

CONSIDERAÇÕES SOBRE O OBJECTO DO PROCESSO PENAL

Pelo Dr. Mário Paulo da Silva Tenreiro (*)

SUMÁRIO

I — VINCULAÇÃO TEMÁTICA DO TRIBUNAL.

1. — O Processo Inquisitório.
 - 2.1. — O Princípio do Acusatório.
 - 2.2. — A vinculação temática do Tribunal.
 - 2.2.1. — O Princípio da Identidade.
 - 2.2.1.1. — Exemplos. Os direitos de defesa do arguido.
 - 2.2.1.2. — A delimitação do objecto do processo.
 - 2.2.2. — O Princípio da Unidade ou Indivisibilidade.
 - 2.2.2.1. — Ligação ao princípio do Inquisitório.
 - 2.2.2.2. — O processo alquímico dos factos instrumentais.
 - 2.2.2.2.1. — Exemplos.
 - 2.2.2.2.2. — O limite do objecto do processo.
 - 2.2.2.3. — Fundamentos do Princípio da Unidade ou Indivisibilidade.
 - 2.2.3. — O Princípio da Consumpção.
 - 2.2.4. — A definição de «objecto do processo» como o nó gordio de todo problema.
 - 2.2.5. — Definição da Tipologia a Utilizar.
 - 2.2.6. — Razões do problema: uma possível questão prévia.

II — UNIDADE E PLURALIDADE DE INFRACÇÕES.

1. — O Problema.
2. — Concurso de crimes.
 - 2.1. — Teoria Naturalística.
 - 2.2. — Teoria Jurídica.

(*) Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

- 2.2.1. — Concurso Real.
- 2.2.1.2. — Concurso Ideal.
- 2.2.2. — Concurso aparente — Concurso de Normas.
- 2.2.2.1. — Relações de natureza hierárquica entre as normas.
- 2.2.2.1.1. — A Especialidade.
- 2.2.2.1.2. — A Subsidiariedade.
- 2.2.2.1.3. — A Consumpção.
- 2.2.2.2. — Relação de alternatividade.
- 2.2.2.3. — O juízo aparente de culpa: o crime continuado.

III — O OBJECTO DO PROCESSO.

- 1. — A concepção de EDUARDO CORREIA.
- 2. — Crítica à concepção naturalística.
- 3. — As soluções segundo EDUARDO CORREIA.
- 3.1. — Os poderes cognitivos dentro do objecto do processo.
- 3.2. — Alargamento dos poderes por razões processuais.
- 3.3. — Tipologia das soluções.
- 4. — Apreciação da doutrina exposta.
- 5. — A concepção de FIGUEIREDO DIAS.
- 5.1. — Tipologia das soluções.
- 5.2. — Da coerência da doutrina exposta.
- 6. — A concepção de CASTANHEIRA NEVES. Crítica.
- 7. — Reparos à delimitação dos poderes cognitivos do tribunal.
- 7.1. — O princípio do contraditório e os poderes de defesa do arguido.
- 7.2. — Os obstáculos processuais.

IV — SOLUÇÕES LEGAIS NO CÓDIGO DE 1929.

- 1. — O conceito de Convolação.
- 2. — Soluções legais.
- 2.1. — O caso julgado.
- 2.2. — Os poderes de cognição do tribunal.
- 2.2.1. — Artigo 447.
- 2.2.2. — Artigo 448.
- 2.2.3. — Verificação da existência de uma lacuna.
- 2.2.4. — Artigo 444.
- 2.2.5. — A integração da lacuna e o artigo 443.

V — AS SOLUÇÕES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

- 1. — Os poderes do juiz da pronúncia face à «acusação».
- 2.1. — Os poderes de cognição do tribunal; artigos 358 e 359.
- 2.2. — A noção de «alteração substancial dos factos».
- 2.3. — O objecto do processo.
- 2.4. — O efeito consumptivo do caso julgado.
- 3. — Obstáculos processuais.

NOTA PRÉVIA

O presente trabalho corresponde, com indeléveis retoques, a um texto escrito no âmbito das tarefas docentes, que desempenhámos no ano lectivo de 85/86 como assistente na Cadeira de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito de Coimbra, que se destinou ao uso dos alunos para o estudo das correspondentes matérias. Perdoe-se-lhe, por isso, o seu pedagogismo e a falta de rigorosas indicações bibliográficas.

Não obstante tais falhas, e faltando-nos o tempo necessário para o refazer, acrescento ainda a ideia de que com tal arranjo acabaria o artigo por perder o seu maior interesse — exactamente o seu didactismo assente no modo casuístico de análise como foi concebido —, encorajados pelo Mestre de cujo pensamento é ele mesmo tributário e de cujo precioso apoio e ajuda sempre usufruímos, decidimo-nos pela sua publicação. Ao Prof. Figueiredo Dias, pois, o nosso muito obrigado.

Bruxelas, 1 de Maio de 1987

Mário Tenreiro

I

VINCULAÇÃO TEMÁTICA DO TRIBUNAL

1. Ó vós que entraís, perdi toda a esperança! — tal rezava a inscrição pendente por sobre a porta do inferno de DANTE ALIGHIERI; tal poderia também servir-nos de pórtico para um Processo Penal de estrutura inquisitória. Fruto de uma concepção autoritária do Estado o *processo inquisitório* tem como primeira vertente a redução à mais ínfima espécie dos direitos de defesa do arguido, considerado não como um sujeito mas como mero objecto do processo. Como segunda vertente aparece-nos o domínio absoluto e discricionário do processo pelo juiz, que decide da promoção processual, inquire, acusa e julga sem quais-

quer limitações, isto é, fixando e alterando a seu bel-prazer o objecto do processo em cada momento dado (não possuindo assim outro «*thema probandum*» e outro «*thema decidendum*» senão aqueles que resultarem da sua vontade).

2.1. Nesta segunda vertente, que consubstancia ainda em si um desrespeito extremo pelas garantias de defesa do arguido, visionamos em primeiro lugar o problema da atribuição à entidade julgadora de funções respeitantes a fases anteriores do processamento. Tal põe obviamente em causa as necessárias garantias de objectividade e imparcialidade que deveriam ser dadas pelo juiz julgador. E com graves resquícios de uma estrutura inquisitória deparamos nós ainda no código de 29, quando atendemos à competência conferida ao juiz da causa para proferir os despachos de pronúncia. Pois o que é o despacho de pronúncia senão, num controlo judicial da decisão de *acusação* tomada pelo Ministério Público, a afirmação solene da existência de indícios suficientes de ter o agente praticado um crime e de, por isso mesmo, ser mais provável a sua condenação do que a sua absolvição? E, se é ao despacho de pronúncia, quando o há, que, substituindo-se ao despacho de acusação, cabe fixar o objecto do processo, como compreender que a tarefa de o lavrar seja cometida a um dos sujeitos que é simultaneamente o seu destinatário? Não condicionará tal, possibilidades de futuras convolações?

2.2. E com isso entramos, afinal, no segundo problema levantado por essa segunda vertente que analisávamos: o problema da fixação do objecto do processo. Um dos corolários do *princípio do acusatório* é, justamente, o de que a acusação define e fixa, perante o tribunal, o objecto do processo. Assim se constitui como que o limite a que estará vinculada a posterior actividade cognitiva e decisória do tribunal — trata-se daquilo a que se chama, afinal, a *vinculação temática do tribunal*.

2.2.1. Fixado na acusação o objecto do processo penal, deve então manter-se o mesmo até ao trânsito em julgado da sentença — é o chamado *princípio da Identidade*. Fundamentam-no razões atinentes à existência de um efectivo e eficaz direito de

defesa do arguido. Compreende-se que, se ao tribunal permitido fosse modificar o objecto do processo, poder-se-ia encontrar o arguido a braços com novos factos e novas incriminações que não houvera tomado em conta aquando da preparação da sua defesa. Dois simples exemplos:

2.2.1.1. a) *A* é acusado de ter cometido um crime de homicídio em Coimbra, num determinado dia às duas horas da madrugada; baseia a sua defesa na prova de que, nesse mesmo dia, à uma hora da manhã, se encontrava em Lisboa. A alteração dos factos descritos na acusação, através da prova produzida em audiência, que se consubstancie, por exemplo, em não ter o crime sido cometido às 2 mas às 6 horas da madrugada, destruirá obviamente toda a defesa do réu.

b) *B* é acusado de no dia *X*, almoçando no café *Y*, ter assassinado o seu colega de almoço, através da administração de uma substância venenosa no seu vinho. Qualquer que seja a estrutura da defesa preparada por *B*, ele estará obviamente desarmado (quer se prove ou não o homicídio) face à incidental prova, em audiência, do cometimento de um furto, por esse mesmo *B*, nessa mesma ocasião, e na pessoa de um outro cliente do restaurante.

Tanto o 1.º como o 2.º *exemplos* atentam claramente contra as *garantias de defesa do arguido*. E isto é tanto mais assim quanto não esquecermos que, face ao princípio da «presunção da inocência do arguido» até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, deveremos considerar estarmos em presença de um inocente. A ele não se pode, obviamente, exigir a preparação de uma defesa que preveja todas as possíveis *nuanças* e alterações de uma acusação, todo o possível aparecimento de factos novos e de novas incriminações, exactamente porque sendo (ou presumindo-se) inocente não praticou ou não é criminalmente responsável por tais factos (podendo por conseguinte ignorá-los). A preparação de uma defesa desse género só seria exigível e possível a um verdadeiro culpado.

2.2.1.2. Mas se assim é, dir-nos-iam, bastará, em qualquer caso semelhante aos apontados, conceder um novo prazo ao arguido para que ele possa «re-preparar» a sua defesa em atenção

aos factos novos surgidos, para que fiquem defendidos os interesses subjacentes ao princípio da identidade. E se assim parece ser no exemplo *a*), já no exemplo *b*) nos parece, nesta fase ainda incipiente da presente análise e com base em considerações de pura intuição, apresentar-se a questão em moldes muito mais duvidosos: é que o tribunal iria julgar *B* por um crime cuja investigação teria começado já no julgamento, por iniciativa e actuação do próprio tribunal, com prejuízo das garantias de imparcialidade e objectividade que o princípio do acusatório visa salvar. (Seria possível, isso sim, admitir a hipótese de o próprio réu estar de acordo com o seu julgamento pela nova incriminação, caso em que cessaria a necessidade de respeito estrito pelo princípio do acusatório — garantia do acusado).

