma situação substancialmente diversa da prevista no art. 327.º n.º 3, devido ao

modelo de instrução processual aqui escolhido para esse fim e que escapa explicitamente ao âmbito da instrução contraditória.

De acordo com estas disposições, os prazos para a instrução contraditória, não havendo arguidos presos, serão exactamente o dobro dos prazos fixados para a instrução preparatória nas mesmas circunstâncias (arts. 334.º § 1.º e 337.º proémio/segunda parte), o que traduzirá uma lógica maior duração da instrução contraditória que bem se entende. Ainda o que nos parece verdadeiramente significativo é o facto de *por um lado* existir consonância entre o disposto na parte final do § 1.º do art. 362.º e o § 1.º do art. 352.º, onde se prevê que a acusação deverá ser *confirmada ou reformada finda a instrução, salvo* se houver diligências requeridas pelos arguidos que se não possam ultimar dentro desse prazo. Ora, haverá desde logo que salientar que o § 1.º do art. 362.º, aliás seguindo o espírito do art. 335.º, estatui que a acusação definitiva deverá ser deduzida num curto prazo, após findar a instrução. Todavia, exceptiona-se o regime previsto para o caso de serem requeridas pelos arguidos as diligências a que fizemos referência. Assim, se é bem verdade, por força da disposição genérica contida no § 1.º, «in fine» do art. 352.º, estas diligências deverem ser promovidas pelo Juiz, no âmbito da instrução contraditória. Também é certo que, de acordo com o disposto nos arts. 362.º § 2.º e 170.º do Código e do art. 12.º do Decreto-Lei n.º 35 007, se deverá entender que se compreendem no âmbito do «corpo de delito», do qual se exceptiona *apenas* a instrução contraditória, *todas* as diligências destinadas à instrução do processo, tendo por fim reunir todos os elementos de indiciação necessários para fundamentar a acusação (maxime § 1.º, do art. 12.º do Decreto-Lei n.º 35 007). Para mais, nenhuma outra «fase intermédia» ou «zona cinzenta» da instrução se encontra prevista no art. 11.º do Decreto-Lei n.º 35 007 para além da instrução contraditória, que não integre o corpo de delito, ou se quisermos, numa expressão que desde já propomos: «a instrução preparatória em sentido lato».

Pouco mais poderemos agora acrescentar no que deixamos dito acima. Apenas nos limitamos, pois, a registar que se esta-

belece no art. 98.º n.º 1 do Código uma clara distinção entre o que designámos por «corpo de delito», que fizemos equivaler à noção proposta de «instrução preparatória em sentido amplo», e «as diligências posteriores que devem reputar-se essenciais para o descobrimento da verdade». Julgamos, no entanto, que aquele artigo se refere às diligências posteriores ao corpo de delito que, como vimos e por definição taxativa da lei, integram a instrução contraditória. Para justificar este entendimento, basta recordar a título de exemplo o disposto no art. 327.º, prómio/primeira parte, ou no art. 388.º n.º 2 do Código, quanto à obrigatoriedade de realização da instrução contraditória, cabendo ao juiz promover as diligências necessárias à sua promoção (por todos, ver art. 327.º n.º 3). Em breve parêntesis, acrescente-se o processo de arguição destas nulidades sanáveis nos termos do § 2.º do art. 98.º, previsto nos arts. 390.º (para o processo correcional) e no art. 400.º-1 do Código de Processo Penal e 45.º do Decreto-Lei n.º 35 007 (para o processo de querela).

Em conclusão, diremos, pois, que pelas razões que julgamos suficientemente expostas acima aduzidas, entendemos que a realização das diligências previstas no art. 342.º do Código, embora pressuponha encerrada a instrução preparatória (*em sentido estrito*), não viola o prazo improrrogável para esta actividade instrutória, uma vez que *aquelas integram o «corpo de delito» (art. 170.º), ou instrução preparatória em sentido amplo, para a qual a lei não fixa prazo limite, improrrogável.*

4 — A Vinculação Temática e o caso julgado. Poderes de cognição do juiz (enunciado geral a propósito da determinação do objecto do processo).

Procederemos ao estudo desta questão, por referência sobretudo às posições do Prof. Eduardo Correia. A este propósito, tentaremos determinar da correlação necessária entre o âmbito legalmente definido para o caso julgado e a vinculação do conteúdo da sentença condenatória à matéria acusada, em termos que determinem o objecto do processo.

Pretende aquele Professor que o objecto do processo, a matéria sobre a qual se vai decidir na sentença e de acordo com a qual se define o âmbito do caso julgado, deve ser-nos dada por toda a actividade do agente subsumível a um só tipo legal de infracção. Nestes termos, se «é a parte acusadora que determina o objecto do processo, não pode permitir-se que ela limite a actividade do juiz relativa a esse objecto, reservando-se sempre a possibilidade de exercer uma nova acção penal». Ainda, «o caso julgado estender-se-á a todas as actividades polarizadas pela concreta violação acusada, apreciadas ou não na sentença condenatória».

Como reconduzir, no entanto, os conceitos expostos à noção de elementos constitutivos ou conexos com o facto principal, correspondente ao tipo legal de ilícito que se pretende subsumir da conduta do agente? Será que bastaria que a entidade acusadora considerasse imputável ao arguido o preenchimento dos requisitos essenciais para a verificação de certa infracção — que integrasse certo tipo legal de ilícito penal — para que se afastasse do conhecimento do juiz todo e qualquer facto, que com ele tivesse não importa que nexo de familiaridade?

Sim — afirma aquele Professor — desde que não exista qualquer termo de referência, reconduzível a uma unidade teleológica de valoração dos bens jurídicos violados, entre os factos acusados e aqueles. *Não*, quando naquela unidade de valoração jurídica dos bens que se violaram, se compreendam tais factos ligados pelo referido nexo de familiaridade. Exemplos deste nexo lógico (teleológico) entre o conjunto de bens jurídicos, cuja violação se pretende reprimir, seriam os que nos sejam fornecidos por uma relação de hierarquia expressa: na especialidade dos factos conexos em relação ao facto principal (ao seu tipo legal puro) acusado; *ou* na consunção dos elementos constitutivos do facto acusado, nos de uma infracção juridico-penal que integre um tipo legal diverso; *ou, ainda*, quando a realização das infracções jurídicas, objecto da pronúncia, levem no todo ou em parte, à produção de outras não acusadas.

Vejamos, então, quais as implicações desta doutrina — cujos pontos-chave procurámos sintetizar, em termos do actual sis-

tema jurídico — penal positivo. A este propósito, comentá-las-emos.

No que respeita, pois, o princípio da vinculação temática (art. 446.º e segs. do Código), entende bem aquele autor que o âmbito dentro do qual se devem estender os poderes de cognição do juiz deve ser por tal forma que justifique o que, uniforme e invariavelmente, se fixa para o caso julgado (art. 148.º e segs. do Código). Assim, ver-se-iam compreendidos no âmbito do caso julgado: 1) *Por um lado todos os factos constantes dos autos, em relação a qualquer sujeito com os mesmos relacionado.* 2) *Por outro lado, todos os factos imputados a certo sujeito, em relação a qualquer infracção de que aqueles sejam elementos constitutivos.* 3) *Ainda, todos os elementos de indicição probatória ligados à infracção e a certo sujeito, instruídos na audiência de julgamento.* 4) *Também, todos os elementos de indicição probatória, ligados a certa infracção imputada a certo sujeito, instruídos para fundamentar a acusação.* 5) *De igual modo, todos os processos que integrem factos não penais conexos com a questão julgada (objecto do processo penal), em relação a todas as «questões prejudiciais» julgadas em separado (27).* 6) *Ainda, inversamente, mas como mera presunção legal ilidível para todas as acções não-penais, em relação aos factos que constituem a infracção e ao sujeito a que são imputados.* 7) *Finalmente, o caso julgado abrangerá todos os factos que integrem a verificação do tipo legal principal a que são subsumidos, bem como a sua imputação a determinados sujeitos, mesmo em acções de natureza não-penal (28).*

(27) Mais exactamente neste caso, se deveria entender que se constitui caso julgado em relação aos factos objecto do processo penal, nos termos em que se decidam as questões prejudiciais julgadas em separado.