Mas o que existe de tão diverso entre as duas hipóteses, *a*) e *b*), para que, ao nível da mera intuição jurídica, propendamos para aceitar a solução proposta quanto à 1.^a e a rejeitemos claramente quanto à 2.^a? Não será afinal o sentimento de que, enquanto que em *a*) nos encontramos ainda *dentro do objecto do processo*, isto é, o «novo objecto» (homicídio às 6 horas) é ainda o mesmo constante da acusação (homicídio às 2 horas), já em *b*) o novo objecto (furto a um cliente do restaurante) é manifestamente diverso do proposto ao Tribunal (homicídio do companheiro de almoço)? Isto é, enquanto que num caso haverá identidade do objecto no outro já não a haverá.

Mas se assim é, em que é que se consubstancia a tal exigência de «mesmidade», de identidade do objecto? Até onde pode o mesmo sofrer alteração sem perder a sua identidade?

(Sendo este afinal o tema-base do presente trabalho, abandonamo-lo por ora, para a ele regressarmos quando estivermos de posse de mais elementos para a sua compreensão).

2.2.2. Quanto aos princípios referentes ao objecto do processo costuma referir-se seguidamente o *princípio da Unidade ou Indivisibilidade*. Segundo o mesmo deve o tribunal conhecer e julgar o objecto que lhe foi proposto («Thema decidendum» e «Thema probandum») na sua totalidade, isto é, unitária e indivisivelmente.

2.2.2.1. *A ligação do presente princípio ao princípio do Inquisitório* parece-nos óbvia. De facto, num processo de tipo acusatório puro o tribunal, colocado numa posição passiva de puro árbitro de um duelo entre as partes, além de limitado pelo «*thema*» proposto pela acusação, estaria também limitado nos seus poderes quanto à prova. No que toca à adução do material de facto ficaria o juiz dependente da contribuição dada pelas partes e limitado pelos factos por elas trazidos ao processo. Ora mesmo no Processo Civil em que, por via de regra, estão em jogo interesses meramente privados, esta concepção não é já aceite por parte da doutrina, que distingue entre factos jurídicos (factos constitutivos da «*causa de pedir*») e factos instrumentais (factos meramente probatórios). Se no que diz respeito aos primeiros o princípio do acusatório parece vigorar ainda na sua plenitude («*Iudex ne eat ultra petita partium*» — princípio do pedido), já os segundos são integrados nos princípios que dizem respeito à prova e é reconhecido quanto a eles um poder autónomo de conhecimento do Juiz.

Tal princípio — princípio do Inquisitório a que preferimos chamar agora *princípio da investigação ou da verdade material* por se dirigir primariamente ao conseguimento das bases da decisão e, portanto, à matéria das provas — vigora claramente no nosso Processo Penal. Traduz-se o mesmo, afinal, no poder-dever que ao tribunal incumbe de esclarecer e instruir autonomamente, mesmo para além das contribuições da acusação e da defesa, o facto sujeito a julgamento, criando aquele mesmo as bases necessárias à sua decisão (FIGUEIREDO DIAS) ⁽¹⁾.

2.2.2.2. Num «processo de tipo acusatório integrado por um princípio de investigação», como é o nosso, a cada princípio cabe assim um específico campo de aplicação; contudo, do que não há dúvida é de que se verifica, na realidade, uma *possibilidade alquímica de os factos instrumentais se transformarem em factos jurídicos* passando a possuir, não só um interesse meramente probatório mas, também, um interesse directo para as nor-

(1) Jorge Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 1981, pág. 148.

mas jurídico-criminais. Tornam-se assim factos constitutivos de um tipo legal de crime ou, pelo menos, factos relevantes para a produção de consequências jurídico-penais.

A questão surge agora nítida e clara como a pergunta da Esfinge a Édipo: poderá o juiz, sabendo que detém o poder de os «colocar no mundo», considerar e analisar enquanto factos instrumentais, tomá-los agora como base para a sua decisão enquanto factos jurídicos? Vamos a exemplos:

2.2.2.2.1. Temos a distinguir *diversas hipóteses e exemplos*:

1.^a Um facto pode ser simultaneamente probatório e constitutivo de um certo tipo de crime. Assim:

c) o facto de se encontrarem em posse de *C* determinados objectos pode servir para provar o facto de que é acusado mas, simultaneamente, para, tomando em consideração o seu valor, decidir da incriminação por furto simples ou por furto qualificado (artigos 296 e 297-1.a) do Cód. Penal).

2.^a Um facto pode concomitantemente permitir ou coadjuvar a conclusão de que o facto acusado teve ou não efectivamente lugar e afirmar-se como elemento constitutivo de um outro crime (ou forma de crime) que se substitui ou acresce ao crime acusado. Exemplos:

d) *d-1)* Veja-se o exemplo da espécie *c)*.

— O facto de se provar que *D* constrangiu determinada pessoa, através de violência, a lhe entregar uma coisa móvel, prova a acusação de furto que sobre *D* impende mas, mais que isso, obriga a qualificar o crime em causa como roubo (306).

d-2) A prova de que *D'* falhou o seu tiro pode servir para afastar a acusação por homicídio consumado (131) mas pode, simultaneamente, incriminá-lo por homicídio tentado (22).

— A prova de que *D'* apenas prestou auxílio aos autores do furto de que é acusado (por ex.: fornecendo-lhes uma gazua) pode

afastar a imputação a *D'* da autoria desse mesmo crime mas, simultaneamente, inculpá-lo por cumplicidade (26 e 27).

d-3) Ao provar-se que *D''* estaria na posse de determinado objecto, sendo acusado de o ter destruído (crime de dano — 308), pode acabar por se concluir que tal só sucedia exactamente por ter *D''* anteriormente furtado tal objecto (Furto — 296).

— Igualmente ao provar-se o crime de dano praticado por *D''* (308), mediante o arrombamento de uma porta, pode simultaneamente acabar por se provar o crime de introdução em casa alheia (176), ou até o facto instrumental em causa (por exemplo, o terem sido encontrados em posse de *D''* objectos que estariam em determinada moradia no dia anterior a esta ter sido arrombada) acabar por forçar a configurar a hipótese *sub iudice* como um furto qualificado (297-2.d)).

e) Ao investigar-se a actuação de *E* que, tendo descoberto abrir a chave de sua casa também a porta do vizinho, é acusado de se ter introduzido por três vezes nessa residência, furtando de cada vez determinados objectos, não poderá acabar por se provar que, afinal, tal actividade ocorreu não três mas quatro, cinco ou seis vezes?

f) A prova que *F* apenas recebeu os objectos furtados muito depois de o furto ter sido consumado poderá eventualmente livrá-lo da incriminação por esse furto mas, simultaneamente, poderá inculpá-lo pelo crime de receptação (329).

— Igualmente a prova de que *F'* recebeu legitimamente o objecto de que se apropriou afastará a hipótese de furto, mas fará levantar a questão de abuso de confiança (300).

— Do mesmo modo a prova de que *F''* conseguiu obter o consentimento da moça de 15 anos para a prática de relações sexuais afastará dele a acusação de violação (201), mas talvez constitua um crime de estupro (240).

g) g-1) De igual modo será natural que, ao investigar o crime de homicídio que *G* é acusado de ter cometido através do rebentamento de uma granada, o tribunal acabe por descobrir

que esse mesmo rebentamento provocou também a morte, ou ofensas corporais, noutro sujeito, ou danos num automóvel estacionado perto.

g-2) Como não será estranho, na mesma hipótese formulada, que o tribunal acabe por descobrir, por um lado, ter sido o mesmo *G* o autor de um outro homicídio em circunstâncias análogas praticado uns tempos antes e, por outro, que a posse das granadas advinha a *G* de este as haver furtado dos paióis do Exército.

3.^a Uma determinada circunstância pode provar que um certo facto não se verificou, mas demonstrar que um outro teve lugar ou, então, que o facto se verificou mas em circunstâncias de tempo ou espaço diversas das descritas na acusação.

h) Descobrir que o objecto que fora visto na posse de *H* era azul e não vermelho pode ilibá-lo do furto concreto de que era acusado, mas comprometê-lo pelo furto de um outro objecto.

i) Lembremo-nos do exemplo dado em *a)* — homicídio às 6 horas da madrugada e não às 2 horas.

4.^a Por fim, podem surgir incidentalmente factos no decurso da actividade instrutória, desenvolvida em audiência, que nada têm a ver com a concreta questão discutida mas que conformam novos tipos de crime.

j) Dizendo o que se sabe sobre um crime de dano imputado a *J*, uma testemunha acaba por declarar, ao referir-se ao mau feitio de *J* (que a leva a crer, conjuntamente com outros elementos, ter sido ele o autor dos factos), ainda dias atrás ter assistido a uma grave agressão por parte deste a um seu vizinho.

— Lembremo-nos, aqui, ainda, do exemplo dado em *b)*.

2.2.2.2.2. Regressemos neste momento ao início e repitamos a pergunta formulada: até onde poderá o juiz aceitar esta operação alquímica considerando os novos elementos (que conhe-

ceu pelo uso dos seus poderes investigatórios) na sua concretização como elementos típicos e por isso relevantes, por si só ou nas suas relações com os factos acusados, para a produção de efeitos jurídico-penais? A resposta aparece-nos, tão simples como complexa, com toda candura e singeleza das coisas óbvias: o juiz poderá ir até onde o permitir o princípio da identidade, isto é, até à *linha fronteira que delimita o objecto do processo*. Assim o exigem, como atrás o dissemos, os interesses e garantias subjacentes ao princípio do acusatório que delimita, afinal, o espaço possível do princípio da investigação.

Mas ao definirmos o princípio da indivisibilidade ou unidade, nós, mais do que afirmarmos um poder de conhecimento total pelo tribunal do objecto proposto pela acusação, estabelecemos o verdadeiro «dever» de assim proceder. Porquê?

2.2.2.3. Quais são as *razões subjacentes ao princípio da Unidade*? Primeiro que tudo interesses ligados à pretensão punitiva do Estado. E não são meros interesses, perfeitamente legítimos, de economia processual mas, muitas vezes, é a própria consideração da necessidade e conveniência de aproveitar uma produção de prova já efectuada e dificilmente repetível que fundamenta tal dever de conhecimento.

Em segundo lugar são razões ligadas à necessidade de garantir a paz jurídica do arguido, prevenindo a possibilidade de o mesmo poder ser consecutivamente submetido a novos processos e a novos julgamentos. Volte a pensar-se no exemplo dado em *a)* e imagine-se a absolvição do arguido pelo crime imputado (homicídio verificado às 2 horas da manhã) seguida, no dia posterior, da abertura de um novo processo pelo novo facto em presença (homicídio às 6 horas da madrugada)!!