(28) Note-se que, a respeito do âmbito definido do caso julgado, o sentido em que aquele opera — em relação aos factos e circunstâncias que são o seu objecto — parece ser tão só o que é determinado: por sentença absolutória, nuns casos (arts. 148.º, 149.º, 150.º e 154.º); por rejeição da acusação deduzida (art. 151.º), noutros; por sentença condenatória, noutros ainda (art. 153.º); e, num só caso, uma vez que o caso julgado se fixa de «fora para dentro», (art. 152.º), é indiferente o sentido em que se venha a decidir.

Julgamos, contudo, não relevar o sentido em que a decisão final do

Tentemos, então, encontrar os elementos comuns a cada um destes «tipos». Assim, julgamos poder reduzi-los a quatro «níveis de influência», consoante o seu âmbito.

No *plano intra-processual*, o caso julgado incidirá, *primeiro*, sobre os elementos de indiciação probatória que integrem o objecto material da instrução pré-acusatória, bem como da instrução de julgamento. *Em segundo lugar*, sobre todos os factos constitutivos do tipo legal puro da infracção, ou a este conexos (em relação a certo sujeito), bem como do próprio nexo de imputação daqueles factos àquele sujeito.

Em terceiro lugar, agora no *plano extra-inter-processual*, o caso julgado incidirá sobre todos os factos, fixados como objecto do processo penal e ligados aos elementos constitutivos do tipo legal puro de infracção (ou ao nexo de imputação dos mesmos a dado sujeito) que se venham a constituir objecto de acção não-penal. *Em quarto e último lugar*, sobre todos os factos objecto do processo penal, cuja decisão dependa de uma outra, em acção não-penal, que resolva das «questões prejudiciais», nos termos do art. 3.º do Código.

Sistematizado exhaustivamente, que fica, o enquadramento deste conceito em termos de lei processual penal, estaremos aptos a melhor conceber das razões que, polemicamente, suscita.

Diremos então, que *ao primeiro* «nível de influência» do caso julgado, assim *como ao segundo*, corresponderá a querela doutrinária sobre a questão da vinculação temática e âmbito dos poderes de cognição do juiz que, por referência ao objecto material do caso julgado que deixamos delineado, veem determinados o seu conteúdo.

processo é proferida, para efeitos de âmbito material do caso julgado. Uma vez que o que resulta importante é o objecto material da decisão, os factos e a valorização jurídica realizada a partir destes.

Sendo que, os efeitos de uma sentença que considere não-provados certos factos; ou não subsumidos nos elementos constitutivos de um dado tipo legal de infracção, enquanto imputáveis a certo sujeito: serão os mesmos — em termos de caso julgado — que teria se, sobre o mesmo objecto, fosse emitida sentença de sinal contrário.

Por outro lado, quanto *ao terceiro* «nível de influência» enunciado, se determinará da natureza e objecto material dos chamados processos de adesão.

Ocupemo-nos, agora daqueles dois primeiros «níveis», na linha do que vínhamos a expôr e citando o Prof. Eduardo Correia.

Nota este autor que — em conformidade com parte da doutrina expandida pelo Prof. Beleza dos Santos — «não devem equiparar-se a diminuição da pena e «favor rei», já que devem prevalecer as garantias de defesa deste» (art. 448.º do Código) Ponto este a que já aludimos e que deve entender-se em ligação com o facto de poder não constituir benefício para o réu o facto de ser julgado por infracção, cujos elementos constitutivos não correspondem a factos que lhe houvessem sido imputados na acusação — *ainda que* a condenação por aqueles importasse a aplicação de pena diversa, menos gravosa, da aplicável em caso de condenação por estes. Isto naturalmente, porque, nunca sendo de presumir a condenação, a falta de notificação dos novos factos julgados poderia resultar na diminuição das suas garantias de defesa, em contrapartida de uma eventual absolvição relativa aos factos acusados — sempre possível, de resto.

Mais acrescenta o Prof. Eduardo Correia, que se afastam enquanto factos atendíveis na fase de julgamento e nos termos dos arts. 446.º e segs. do Código, todos aqueles que integrem situações de especialidade, consunção e continuação, quando não previstas no despacho de pronúncia (29), o que contrariaria as posições que teoricamente enunciara como doutrina aceitável.

Debatendo uma nova questão, respeitante à possibilidade de novo enquadramento dos factos que constam da sentença

(29) *Vêja-se* para que se referencie, o desenvolvimento destes princípios — que se reportam a relação de hierarquia existente entre a infracção que integra o tipo legal puro, por cujos factos constitutivos se acusa e os factos não-acusados com aquele conexos nos termos daquelas relações — o que fica dito atrás, *pág. 48 e segs.*

Note-se, por outro lado, que se estabelecem (art. 447.º § 2.º do CPP) como atendíveis, alguns dos factos conexos com a infracção principal

condenatória, atendendo a que o disposto no art. 153.º do Código parece impedi-lo, em contrário à doutrina contida nos arts. 446.º e segs, defende aquele Professor que «só seria renovável a acção penal com fundamento em novos elementos de facto que, em conjunto com os anteriores, os qualificassem mais gravosamente ou agravassem a pena». À expressão «mesmos factos» (art. 148.º do Código) corresponderia, então, o entendimento de que se renovaria a acção penal sempre que se adicionassem novos elementos àqueles factos.

Ora, como entender a partir do âmbito do caso julgado — cujos «níveis de incidência» referimos acima — as restrições impostas aos poderes de cognição do juiz, designadamente quanto a matéria de facto que, estando-lhe vedado considerar a não ter sido acusada, vai no entanto fixar-se como definitivamente julgada? (30)

Propõe finalmente aquele autor uma solução que julga compatibilizar esta disparidade de critérios legais.

Assim, socorrendo-se do disposto no art. 443.º do Código, entende consagrado um regime que, analogicamente, integra-

acusada, em termos que correspondem ao conceito de relação hierárquica de especialidade que os liga, definido por aquele autor.

Só que se encontra extremamente limitado o âmbito em que se veem alargados os poderes de cognição do juiz, para além dos factos que constem do despacho de pronúncia: apenas às circunstâncias agravantes, ali indicadas, que resultem de declarações do réu ou do registo criminal. Excluindo-se mesmo, «a contrario» do disposto no art. 553.º § 3.º do CPP, aquelas cujo conhecimento resulte do certificado de sentença anterior. Vg. Beleza dos Santos.

(30) Para mais, quando nos termos do art. 444.º do Código é facultado ao juiz o conhecimento das infracções autónomas da que foi acusada, quando requerido pelo Ministério Público, em termos que suscitem fundamentação bastante de novo procedimento processual e justifiquem, inclusivamente, a prisão preventiva com base nos novos factos trazidos ao seu conhecimento.

Como explicar então que, podendo na audiência de julgamento conhecer-se de factos que se constituam elementos de infracção autónoma da acusada, servindo de base à instrução de novo processo, esteja vedado ao juiz que pela mesma via tome conhecimento de factos que formem uma «unidade substancial» com os elementos constitutivos da infracção acusada?

ria as situações não previstas nos arts. 446.º e segs., até ao total preenchimento do conteúdo fixado para o caso julgado.

Nestes termos, o conhecimento de factos instrumentais (novos elementos de prova, não indiciados para fundamentar a acusação) facultaria ao juiz — como que por acréscimo — conhecesse dos factos constitutivos substantivos conexos, de acordo com os princípios enunciados. Neste sentido, seria de concluir como sucedâneo do que fica exposto, pela aplicação em conformidade do disposto nos arts. 435.º e 468.º do Código (31).

(31) Em argumentação obviamente não-oferecida pelo Prof. E. Correia, uma vez que a publicação do seu estudo «O caso julgado e os poderes de cognição do juiz», em muito antecedeu a entrada em vigor do D.-L. 605/75, algumas outras disposições legais poderão citar-se, em apoio das posições que toma.