2.2.3. O que acabamos de expôr atira-nos afinal para o terceiro e último princípio que costuma ser referido a propósito do objecto do processo: o *princípio da Consumpção*. Traduz-se ele, afinal, em se afirmar que a questão posta ao tribunal (objecto da acusação — objecto do processo) mesmo que o não tenha sido deve considerar-se como irrepeticamente decidida. Dizendo de outro modo: *o caso julgado que se forma com a sentença abrange*

todo o objecto do processo (todos os factos que deverem considerar-se não violar o princípio da Identidade), exactamente por a todo esse objecto se dever estender o conhecimento do tribunal (princípio da Unidade ou Indivisibilidade) mesmo que concretos factos que o integram não tenham sido analisados, ou sequer conhecidos, pelo tribunal (princípio da Consumpção).

É, assim, o dever cognitivo do tribunal que delimita o *efeito consumptivo do caso julgado*. Por sua vez aquele (dever cognitivo) define-se em função do que se considere ser, afinal, o objecto do processo, o que determina os limites do princípio da Identidade.

2.2.4. *O nó górdio do problema*, fácil é verificarmos-lo, consiste afinal em definir o que se entenda por objecto do processo. E entre o Sila do desrespeito por princípios de conveniência e economia processual e da reposição e garantia da paz jurídica do arguido (lembremo-nos do exemplo *a*) e o Caríbedes do desrespeito pelas garantias de objectividade e imparcialidade do tribunal que o princípio do acusatório visa salvaguardar (lembremo-nos do exemplo *b*) ou *j*), voga o barco da presente discussão.

E a pergunta surge de novo, acutilante, esfíngica: *o que é o objecto do processo?* Que estranho animal é esse que anda com quatro pernas de madrugada, duas quando o Sol vira a sul, e três ao entardecer?

2.2.5. Planificando o nosso posterior raciocínio clarifiquemos a *tipologia dos efeitos provocados por uma alteração dos factos descritos na acusação*:

A) A alteração não provoca qualquer mudança na perspectiva jurídica mas tão-só uma *nuance* quanto ao objecto material do crime, quer diga respeito à sua concreta identidade, quer se refira às circunstâncias (espaço, tempo, modo) em que ocorreu o crime (Exemplos *a*) e *h*)).

B) A alteração provoca a substituição do tipo de crime acusado por outro tipo de crime (Exemplo *c*), *d*), *f*)).

C) A alteração provoca a junção ao crime acusado de uma nova incriminação, verificando-se um concurso de crimes (Exemplos *b*), *g*), *j*)), — isto independentemente do 1.º crime poder

eventualmente não vir a provar-se e, por conseguinte, acabar por restar apenas o 2.º, o que parecendo constituir uma situação análoga à de B) de facto o não é, por aí o 1.º crime não poder subsistir por razões meramente jurídicas.

D) Resta-nos o exemplo da alínea e) que não possui autonomia por se englobar na situação A), B) ou C), conforme os casos: trata-se da questão da continuação criminosa.

E com a sistematização referida não queremos, de modo algum, insinuar a homogeneidade de cada situação face ao problema discutido: bem antes pelo contrário, dentro de cada alínea cabem casos que deverão merecer tratamento diverso quanto à sua inclusão no objecto do processo.

2.2.6. Mas se em última análise, e grosso-modo, o objecto do processo tem de ser uma conduta humana enquanto violadora de bens jurídico-criminais, melhor dizendo, violadora das normas jurídico-penais que protegem esses bens, os nossos problemas provêm afinal do seguinte: a diversidade de bens jurídicos dá origem a uma diversidade de tipos legais de crime a que se podem subsumir acções humanas, acções essas que por sua vez podem violar vários tipos legais de crime. Num direito penal que admitisse um único tipo legal de crime e que se desinteressasse ainda da quantidade de vezes que o mesmo fosse preenchido não poderia existir o problema do objecto do processo. Verdade mais lapalissiana não poderia ser dita. E para que não nos acusem de dizermos trivialidades, acrescentamos já que apenas pretendemos *chamar a atenção para um problema prévio* com que nos defrontamos. E prévio, não no sentido de que resolva a nossa questão, mas sim no de que a poderá, eventualmente, reduzir a mais estritos limites ou, pelo menos, ajudar a aclarar o problema. Referimo-nos, claro está, à questão da:

II

UNIDADE E PLURALIDADE DE INFRACÇÕES

1. Trata-se de *saber quantos crimes cometeu o arguido* antes de qualquer deles ter sido objecto de uma sentença transitada em

julgado. É o problema do concurso de crimes. O problema da eleição de um critério que nos resolva a questão da subsunção de um mar de factos em que se desdobra uma concreta actuação humana (uns constantes da acusação, outros trazidos, talvez, ao processo pelo tribunal) a um mar de tipos legais de crime. E se a complexidade das acções humanas (que se entrecruzam, conectionam, chocam — temporal, espacial e volitivamente) nos complica a tarefa, não menos nos confunde a complexidade das normas penais que, ao invés de estanques, comunicam e se relacionam entre si.

E se necessário fosse, depois do que dissemos, ilustrar a importância do presente problema, pensemos então no exemplo de *g-1*) ou de *d-1*): praticou *G*, através da sua acção um único crime (pois foi uma só acção o seu suporte) ou, ao invés, verifica-se um concurso do crime acusado (homicídio) com um segundo homicídio, ofensas corporais ou danos?; praticou *D* dois crimes em concurso (furto e roubo) ou apenas um crime de roubo? A nossa decisão quanto à unidade criminosa deverá ter efeitos quanto à delimitação do objecto do processo e do efeito consumptivo do caso julgado:

Se existe um único crime tal, constituirá, para certa visão do problema, o objecto do processo com a afirmação de poderes cognitivos do tribunal em relação a todos os elementos relevantes para esse mesmo crime (para a sua constituição e valoração).

Façamos então um parêntesis analisando o problema do:

2. *Concurso de crimes.*

2.1. *Teoria naturalística* — Parte de uma teoria positivista quanto à construção dogmática do crime, e encontra, como sabemos, na acção o ponto de partida de uma análise categorial-classificatória dos elementos de um delito. E, como sabemos, a acção é vista, numa perspectiva naturalista e subsidiária de uma racionalidade própria das ciências da natureza, como uma pura modificação objectiva do mundo exterior, apenas ligada causalmente à vontade. Tem assim logicamente de encontrar o critério

da unidade criminosa na unidade naturalística da acção. O que seja a «unidade da acção» é coisa que, contudo, é naturalisticamente indeterminável por outros critérios que não sejam o mero palpite, dando lugar a inúmeras dificuldades (Quem ofende corporalmente um seu vizinho esbofeteando-o primeiro, atirando-o ao chão de seguida e acabando por o esfaquear, comete um ou vários crimes? Quem injuriar outrem comete tantos crimes quantos os termos injuriosos proferidos?), e a soluções que parecem não se justificar (Porquê tratar de modo diferente alguém que consegue matar dois inimigos com um único tiro — uma única acção — e um outro que para conseguir o mesmo intento tem que disparar duas vezes?).

E de facto, como sabemos, o vício último da construção reside em não se tomar em conta que as acções só interessam ao Direito enquanto violadoras de normas jurídicas, em não se compreender a específica racionalidade que subjaz às ciências humanas, diversa daquela que caracteriza as ciências da natureza. Por isso, quer se continue a assentar o ponto de partida da construção dogmática do crime na *acção*, mas vista esta já como portadora de um conteúdo valorativo, como EDUARDO CORREIA, quer se coloque no preenchimento de um tipo-de-ilícito tal ponto de partida, possuindo a categoria da acção um interesse meramente negativo a fim de negar a tipicidade a condutas não humanas, desenvolvidas em estado de inconsciência, etc., como FIGUEIREDO DIAS, o que é certo é que o problema em causa será afinal um problema de determinação da ilicitude material, ou seja, dos conteúdos materiais de ilicitude de uma conduta. E se a ilicitude está concretizada em *tipos* será através destes que se determinará a unidade ou pluralidade de infracções, como demonstrou EDUARDO CORREIA (2), afirmando-se assim uma:

2.2. Teoria jurídica do concurso — Esta parece ter sido consagrada na nossa lei. Diz-nos o artigo 30.1. do Código Penal:

(2) Eduardo Correia, *Unidade e Pluralidade de Infracções*, Coimbra, 1948, reimpressão, Almedina, 1983.

«O número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime foi preenchido pela conduta do agente».

Temos assim perfeitamente parificadas as situações de concurso real e as de concurso ideal, pois a lei não distingue entre as mesmas.

2.2.1. *Concurso real* significa que um autor preencheu vários tipos de crime (concurso heterogéneo) ou várias vezes o mesmo tipo (concurso homogéneo) através de *várias acções* (uma para cada violação legal). Temos exemplos nos casos fornecidos em g-2).

2.2.1.2. *Concurso ideal* significa que *uma só acção* preencheu vários tipos de crime (concurso heterogéneo) ou várias vezes o mesmo tipo (concurso homogéneo). Exemplos: g-1). Como demos conta, na perspectiva naturalista o concurso ideal não seria um verdadeiro concurso mas, sim, um caso de unidade criminosa. Para nós, e para a nossa Lei, ele é tão «real» como o chamado concurso real.

2.2.2. Como dissemos, contudo, a relação entre as normas penais, entre os tipos legais de crime, não se configura com uma divisão estanque segundo a qual a cada tipo corresponderia um específico bem jurídico, específicos valores jurídico-criminais, uma específica descrição de uma conduta objectiva, etc.. Longe disso, nas condutas que descrevem e nos bens que protegem, os tipos comunicam, sobrepõem-se e entrecruzam-se entre si. Por isso podem surgir situações em que, tendo sido preenchidos aparentemente vários tipos, na realidade e dada a relação existente entre os mesmos apenas um foi preenchido. Isto é, o *concurso é meramente aparente*.

E se a questão é normalmente tratada nesta sede sob o título de «concurso aparente» ela não deixa de ser tratada por outros autores, aquando do estudo da lei penal, como um problema de interpretação e aplicação das leis e sob o título de «concurso de normas». Tal situação verifica-se afinal quando aparentemente

são chamadas várias leis mas acaba por se aplicar apenas uma delas que exclui as demais.

Concurso de Leis ou Concurso de Normas

Quais são então as possíveis relações entre os tipos?

Costumam referir-se 4 tipos de relações, a saber: especialidade, subsidiariedade, consumpção e alternatividade.

2.2.2.1. Nuns casos estamos presentes a *Relações de Hierarquia*:

2.2.2.1.1. *A Especialidade* — Uma disposição penal contém conceitualmente todos os elementos de uma outra, diferenciando-se apenas por conter um elemento adicional, de modo que toda a acção que realiza o tipo especial realiza também necessariamente, ao mesmo tempo, o tipo geral. Exemplos: *c)*, *d-1)*, o tipo do 132 ou do 133 face ao 131 (crime geral de homicídio), etc.. Resolução: «*lex specialis derogat legi generali*» — não existe concurso de crimes, só a norma especial se aplicará.

2.2.2.1.2. *A Subsidiariedade* — Um preceito (lei subsidiária) é estabelecido para que se aplique, de forma auxiliar (tapa buracos), quando não se possa aplicar um outro (lei principal). Recordemos os exemplos de *d-2)*. Resolução: «*Lex primaria derogat legi subsidiariae*».

Imaginemos que um agente dispara sobre alguém falhando o tiro. A norma que estabeleceria a sua punição a título de homicídio tentado só deve, obviamente, aplicar-se no caso de ele acabar por não consumir o crime — se o agente dispara de novo matando desta vez a sua vítima só será punido por homicídio consumado pois a outra norma era meramente subsidiária. Será ainda, por exemplo, o caso da aplicação do artigo 219.º do Código Penal, subsidiário face à possibilidade de imputar ao agente um crime comissivo por omissão.

2.2.2.1.3. *A Consumpção* — Relação de ordem valorativa que só pode ser decidida *in concreto*. O desvalor de uma conduta

descrita num tipo e expressa na pena que lhe corresponde («lex consumens») abarca já o desvalor de uma outra conduta descrita e penalizada noutra disposição legal («lex consumpta»). Exemplos: *d-3*) em que os crimes acusados acabavam por ser consumidos pela nova incriminação, por se tratar, *no primeiro caso*, do chamado «facto posterior não punível» (trata-se dos chamados delitos de garantia ou de aproveitamento — exemplos: alguém destroi o objecto furtado a fim de dificultar ou impedir a descoberta do furto; tais factos são consumidos na medida em que não lesarem um novo bem jurídico e, assim, já não se operará a consumpção se, ao invés de o destruir, o agente vende o objecto a um terceiro de boa-fé; aqui haverá um novo bem jurídico a proteger); e *no segundo*, de «facto acompanhante típico não punível». Quanto aos casos dos chamados «factos prévios não puníveis» eles constituir-se-ão, geralmente, como um problema de subsidiariedade (recordemos novamente os exemplos *d-2*).

Detenhamo-nos um pouco mais sobre a consumpção. Ao contrário da especialidade e da subsidiariedade, não podemos tomar conclusões *a priori* por mera análise dos tipos de crime. É necessária uma avaliação concreta da conduta em causa para concluirmos se o seu desvalor se encontra totalmente contido num tipo ou se a sua punição necessita estabelecer-se pelos vários tipos em presença. Um exemplo: alguém dirigindo-se, por carta, a um seu inimigo o ameaça de morte (155), ao mesmo tempo que o injúria (165). Estamos perante um concurso de crimes ou um mero concurso aparente por o crime de ameaças consumir o crime de injúrias? Tal dependerá da gravidade e do modo da injúria. Se ela consiste, por exemplo, no chamar de uns «nomes feios» ao ofendido tudo indica que será consumido pelo crime, mais grave, de ameaças. De facto, o legislador dentro da pena com que pune o crime de ameaças concordará estar contido o juízo de desvalor de um facto acompanhante típico, como tais injúrias. Já se as mesmas se consubstanciam na imputação de factos criminosos ou desonrosos ao injuriado, tal parece ser necessitado de um juízo de censura autónoma com a aplicação concomitante da norma do 165 — aqui haverá sim um concurso de crimes.

2.2.2.2. Relação de Alternatividade — Verifica-se quando diversos tipos contêm elementos incompatíveis entre si, excluindo-se por isso mutuamente. Aqui o concurso não é possível, não porque se verifique uma situação de hierarquia entre as normas mas sim porque se verifica uma situação de incompatibilidade. Relembremo-nos do exemplo *f*) — furto *versus* abuso de confiança. Bem vistas as coisas, nas relações de alternatividade não pode existir concurso de crimes e nem sequer existe concurso aparente, pois é nítido que as normas em presença se não podem aplicar simultaneamente.

E se retermos agora o 30.1 do Código Penal ficaremos cientes de que aos casos de concurso real quer precisamente aludir essa disposição ao exigir a «efectividade» no preenchimento de vários tipos de crime, isto é, ao exigir que tal preenchimento não seja meramente ilusório.

2.2.2.3. Mas para que exista um crime não basta, todos o sabemos, o preenchimento de um tipo-de-ilícito: mais se exige que tal preenchimento possa ser imputado ao agente a título de *culpa*. Não deverá então exigir-se, para se afirmar a pluralidade de infracções, uma pluralidade de juízos de censura correspondentes à plúrima realização de tipos-de-ilícito — necessidade de se afirmar uma específica realização de um tipo-de-culpa para cada tipo-de-ilícito preenchido?

Quando o juízo de censura, na sua repetição, é *meramente aparente* faltará afinal um pressuposto para que possamos afirmar a existência de um concurso de crimes. Estaremos antes perante um único crime a que dogmaticamente se chama *crime continuado*. Tal é, afinal, a situação descrita no artigo 30.2:

Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogéna e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente.

Lembremo-nos do nosso exemplo *e*).

O ponto nodal do crime continuado é, afinal, uma ideia de menor exigibilidade. Analisa-se em três elementos:

1.º A existência de uma homogeneidade na execução (onde poderá ter relevância o elemento espaço-temporal).

2.º A «mesmidade» do bem jurídico violado (que nos bens pessoais pressupõe a identidade da vítima).

3.º A presença de um determinado circunstancialismo exógeno.

O 1.º e o 2.º elementos assentam na consideração de que execuções heterogéneas ou violações de normas que protejam bens jurídicos diversos pressupõem um renovar da resolução criminosa, um repensar da atitude pessoal tomada, que possibilita assim também um renovar do juízo de censura sobre o agente.

O 3.º elemento fundamenta, afinal, a menor exigibilidade. Como exemplos de situações exteriores típicas dá-nos EDUARDO CORREIA (3):

«— A circunstância de se ter criado, através da primeira actividade criminosa, uma certa relação, um acordo entre os sujeitos (exemplo: antigo crime de adultério).

— A circunstância de voltar a verificar-se uma oportunidade favorável à prática do crime, que já foi aproveitada ou que arrastou o agente para a primeira conduta criminosa (exemplo: quando se descobriu uma porta falsa que dá acesso a uma casa e que se aproveita várias vezes para furtar objectos lá depositados).

— A circunstância da perduração do meio apto para realizar um delito, que se criou ou adquiriu com vista a executar a primeira conduta criminosa (exemplo: o caso do moedeiro falso que se vê sempre solicitado a utilizar de novo a aparelhagem que construiu a fim de fabricar notas).

— A circunstância de o agente, depois de executar a resolução que tomara, verificar que se lhe oferece a possibilidade de alargar o âmbito da sua actividade criminosa

(3) Eduardo Correia, *Direito Criminal*, Almedina, Coimbra, 1971, Vol. II, pág. 210.

(exemplo: o ladrão que entra num quarto para furtar joias e, verificando depois que lá se encontra dinheiro, se apropria dele)».

III

O OBJECTO DO PROCESSO

1. E regressemos agora ao nosso problema: o objecto do processo. Se pensarmos, como EDUARDO CORREIA, que o objecto do processo é afinal uma *concreta e hipotética violação jurídico-criminal acusada* teremos que a identidade do mesmo coincide com a do direito substantivo. Os critérios expostos para distinção entre unidade e pluralidade de infracções servirão de igual modo para estabelecer os limites da unidade (identidade) do objecto processual: só quando estes mostrem estar-se em face de uma infracção autónoma e diversa (quer se substitua quer provoque concurso de crimes) poderá cessar o poder e dever de cognição do tribunal. Como atrás afirmámos, se existe um só crime só esse (considerado na sua totalidade, unidade ou indivisibilidade) poderá constituir o objecto dos poderes-deveres de cognição do tribunal. Tais poderes abrangerão todos os factos que possam dar origem a uma nova incriminação situada em concurso legal (provocando um concurso aparente) com a acusada. Acusado um homicídio (131) deverá o tribunal investigar se não se preencheu antes o tipo 132 ou o do 133, exactamente porque a aplicação do 131 está condicionada à não aplicação dos outros tipos (leis especiais). Também a acusação por furto supõe a referência da respectiva actividade não só ao correspondente tipo legal de crime, mas também ao de roubo («*lex consumens*») pois, se este se verifica, aquele deixa de se preencher. Também, num caso de continuação criminosa o tribunal deverá conhecer de todas as condutas que estejam numa relação de continuação com os factos acusados, sob pena de serem as mesmas, como sabemos, consumidas pelo caso julgado mesmo que não tenham sido conhecidas.

2. No seu estudo «Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz», EDUARDO CORREIA critica uma outra concepção — a *teoria naturalística* (4).

Segundo ela o objecto do processo nada mais é do que o acontecimento histórico ou seja um conjunto de factos naturais independentemente de qualquer consideração jurídica. E se assim é, lógico será que a unidade substantiva nos termos em que a pensamos, ao invés de se identificar com o próprio objecto do processo, de nenhum préstimo será para a resolução do nosso problema: a delimitação dos poderes-deveres de cognição do tribunal. O critério não poderá deixar de ser também um critério naturalístico: o juiz, além de poder qualificar livremente os factos acusados, pode estender o seu poder cognitivo a todos os factos que formem com os apontados uma *unidade naturalística*, um acontecimento unitário.

Tal concepção, além de cair em todas as dificuldades e indefinições de critério sobre o que serão «factos em unidade naturalística» (à semelhança da teoria homóloga quanto ao problema do concurso de crimes), chega a soluções que nada têm a ver com a unidade criminosa substantiva. E essa «concreta e hipotética violação jurídico-criminal» tem afinal, bem vistas as coisas, de subjazer ao objecto do processo por dele ser fundamento. Realmente, os factos naturais só interessam ao Direito Penal, e por conseguinte ao Processo, enquanto referidos a uma violação de preceitos legais.

Sigamos a nossa tipologia e vejamos as soluções da teoria naturalística:

A) Neste grupo de casos, que materialmente e mesmo formalmente não saem da mesma incriminação, o objecto do processo compreenderia ou não os novos factos consoante a sua pertinência naturalística aos factos acusados.