Assim, a doutrina contida — no que respeita o julgamento em processo de querela, com intervenção de júri — nomeadamente, no art. 495.º (referente à propositura oficiosa pelo juiz de quesitos subsidiários no que concerne factos que estabelecem com elementos constitutivos da infracção principal uma relação hierárquica de consunção.

Também o art. 496.º respeitante a factos que estabelecem com os mesmos elementos constitutivos da infracção principal uma relação hierárquica de especialidade.

É também o caso do art. 499.º (que prevê a elaboração de quesitos sobre factos que resultem da discussão da causa, embora aqui já em obediência, não inovatória, ao previsto no art. 448.º

E, sobretudo, da curiosa disposição contida no art. 506.º do mesmo Código (sobre factos não quesitados, dados como provados pelo júri, embora apenas quanto tenham como efeito diminuir a pena).

O que no entanto poderá dizer-se a propósito destas disposições relativas a factos instrumentais da tramitação processual (a elaboração de quesitos), constitui já antecipação das críticas que podem formular-se à doutrina do prof. Eduardo Correia.

Assim, poderá sempre opôr-se à criteriosa elaboração dos argumentos que aduz, o facto de qualquer dos procedimentos descritos, sendo instrumental em relação à tramitação da acção penal, pressupôr um substrato material, dado pelos factos que podem ser objecto de cada um destes actos processuais e que a lei definiu já em sede própria (art. 446.º e segs.).

Por outro lado, a entender-se assim, como parece inevitável, o facto de a lei processual definir instrumentalmente o conteúdo e o objecto mate-

Ora, salvo o devido respeito, tal não nos parece suficiente para superar as dificuldades levantadas pela compatibilização necessária, entre o disposto nos arts. 446.º e segs. do Código, por um lado, e o contido nos arts. 148.º e segs. do mesmo, diploma.

Assim, como já deixamos delineado em anotação a este texto⁽³²⁾, parece-nos resultar do disposto no art. 443.º do Código que o conhecimento que se faculta de novos elementos de prova, apenas aponta para a complementariedade entre a instrução pré-acusatória e a instrução para julgamento, dada pela aplicação privilegiada nesta última dos princípios da verdade material, do contraditório e da oralidade.

Isto significa que, ao contrário do que pretende aquele autor, se deva entender (nada justificando que se julgue diferentemente) que o conhecimento superveniente de novos elementos de prova se *deve considerar restrito àqueles que indiciem factos que integrem o tipo legal da infracção acusada. E tão só*. Nada, naquela disposição nos dá a dimensão material da «manifesta influência na decisão». Legítimo será pois, que se considere que esta corresponde ao que é permitido nos casos previstos nos arts. 446.º e segs. do Código. E nada mais.

Como conciliar, então, o âmbito do caso julgado com os poderes de cognição do juiz? A resposta parece-nos dever procurar-se na própria expressão da doutrina contida nas disposições legais que temos vindo a comentar, pois que: desculpe-se-nos o plebeísmo — «não tem remédio, o que remediado está».

Assim, convirá começar por recordar aquilo que ficou dito no que respeita aos precisos termos em que é fixado o âmbito do caso julgado, naqueles que designamos — e daí

rial daqueles actos, irá certamente conduzir a que, por via indirecta, se limitem os poderes de cognição do juiz aos mesmos, afastando expressamente o conhecimento de quaisquer outros.

Assim, de resto, parece entender o Prof. E. Correia, ao reconhecer que as disposições contidas nos arts. 492.º e segs. do CPP, constituem uma limitação aos poderes de cognição do Juiz.

(32) Cfr., supra, nota (31).

tê-los autonomizado — por dois primeiros «níveis de incidência» do conceito. Recordemo-los, pois: 1.º — no plano intra-processual, o caso julgado incidirá sobre todos os elementos de indicição probatória que integrem o objecto material da instrução pré-acusatória, bem como da instrução de julgamento; 2.º — o caso julgado incidirá, ainda, sobre todos os factos constitutivos do tipo legal puro da infracção ou a estes conexos (em relação a certo sujeito), bem como do próprio nexo de imputação daqueles factos àquele sujeito. Estes «níveis», acrescente-se, extraímos do que resulta consagrado nos arts. 151.º e 150.º, e 148.º e 149.º do Código, respectivamente. Julgamos infosismável a doutrina que neles se contém.