B) O mesmo aconteceria nestes casos sem consideração alguma de podermos estar perante factos que se englobem na des-

(4) Eduardo Correia, *Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz*, Coimbra, 1948.

crição de tipos colocados numa relação de hierarquia (concurso de leis — unidade de lei — especialidade, subsidiariedade, consumpção), e portanto, perante uma unidade criminosa substantiva, desconexionando assim condutas que pertencem ao mesmo crime.

C) Todos os casos de concurso ideal pertenceriam ao objecto do processo. Os factos que provoquem concurso real pertenceriam ou não, consoante (novamente!) a sua conexão naturalística com os factos acusados. E tudo isto sem se atender que nestes casos se está sempre perante novas incriminações, novos crimes em sentido substantivo.

D) Também no caso do crime continuado a cognoscibilidade (e portanto a consumpção) das condutas não acusadas dependeria da sua conexão naturalística, independentemente da sua pertinência ao mesmo crime.

Afinal, segundo EDUARDO CORREIA, as concepções naturalísticas podem dar-nos *demais*, considerando pertencer ao objecto as hipóteses de concurso ideal e possibilitando que o mesmo aconteça às hipóteses de concurso real; como podem dar-nos *de menos*, possibilitando a colocação fora do objecto de situações de crime continuado, concurso aparente, meras alterações no objecto do crime, etc.. Por fim, no rigor dos princípios, e mal-grado as artificiosas construções de BELLING, a inexistência dos factos naturalísticos acusados deveria impedir sempre a cognição do tribunal de factos conexos, pois estes só o podem ser (conexos) com factos reais e não com factos inexistentes. Exemplos: *crime continuado*: alguém é acusado das acções *a, b e c* em continuação criminosa; o tribunal conclui pela inexistência de tais acções mas descobre umas outras *d e e*, também em continuação criminosa com as anteriores — o tribunal não poderia delas conhecer, contrariamente à doutrina de EDUARDO CORREIA. Ouçamo-lo: «*declaradas inexistentes as actividades a, b e c enquanto apontadas como portadoras de uma concreta violação jurídica, nada impede que se julgue que essa mesma concreta negação de valores foi levada a cabo pelas actividades d e e. Ponto é só que a concreta violação de bens jurídicos descrita e acusada seja a mesma*», o que se verificará desde que estejam presentes os pressupostos da continuação criminosa. E assim o âmbito da con-

sumpção de futuras acusações «*estender-se-á a todas as actividades que possam ser polarizadas nùm todo pela concreta violação acusada, tenham ou não tenham sido apreciadas na sentença e quer seja condenatória ou absolutória*» (5).

3. Mas quais são aliás, sistematicamente consideradas, as soluções de EDUARDO CORREIA?

Analizam-se elas em 2 vertentes:

3.1. Na 1.ª considera EDUARDO CORREIA o caso propriamente dito da identidade do objecto à qual, de um modo global, deve o tribunal dirigir os seus *poderes cognitivos pelo princípio da indivisibilidade*, para além dos acontecimentos descritos no despacho de pronúncia ou na acusação, sem que com isso viole, como sabemos, o princípio do acusatório. A identidade do objecto corresponde, como sabemos, à unidade criminosa substantiva e «*essa cognição total deve referir-se ao crime entendido como violação jurídica concreta e não como acontecimento naturalístico*». O objecto do processo é uma «*concreta e hipotética violação jurídico-criminal acusada*» mas entendida à luz do conceito de unidade de crime. «*O tribunal*» nas palavras de SCHWINGE «*deve assim começar por dirigir os olhos sobre todos os tipos legais de crime potencialmente aplicáveis*» (6).

3.2. Na 2.ª admite EDUARDO CORREIA que, por razões meramente processuais de economia e de aproveitamento do material probatório (além do perigo de posteriores decisões contraditórias em outros processos), o poder cognitivo do juiz seja *alargado* a novas incriminações que se apoiem, *no todo ou em parte*, nos factos naturalísticos descritos na acusação — desde logo os exemplos de alternatividade e os casos de concurso ideal de crimes (e, quanto a este último caso, sem que com isso se queira ceder à teoria naturalística que vê o concurso ideal como um caso

(5) Eduardo Correia, *Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz*, Coimbra 1948, reimpressão, Almedina, 1983, pág. 339.

(6) Eduardo Correia, *Caso Julgado [...]*, pág. 333.

de unidade criminosa — o concurso ideal é de facto um verdadeiro concurso e estamos «por isso» face a uma incriminação autónoma que só pode ser conhecida derivado a meros interesses processuais e de não contrariedade entre julgados).

Contudo, no presente caso, frisa EDUARDO CORREIA, estamos de facto fora do objecto do processo, e *para além dos poderes e deveres conferidos pelo princípio da indivisibilidade*. Existe aqui uma clara violação do princípio acusatório mas tal situação é justificável, salvaguardados os direitos de defesa do arguido, face aos tais interesses referidos, e confere até benefícios ao arguido pois que «determinando-se o âmbito da força consumptiva da sentença pelos limites dos poderes e deveres de cognição do tribunal, fica garantida ao acusado a preclusão de novos processos mesmo relativamente a violações ou aspectos de violações jurídicas que não foram consideradas quando o devessem ter sido». Com uma única *nuance* quanto ao efeito consumptivo: quando as condutas com as quais os *novos factos* constituem um concurso ideal não tiverem sido conhecidas pelo tribunal, a estes não se estenderá então tal efeito consumptivo. Exemplo: alguém é acusado dos factos *a* e *b* em continuação criminosa; existe um outro facto *c* que faz parte do crime continuado acusado; existe um facto *d* que está em concurso ideal com *c* — ora bem, o efeito consumptivo da sentença só se estenderá a *d* se o facto *c* foi conhecido pelo tribunal, o que não se verificaria se *d* fizesse parte do objecto do processo: é que as razões de cognoscibilidade de *d* não se podem, no presente caso, fundamentar no aproveitamento de uma actividade probatória.

3.3. Resumamos a *nível tipológico* as soluções de EDUARDO CORREIA:

A) Todos estes casos estarão dentro do objecto do processo. O crime continua de facto a ser o mesmo (enquanto violação jurídica concreta, material e mesmo formalmente idêntica pois o tipo legal não se altera).

B) 1 — A substituição dos tipos legais é operada em virtude de um concurso aparente — caso de unidade de lei.

O crime é afinal apenas um do ponto de vista material. Tal implica um dever de cognição de todos os factos pertinentes às possíveis normas em concurso e independentemente até de que a concreta violação acusada, olhada isoladamente, seja considerada cometida ou não, em virtude da «necessidade de apreciar de maneira esgotante uma valoração jurídica fundamentalmente idêntica e unitária». Exemplos: recordemo-nos do exemplo *d-1)* e *d-3)*, respectivamente um caso de especialidade e um outro de consumpção. O facto de um crime de furto lhe ser acusado obriga o tribunal a considerar a hipótese de roubo e mesmo que acabe por absolver *D* por falta de prova de furto (da subtracção de coisa alheia) o tribunal poderá condenar o réu pelas ofensas corporais ou ameaças de que conheceu ao analisar a possibilidade de roubo. Tal como a acusação de *D* pelo crime de dano obrigará o tribunal a investigar a hipótese de furto que tornará aquele em «facto posterior não punível»; e mesmo não se tendo verificado o dano o tribunal deverá condenar pelo furto entretanto descoberto, furto esse que ficará entretanto consumido pelo caso julgado absolutório do dano, mesmo que não tenha sido conhecido. E o inverso será também verdadeiro: acusado *D* pelo crime de furto caberá ao tribunal analisar um possível caso de dano, como facto que seria consumido pelo furto, a fim de, em caso de absolvição pelo furto, poder condenar pelo dano. Claramente o afirma EDUARDO CORREIA quando diz: «*Se, pois, partindo da acusação de um dano, o tribunal aprecia um furto e, verificando a sua inexistência, o tribunal julga um dano, ele não conhece necessariamente de um novo objecto, mas bem pode só decidir sobre a mesma negação concreta de valores jurídicos em todos os seus aspectos e em toda a sua verdadeira extensão, como lhe cumpre em nome da indivisibilidade do objecto processual*» (7).

B) 2 — Se a substituição do tipo legal provém de uma relação de alternatividade não há unidade de lei baseada numa relação de hierarquia entre normas, logo o crime cometido é materialmente diverso e sai assim do objecto do processo: exemplo *f)*. Como sabemos, admite porém EDUARDO CORREIA o

(7) Eduardo Correia, *Caso Julgado [...]*, pág. 347.

alargamento dos poderes — deveres cognitivos do tribunal nos presentes casos, com base em razões de economia processual e de defesa perante contrariedade entre julgados.

C) Trata-se aqui sempre de diversas infracções. Não há unidade mas sim pluralidade de crimes. Tal não impede que no concurso ideal EDUARDO CORREIA admita poderes cognitivos nos termos expostos, por razões processuais. Exemplos *b)*, *g)* e *j)*. Quanto aos casos de concurso real, EDUARDO CORREIA deixa transparecer o entendimento de que seria excessiva a violação do acusatório provocada pela possibilidade de alargamento dos poderes cognitivos do tribunal a tais casos.

D) O crime continuado é um caso de unidade criminosa. Cabem, tal como expusemos, no objecto do processo todas as condutas em relação de continuação (mesmo que as acusadas não existam): exemplo *e)*.

4. Mas será que a identidade do objecto do processo pode encontrar-se pela mera transposição da doutrina e dos resultados encontrados a propósito desse outro problema da determinação da unidade e pluralidade de infracções no direito substantivo? Existirá de facto uma homologia substancial entre a identidade do objecto e a unidade do crime? Será que o objecto do processo é apenas «*a concreta violação de bens jurídicos que a acusação pode referir*», a «*concreta e hipotética violação jurídico-criminal acusada*», nos termos que temos vindo a expor?

Volvamos ao início do presente trabalho e procuremos as razões que subjazem ao princípio da identidade. Concluímos nessa ocasião não relevarem meras imposições de salvaguarda dos direitos de defesa do arguido: é que, por um lado, alterações mínimas dos factos, que não podem pôr em causa o princípio da identidade, poderiam pôr em causa contudo a defesa do arguido (lembremo-nos do exemplo *a)*) e, por outro, bastaria, em qualquer dos casos, como afirmámos, conceder ao arguido oportunidade de *re-preparar* a sua defesa. Referimos, afinal, serem tais razões as que fundamentam o princípio do acusatório (e a delimitação que este faz do âmbito em que se pode «mover» o tribunal, isto é, do âmbito do inquisitório), ou sejam, as garantias de objectividade e imparcialidade que o juiz da causa deverá dar, por

não lhe ser a ele cometida a tarefa de trazer a lume (ou participar de qualquer modo numa sua investigação ou apreciação prévia) a situação que lhe incumbe julgar. Até esse limite, os princípios da indivisibilidade e consumpção, com os interesses que lhes subjazem, exigem uma *apreciação de todos os factos relevantes*.

Será então que podemos afirmar que sempre que o tribunal se fixa dentro de uma unidade criminosa acusada respeita o acusatório e sempre que o não faz violá-lo-á? Não se exigirá por vezes de mais e por vezes de menos?

5. *Uma concepção como a de FIGUEIREDO DIAS* parece partir de uma resposta afirmativa a esta nossa última questão. Para FIGUEIREDO DIAS o objecto do processo não é já a «concreta e hipotética infracção acusada», mas não é tão-pouco «o facto na sua existência histórica, que importa averiguar no decurso do processo» (CAVALEIRO FERREIRA, representante da concepção naturalística em Portugal), e em relação ao qual a identidade teria de se estabelecer com base na conexão naturalística. O objecto do processo será antes um *recorte, um pedaço da vida, um conjunto de factos em conexão natural* (e não já naturalística, por tal conexão não ser estabelecida com base em meros juízos procedentes de uma racionalidade própria das ciências da natureza) analisados em toda a sua possível relevância jurídica, ou seja, à luz de todos os juízos jurídicos pertinentes. O objecto do processo será assim uma *questão-de-facto integrada por todas as possíveis questões-de-direito que possa suscitar*.

Tal concepção traduz-se de facto num alargamento e numa contracção do objecto do processo face à doutrina anteriormente exposta. É que, por um lado, exigir-se-á sempre que à unidade criminosa acresça a exigência de uma mesma base de facto; e, por outro, a existência de uma base de facto comum bastará para se afirmar a identidade do objecto sem se exigir, «qua tale», uma específica unidade criminosa (admitem-se, ao invés, todos os juízos jurídicos pertinentes).

5.1. Vamos a exemplos: (reportemo-nos à *tipologia* já utilizada).

A) Nestes casos não bastaria a identidade material da infracção para afirmarmos a identidade do objecto do processo. De facto, alterações no circunstancialismo espaço-temporal ou na identidade do objecto do crime podem produzir uma alteração na base factual pressuposta, em termos de sermos obrigados a afirmar que o novo objecto do processo não é mais idêntico ao acusado. Tal não será com certeza o caso do exemplo *a)* — ter-se verificado o homicídio às 2 horas da manhã ou às 6 horas da madrugada em nada altera essa «relação concreta de vida» que foi trazida ao processo. Já em exemplos do tipo *h)* a resposta dependerá das características do novo objecto em contraposição com o anterior — se se conclui que *H* não furtou 3 mil escudos mas 4 mil, ou não furtou uma cigarreira de prata mas um isqueiro electrónico, parecem tais factos caber ainda no objecto do processo; já se o furto acusado fora o de um relógio e se conclui que ele furtou, afinal, um colar de brilhantes, não pareceria manter-se a identidade do objecto do processo. O mesmo poderia dizer-se de outras alterações espaço-temporais, que não as do exemplo *a)*. O critério será por conseguinte o manter-se, afinal, no processo o mesmo pedaço de vida, a mesma «relação social concreta» que ao mesmo fora trazida pela acusação. Tal avaliação é feita, não com referência a juízos meramente naturalísticos (exemplo: saber qual a distanciação temporal admissível), mas fundamentalmente apoiando-se na *avaliação* social da relação em causa. Avaliação social essa que, contendo em si uma referência a juízos de normatividade jurídica, a eles não se reduz (sob pena de se cair afinal na concepção de EDUARDO CORREIA ou noutra que ulteriormente exporemos), ultrapassando assim o normativismo da posição anterior.

B) 1 — O critério continua a ser obviamente o mesmo,

Por isso, nas situações de concurso aparente, embora normalmente se chegue às mesmas soluções que EDUARDO CORREIA, casos haverá em que tal não se verifica.

Pensemos numa hipótese de Furto-Roubo. Embora existindo uma relação de especialidade entre as normas, não haja dúvida que a base factual poderá ser perfeitamente diversa, mormente

nos casos em que o tribunal acaba, até, por absolver do furto. Nestes últimos casos EDUARDO CORREIA permite a punição pelo crime de ameaças ou ofensas corporais se tal foi provado. Contudo, a base factual será, normalmente, diversa daquela que fora trazida a julgamento pela acusação.

O problema complica-se ainda mais se pensarmos nos casos de consumpção. Admitir que os poderes-deveres de cognição se estendam a todos os factos criminosos colocados numa possível relação de consumpção com os acusados, quando tal relação só pode aferir-se em concreto, é estender os poderes do tribunal a factos cuja obrigatoriedade de cognição só pode ser determinada depois de os mesmos serem conhecidos e analisados. Que tal poderá levar ao julgamento de infracções assentes numa base factual perfeitamente diversa é o que se compreenderá com um simples exemplo. Se alguém é acusado de um furto pelo qual acaba por ser absolvido, o tribunal deverá conhecer (e tal ficará consumido pelo caso julgado se o não fizer) de um hipotético crime de dano cometido pelo mesmo agente em relação ao mesmo objecto — tal a posição de EDUARDO CORREIA. Fundamenta-se tal, como sabemos, em poder consistir o dano, face ao furto, num chamado «crime de aproveitamento», constituindo assim um facto posterior não punível consumido pelo crime de furto. Contudo a «concreta relação de vida», esse «recorte da realidade» trazido ao tribunal, aquando da acusação pelo crime de furto, não conterà, normalmente, o concreto crime de dano cometido.

B) 2 — A situação clarifica-se se pensarmos nas hipóteses de alternatividade. Se alguém é acusado de um crime de furto mas acaba por se provar um abuso de confiança (recordemos o exemplo *f*) a situação factual de base será normalmente a mesma e não se sairá da mesma valoração social da relação de vida em presença. Dever-se-ia assim considerar estarmos perante um caso de identidade do objecto, e assim pensa de facto FIGUEIREDO DIAS.

Como estamos recordados EDUARDO CORREIA, na sua perspectiva normativista, considera-o um caso nítido em que falta a unidade do objecto por não existir uma relação hierárquica entre as normas em presença. Contudo, o que parece colocar mais em causa o princípio da acusação — o caso presente ou aquele outro

em que o acusado por furto acaba por ser condenado por ameaças ou ofensas corporais?

C) A aplicação do critério fornecido dar-nos-á a solução dos presentes casos. Tal como no exemplo B) 2 — , e ao invés dos anteriores, verifica-se aqui um nítido alargamento do objecto processual.

A questão estará sempre em saber se a base de facto (o juízo de valoração social subjacente ao recorte existencial trazido a tribunal pela acusação) se mantém idêntica. E que tal identidade não é aferida através de critérios naturalísticos é o que se compreenderá com um pequeno exemplo: A é acusado de ter disparado um tiro em contrariedade com certas normas contravencionais; julgado e condenado vem a descobrir-se mais tarde ter A, com esse tiro, provocado a morte intencional de alguém; encontrar-se-á tal facto subtraído a um novo julgamento, por ter sido consumido pelo caso julgado anterior? Tratando-se de um caso de concurso ideal a resposta da doutrina naturalística seria afirmativa. O próprio EDUARDO CORREIA se vê obrigado também a admiti-lo, por se tratar de um caso de extensão dos poderes cognitivos do tribunal por razões processuais (se não formos obrigados, até, a incluí-lo ainda dentro do objecto do processo por concluirmos existir uma relação de subsidiariedade entre as normas!). E assim sendo no rigor dos princípios, tal solução é contudo afastada por recurso aos chamados obstáculos processuais — o tribunal não teria poderes cognitivos em face da diversidade de formas de processo para o conhecimento das duas infracções; o juiz não estenderia os seus poderes cognitivos para além do leque de possíveis infracções cabidas dentro do concreto processo tramitado.

Segundo a concepção de FIGUEIREDO DIAS quer-nos parecer, contudo, tratar-se de uma hipótese nitidamente fora do objecto processual. Embora o facto materialístico que serve de suporte às duas infracções seja nitidamente o mesmo, não haja dúvida que a valoração social subjacente ao concreto «caso» trazido a tribunal é completamente outra: trata-se afinal de um facto completamente novo e diverso.

E se os casos de concurso ideal podem entrar, embora não necessariamente tal aconteça, no objecto do processo, outro tanto acontecerá nas hipóteses de concurso real (ou nas hipóteses de

possível concurso em que, afinal, se opera uma substituição de crimes por o crime acusado não resultar provado). Vejamos dois exemplos:

A vem acusado de ter esbofeteado *B*, no seguimento de uma discussão entre ambos, durante uma viagem de comboio entre Coimbra e Lisboa. Dentro do objecto do processo caberá o facto de *A* ter apenas injuriado *B* e não ter chegado a agredi-lo, embora não exista qualquer relação hierárquica entre os dois tipos de crime. Assim o tribunal poderá absolver *A* pelas ofensas corporais e condená-lo por injúrias, e se não conhecer deste último crime, absolva ou condene pelo primeiro, ficará o mesmo consumido pelo caso julgado.

Já se *A* vem acusado de ofensas corporais e afinal o que se verificou foi ter o mesmo burlado *B*, não caberá este último crime no objecto do processo; a avaliação social sobre este «recorte da vida», sobre este acontecimento concreto que se verificou entre *A* e *B*, encontra-se agora perfeitamente alterado.

D) Pouco mais haverá a acrescentar ao que foi dito face às hipóteses de crime continuado. Este, pela sua teleologia própria e à luz das razões apontadas, encontrar-se-á, obviamente, dentro da identidade do objecto.

Mas que dizer se se acaba por se verificar não terem existência os concretos factos acusados mas, sim, uns outros que estariam com estes numa relação de continuidade? Aqui, ao contrário da solução de CORREIA, não se deverá, em princípio, afirmar a identidade. E dizemos em princípio, pois pode ainda aqui não se alterar a valoração social subjacente aos factos em análise. Imaginemos o caso de *A* que é acusado do crime de estupro na pessoa de *B*, em continuação criminosa, com a prática de relações sexuais nos dias 16, 17 e 22 de Maio. Se se verificar não terem sido praticadas relações sexuais nesses dias mas sim nos dias 18, 27 e 31, em nada se alterará a identidade do objecto.