Ora, nestes precisos termos, não julgamos que — com as precisões feitas nos arts. 446.º e segs. do Código — ocorra necessário alargar o âmbito dos poderes de cognição do juiz, por força do âmbito material que se fixa para o caso julgado. Nada parece justificar que o juiz careça de conhecer de factos, para além dos que resultem da instrução pré-acusatória e/ou da instrução de julgamento (nelas indiciados), ou dos que resultem de elementos constitutivos do tipo legal puro da infracção e do seu nexo de imputação a dado sujeito.

Nada obsta mesmo a que se mantenha uma unidade de valoração dos elementos constitutivos da infracção, atendendo ao carácter teleologicamente unitário que, no plano substantivo, corresponde à valoração dos bens juridicamente protegidos, cuja violação se reprime.

Aliás, como aquele autor reconhece, não estaria, se assim não fora, posto em causa o princípio do acusatório, por exemplo?

Todavia, se entendemos — salvo melhor opinião — que no plano intra-processual *se deve compreender que* o problema da compatibilização do âmbito dos poderes de cognição do juiz e do caso julgado se não coloca, uma vez que este último se fixa de acordo com aquele; o mesmo, talvez, não seja exacto, quando passamos para o que definimos como plano *extra-processual* (ou *inter-processual*) de incidência material do caso julgado.

A este respeito importaria considerar, como dissemos, o terceiro «nível de incidência» material do caso julgado em pro-

cesso penal. Isto é, sobre todos os factos fixados como o objecto do processo e ligados aos elementos constitutivos do tipo puro da infracção (ou ao nexó de imputação dos mesmos a dado sujeito) que se venham a constituir objecto d'acção não-penal (art. 153.º e 154.º do Código).

Esta matéria, como já deixamos referido, prende-se com a natureza dos chamados «processos de adesão». A este respeito, cumpriria analisar o papel do lesado como parte processual autónoma e, quanto a este nível de incidência do caso julgado, qual o objecto material do processo penal a que «aderisse» um pedido de indemnização civil. Esta, uma questão que — em si mesma — justificaria um estudo autónomo, dadas as suas implicações. Aqui, uma vez que é mero sucedâneo do tema deste trabalho, limitámo-nos a enunciá-la.

5 — Conclusão.

Esperamos haver cumprido com o objectivo, que nos propusemos inicialmente, de determinar o objecto material do processo penal e das vicissitudes que, de acordo com os diversos critérios usados na sua definição, pode sofrer ao longo das diversas fases da tramitação processual.

Pareceu-nos resultar claro que o objecto do processo penal deve, independentemente da forma de processo adoptada, encontrar-se materialmente determinado através de elementos de indicação probatória suficientes, obtidos na instrução pré-acusatória e na instrução de julgamento, que permitam — em complementariedade instrumental — fixá-lo.

Por outro lado, nunca, quer na escolha da forma de processo a adoptar, quer no momento da audiência de julgamento se deveriam usar argumentos de fundamentação meramente formal, para se procurar um enquadramento material do objecto da sentença final com força de caso julgado.

Finalmente, atendendo às garantias de defesa dos interesses do arguido, nunca deveria o legislador socorrer-se de vinculação (material) temática, sucessivamente: à forma de processo adoptada, aos factos instruídos e acusados, ao conteúdo do des-

pacho de pronúncia ou equivalente. A sentença transitada em julgado deveria, observadas aquelas garantias dos direitos das partes, unicamente produzir caso julgado em relação aos precisos termos materiais em que aquela decidisse.

Se o objecto do processo deve aferir-se por referência a uma valoração unitária, teleologicamente dirigida ao conjunto dos bens jurídicos cuja lesão se reprime. Então, é também unitária e liminarmente que se determinarão os factos materiais, objecto do processo, como mero reflexo da valoração substantiva dos interesses lesados e seus componentes possíveis.