5.2. Indo em certos casos mais longe e ficando noutros aquém das soluções de EDUARDO CORREIA, a solução de FIGUEIREDO DIAS prescinde, *coerentemente*, da dualização construtiva daquele. EDUARDO CORREIA é levado, como sabemos, a admitir a extensão dos poderes cognitivos do tribunal para

além do princípio da indivisibilidade, e com violação, por isso mesmo, do acusatório. FIGUEIREDO DIAS, ao invés, estabelece uma correspondência estrita entre o dever de cognição do tribunal e as exigências da indivisibilidade do objecto, mantendo-se assim sempre dentro da identidade do mesmo e, por isso, com respeito estrito pelo princípio da acusação. É que na concepção de EDUARDO CORREIA acabamos por ser forçados, ao invés da procura de critérios de identidade para respeito pelo acusatório, à procura de critérios que nos indiquem até onde poderemos violar esse mesmo acusatório. Qual o préstimo então do conceito de identidade do objecto? O mesmo nos afirma CASTANHEIRA NEVES quando nos diz que «*a economia processual não é fundamento para qualquer alargamento da cognição judicial, pois se fosse só por si suficiente deixaria de dar qualquer garantia o próprio princípio da acusação*».

6. Uma *concepção* que se parece aproximar da de FIGUEIREDO DIAS mas que acaba por cair num normativismo extremo (se bem que não legalista, não formalista) é a que nos é oferecida por CASTANHEIRA NEVES (8).

Para este autor o objecto do processo é afinal o «caso jurídico concreto» trazido pela acusação. Trata-se, assim, de partir de uma situação concreta que contém em si um problema jurídico. A identidade terá de ser, não uma «identidade euclideana, identidade — igualdade que se defina por uma coincidência ponto por ponto», mas sim uma identidade entre um problema (o caso jurídico concreto trazido pela acusação) e a sua solução (a resolução desse caso na sentença). A identidade exigida é, afinal, a que «impõe a natureza dinâmica e problemático-investigante do processo». Mas se «um caso jurídico surge quando se torna analiticamente problemático o sentido (com a respectiva validade implicada, agora a validade de juridicidade) emergente de uma conduta concretamente compreendida, ou sócio-historicamente situada», e se o sentido problemático (a exigir uma solução) é afinal um sentido jurídico, perguntar pelo critério da identidade

(8) Castanheira Neves, *Sumários de processo criminal*, Coimbra, 1968, pág. 206 e ss.

é perguntar pelos critérios de juridicidade que levam a afirmar que a resposta dada (sentença) é ainda uma das soluções possíveis que o problema tem insitas em si. Transportando em si todas as potenciais respostas jurídicas e constituindo desse modo a sua identidade, o caso jurídico concreto deixa de ser, como em FIGUEIREDO DIAS, uma questão-de-facto para se afirmar como uma verdadeira questão-de-direito. Não já, claro está, pela redução do objecto do processo a um «mero correlato objectivo-categorial» (pela identificação dos critérios de juridicidade com a relação normativa entre os tipos legais de crime, com a identificação da perspectiva jurídico-criminal material com a perspectiva jurídico-processual criminal, como em EDUARDO CORREIA). Tal faz-se, pelo contrário, através do apelo ao campo material mais aberto dos *princípios normativos*. Assim, o que acontece é que a solução dada na sentença tem de ser ainda uma das possíveis respostas ao problema posto. Problema esse que, porque definido na sua intencionalidade normativa nos termos expostos, se define, afinal, por um sentido de referência ao tipo de valores jurídico-criminais negados — valores pessoais, patrimoniais, ético-sociais. etc.. Serão tais círculos de valores que circunscreverão, em suma, a identidade do objecto do processo. Assim, entrarão facilmente no objecto os casos de alternatividade e se possibilitará o mesmo efeito nos casos de concurso (ideal ou real, e quer o delito primariamente acusado exista ou não).

Se as soluções poderão muitas vezes coincidir com aquelas que encontrámos quando analisámos a concepção de FIGUEIREDO DIAS, não será difícil verificarmos que, partindo esta última da consideração do objecto como uma questão-de-facto, ela é muito mais restritiva que a posição de CASTANHEIRA NEVES. Nesta última, o caso jurídico concreto acaba por ser uma mera questão-de-direito, pois os seus critérios identificados são meramente jurídicos. Em FIGUEIREDO DIAS a conexão entre os factos naturais acusados faz-se à luz da valoração social da situação dada que, contendo em si conteúdos jurídicos com eles não se identifica nem a eles se reduz.

Recordemos o exemplo dado de alteração do objecto material de um crime de furto — de um simples relógio para um colar

de brilhantes: segundo a concepção de FIGUEIREDO DIAS colocámo-lo claramente fora do objecto do processo; segundo CASTANHEIRA NEVES seria um caso nítido de identidade — o círculo de valores violados, valores patrimoniais, é de facto o mesmo. E poderemos, obviamente, configurar todo um leque de hipóteses de concurso de crimes que, assentes numa base factual perfeitamente distinta, acabariam por fazer parte do mesmo objecto, simplesmente por serem idênticos os específicos valores jurídico-criminais violados.

7. A delimitação do objecto do processo nos termos expostos e a consequente regulamentação dos *poderes-deveres cognitivos do tribunal* encontra-se contudo sujeita a *certos reparos*.

7.1. Quanto ao primeiro já para ele chamámos a atenção no início da nossa exposição. Trata-se da *necessidade de assegurar um efectivo direito de defesa ao arguido* face às alterações operadas no objecto, tal qual ele fora considerado na acusação. Esta garantia é tanto mais importante quanto vimos que insignificantes alterações dos factos podem pôr em causa toda a defesa do arguido. Mas também quando se trata de uma mera alteração na qualificação jurídica (independentemente de qualquer alteração nos factos) *o contraditório deve ser assegurado ao réu*, não podendo este ser surpreendido na setença com uma incriminação diversa da acusada. É isto mesmo que diz LUDWIG, citado por EDUARDO CORREIA: «*Uma condenação com base em preceitos penais diferentes dos enunciados na acusação só será admissível depois que o arguido seja especialmente prevenido de tal modificação de ponto de vista jurídico e lhe seja dada oportunidade para o esclarecer*»⁽⁹⁾.

O respeito pelo direito de defesa do arguido pode bastar-se com a simples prevenção dos interessados acerca dos novos aspectos (de facto ou de direito) que vão ser encarados. A mais disso pode contudo exigir um adiamento ou uma interrupção da audiên-

(9) Eduardo Correia, *Caso julgado e poderes de cognição do juiz*, Coimbra, 1948, reimpressão, Almedina, 1983, pág. 378, em nota.

cia, a fim de de permitir o carreamento para o processo de novo material que permita a contradição dos novos elementos que o tribunal pretende considerar.

Só assim se respeitará o princípio do contraditório, *constitucionalmente* garantido, que consiste, na lição de FIGUEIREDO DIAS, na «oportunidade conferida a todo o participante processual de influir, através da sua audição pelo tribunal, no decurso do processo» ⁽¹⁰⁾. Oportunidade essa que terá de ser efectiva e eficaz e que, por isso, terá de respeitar as condições mínimas (de tempo, de meios) que possibilitem uma afirmação do princípio em termos não meramente platónicos.

7.2. O segundo reparo diz respeito aos chamados *impedimentos processuais*. É que, delimitado o objecto do processo nos termos expostos, sucede que, por razões processuais, os poderes do tribunal se não podem estender a certos delitos não acusados, embora cabidos na identidade do objecto, que por conseguinte não ficarão consumidos pela sentença dada.

Uma das hipóteses é de o novo crime ser «semi-público» ou «particular» e faltar a queixa ou a acusação particular.

Outro caso será a diversa forma de processo aplicável aos crimes em causa.

Outros ainda, os limites de competência material do tribunal, o respeito pelo princípio da especialidade no caso da extração, etc..

Tratando-se de um caso de incompetência material ou de diversa forma de processo, parece assente que o tribunal, se chegar a conhecer os novos factos, deverá remeter o processo para o tribunal competente ou para a forma de processo aplicável, abstando-se de julgar. Duvidoso é já se, se o não fizer, tal acarreta a consumpção dos factos não apreciados, como defende BELLING, ou se tal não obstará a um posterior julgamento por esses mesmos factos. Parece-nos que não seria desrazoável defender a primeira solução para o caso de tais factos terem vindo a lume

⁽¹⁰⁾ Jorge Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 1981, pág. 153.

na audiência, e a segunda apenas para a eventualidade deles terem, efectivamente, permanecido desconhecidos. É que, nesta última hipótese, não impede qualquer dever sobre o juiz de investigar a possível existência de tais factos, por lhe estar subtraída a apreciação dos mesmos. Ao invés, quando o crime chegar efectivamente ao conhecimento do tribunal, e porque cabido dentro do objecto do processo, tem este o dever de promover o seu julgamento.

IV

SOLUÇÕES LEGAIS NO CÓDIGO DE 1929

Cabe-nos tecer agora algumas considerações sobre o direito que resulta do Código de 1929. Antes, porém, gostaríamos de deixar um pequeno apontamento sobre o *conceito de convolação*.

1. Diz-se que o tribunal «convolou» a acusação quando acabou por apreciar o feito submetido a julgamento a uma luz jurídica diversa daquela por que tinha sido iluminado na acusação. Tal pode, contudo, significar uma de três coisas. Para podermos falar em convolação:

1.^a Bastará a passagem para outro tipo legal de crime, mesmo que tal seja resultado de uma mera qualificação jurídica distinta dos factos acusados;

2.^a Será necessário que o novo tipo legal de crime não esteja numa relação hierárquica (concurso legal) com o apontado na acusação (unidade de infracções);

3.^a Bastará qualquer mudança quanto ao tipo legal de crime, desde que a mesma se apoie em factos novos trazidos ao processo e não apenas numa mera qualificação diversa.

Fica aqui o presente esclarecimento a fim de facilitar o entendimento aquando da leitura de algum autor. FIGUEIREDO DIAS propende a utilizar o termo na 3.^a acepção e o Código de 29

parece também indicar tal sentido (comparação das epígrafes dos artigos 447.º e 448.º).

2. Mas quais são afinal as *soluções legais* do Código de 29? Ligando-nos de perto à lição de EDUARDO CORREIA, poderemos esquematicamente expô-las do seguinte modo:

2.1. Nos artigos 148.º e seguintes é tratado o problema do *caso julgado*. Contudo, tais preceitos não resolvem, por si só, a nossa questão. Estabelecem eles, de facto, qual o âmbito consumptivo da sentença, mas em termos tais que, para aplicação dos mesmos, necessário será a resolução do prévio problema de saber o que serão os «mesmos factos», «esses factos», o «facto punível», etc., pois sabemos não poder tratar-se dos meros factos materiais descritos na acusação. Assim, teremos que resolver o prévio problema da identidade do objecto. E que assim é, parece a lei fornecer-nos explícito apoio legal ao dizer, por exemplo, no artigo 149.º que «*não poderá contra ele (o arguido) propôr-se nova acção penal por infracção constituída, no todo ou em parte, por esses factos, ainda que se lhe atribua participação de diversa natureza...*»; também o artigo 150.º contém a expressão «*constituída no todo ou em parte pelos mesmo factos*».

O efeito consumptivo da sentença abrangerá, afinal, o concreto objecto do processo em causa. Tal só pode ser delimitado através da análise que fizemos da identidade do mesmo, com base nos fundamentos e razões que justificam tal vertente do princípio do acusatório.

Ora, se o efeito consumptivo da sentença se estende a todo o objecto do processo, mesmo que não tenha sido conhecido na sua globalidade, tal verifica-se, como sabemos, por força do princípio da unidade ou indivisibilidade, corolário do princípio da investigação ou verdade material. E se assim é, teremos então de determinar quais são, na antiga Lei, os poderes cognitivos do tribunal em face do teor do despacho de pronúncia ou da acusação.

2.2. Os artigos 447.º e 448.º parecem resolver tal problema dos *poderes de cognição do tribunal*. Outras disposições terão, contudo, de ser chamadas à colação.

2.2.1. Dispõe o artigo 447.º:

«O tribunal poderá condenar por infracção diversa daquela por que o réu foi acusado, ainda que seja mais grave, desde que os seus elementos constitutivos sejam factos que constem do despacho de pronúncia ou equivalente».

Trata-se, afinal, daquilo a que atrás chamámos a questão da mera qualificação jurídica, ou seja, da convolução na 1.ª acepção referida. Se, sem que tenha sido acrescentado um único facto aos descritos na acusação, esta suporta uma qualificação jurídica diversa, o tribunal poderá condenar pela norma que acha aplicável ao caso. E só o poderá fazer, ainda assim, desde que os factos subsumíveis à nova incriminação constem já da acusação como factos jurídicos, não bastando que nela figurem como meros elementos de prova.

A bem raros casos (no fundo tratar-se-á de erros de qualificação) será, afinal, aplicável a presente disposição. E mesmo aí será de admitir, ao que nos parece, uma *interpretação correctiva* conforme à Constituição — artigos 32.1, 32.5. Isto é, ainda aqui será necessário avisar o arguido da mudança operada na visão jurídica da questão, e permitir um contraditório eficaz. De facto, como afirma EDUARDO CORREIA: *«É verdade que o defensor deve conhecer o direito e organizar a sua contestação considerando todas as possíveis qualificações de que os factos acusados possam ser objecto. Mas também é certo que o natural é ele partir do rigor da subsunção jurídica feita na pronúncia e que, com base nela, organize a sua defesa»*. Por isso, o artigo 265.º do Código do Processo Alemão, citado por EDUARDO CORREIA, dispunha: *«Não pode ter lugar uma condenação com base num preceito legal diferente do apontado no despacho de pronúncia, sem que o arguido seja prevenido da modificação do ponto de vista jurídico e lhe seja dada oportunidade de defesa»* ⁽¹¹⁾.

2.2.2. O artigo 448.º, esse sim, destina-se já a regular os casos em que novos factos são trazidos ao processo, factos esses

(11) Eduardo Correia, *Caso Julgado [...]*, pág. 376.

que se tornam jurídicos e implicam uma apreciação diversa da situação «sub-judice». Genericamente trata-se do problema da convolação na sua 3.ª acepção.

São duas as hipóteses:

1.ª A nova incriminação resulta de *factos alegados pela defesa*. Neste caso, o tribunal poderá condenar, mesmo que a infracção seja mais grave. Parecem estar, pela própria natureza das coisas, asseguradas as garantias de defesa e de contraditório, por se tratar de factos alegados pela defesa.

2.ª A nova incriminação baseia-se em *factos que resultaram da discussão da causa*. Aqui o tribunal só poderá condenar por infracção diversa se a mesma tiver por efeito diminuir a pena.

De novo, chamamos a atenção para a necessidade que temos hoje de proceder a uma interpretação correctiva conforme à Constituição. É que, a defesa do réu, preparada para certos factos e certas incriminações, pode ser perfeitamente incipiente em relação aos factos novos, apesar destes provocarem uma diminuição da pena. E um réu, que poderia ser absolvido pelos factos mais graves, acabará por ser condenado pelos factos menos graves, talvez inocente, por lhe não terem sido asseguradas as necessárias garantias de defesa. E até porque, como sublinha EDUARDO CORREIA, «*um elemento novo, embora conducente a uma forte atenuação, pode solicitar e conduzir o tribunal a, dando-o como provado, condenar o réu sem aquele cuidado e rigor, na apreciação do facto principal, que teria se apenas pudesse absolver ou condenar o arguido nos precisos termos formulados na pronúncia*» (12).

2.2.3. Os artigos 447.º e 448.º foram formulados numa afirmação excessiva do inquisitório com o propósito de regular os poderes de cognição do tribunal, para além da necessidade de assegurar o contraditório. Mas se o princípio do contraditório tem valor claramente constitucional, como já FIGUEIREDO DIAS demonstrava na vigência do regime anterior e como resulta hoje

(12) Eduardo Correia, *Caso julgado [...]*, pág. 401.

claramente da Lei Suprema, terá de ser respeitado mesmo nos casos que caibam no âmbito dos presentes artigos.

Mas, desde que respeitados os direitos de defesa, *poderá restringir-se a tais hipóteses previstas o poder cognitivo do tribunal?* A demonstração pelo absurdo é convincente de que tal não poderá suceder.

É que de duas uma:

- ou admitimos a consumpção para casos em que o tribunal não detinha poderes-deveres cognitivos, por estes não coincidirem afinal com o exigido pelo princípio da indivisibilidade, mas serem mais exíguos;
- ou não a admitimos para tais casos, quebrando-se a relação entre o princípio da indivisibilidade e o da consumpção, e afirmando esta apenas dentro dos concretos poderes conferidos pelos artigos 447.º e 448.º do Código do Processo Penal de 29.

No primeiro caso, a consumpção será efeito da indivisibilidade mas acabará por se afirmar em relação a factos que o tribunal não tinha o dever de conhecer — tal seria uma contradição insustentável exactamente por assentar a consumpção na razão de que o tribunal deveria ter conhecido de tais factos. Acabariamos por admitir um «*favor defensionis* que iria ao ponto de, por um lado, proibir ao tribunal que conheça de qualquer elemento para além do que consta do despacho de pronúncia ou equivalente (para além dos casos do 448), e de, por outro, considerar consumida a acção penal com base na conjugação desses novos elementos com o facto de que o réu foi absolvido», como refere EDUARDO CORREIA ⁽¹³⁾.

No segundo caso passaremos por cima de todas as razões e considerações de segurança jurídica e de garantia da paz jurídica dos cidadãos, além de menosprezarmos ainda todos os interesses de economia processual e de boa administração da justiça.

(13) Eduardo Correia, *Caso julgado [...]*, pág. 407.

Tornar-se-ia sempre possível a renovação do exercício da acção penal, com fundamento em novos elementos de facto que ficaram desconhecidos ao tribunal e que faziam parte do objecto do processo, tal como o definimos, desde que os mesmos provocassem a agravação da responsabilidade do arguido, ou, pelo menos, não a diminuíssem. Exemplos:

— Absolvido um agente por uma acusação de um crime negligente, seria possível responsabilizar o arguido num futuro processo como autor doloso desses factos.

— Absolvido um agente como cúmplice de um crime, o processo poderia ser-lhe renovado para o incriminar por autoria.

— Absolvido um agente por furto, poderia ser posteriormente acusado e julgado por abuso de confiança.

— Etc.

E, se por acaso, sobreviesse, durante o julgamento, ao tribunal, o conhecimento de tais novos elementos (não porque este os devesse conhecer mas porque assim acontecera) não poderia ele proceder de outro modo que não fosse a obediência ao artigo 444.º com total desrespeito pelas razões apontadas de economia processual e de boa administração da justiça.

2.2.4. Contudo, o *artigo 444.º* deverá ser interpretado como referindo-se apenas a «outras infracções», isto é, a infracções que estão já fora do objecto do processo. Infracções que são de facto «outras» e não ainda as «mesmas», porque não pertencem já àquela questão-de-facto, àquele recorte da vida que a acusação trouxe a julgamento.

2.2.5. Por todas as razões apontadas somos obrigados a considerar, com EDUARDO CORREIA, existir entre o artigo 444.º e os 447.º e 448.º uma *verdadeira lacuna, que deverá ser preenchida* através de todas as considerações que temos vindo a expor.

Desde que asseguradas todas as garantias de defesa, tudo obriga e aconselha a que o conhecimento do objecto proposto pela acusação seja total e completo, no respeito pelo princípio da indivisibilidade e repondo a lógica, formal e material, do sistema. E se é o princípio da indivisibilidade, com as razões que o fundamentam, que nos ordena tal conhecimento dentro dos limi-

tes impostos pelo princípio da identidade, então nós encontramos, no próprio sistema positivo analisado, uma norma, a do 443, que poderemos aplicar analogicamente. Refere-se tal norma à produção de novos elementos de prova e consagra, afinal, o princípio do contraditório. Ora, como expusemos, o princípio da indivisibilidade funda-se aliás *no princípio da investigação ou da verdade material* que, como sabemos, encontra a sua relevância essencial em matéria dos princípios relativos à prova. E se recordarmos tudo o que dissemos sobre as relações alquímicas, existentes entre factos instrumentais e factos jurídicos, nada mais necessitaremos de acrescentar.

Em jeito de conclusão, diríamos por fim que, ultrapassada a fase de pretensa desnecessidade de observância do contraditório (razão de ser dos artigos 447.º e 448.º) deveremos então afirmar, afinal, que uma vez respeitadas as garantias de defesa do arguido, os poderes-deveres cognitivos do tribunal se estendem a todo o objecto do processo, *numa articulação coerente dos princípios da identidade, unidade ou indivisibilidade, e consumpção, corolários das relações entre os princípios acusatório e inquisitório*. Ressalvam-se, obviamente, os chamados obstáculos processuais.

V

AS SOLUÇÕES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

E agora apenas umas breves palavras, poucas e temerárias, sobre as soluções do Código do Processo Penal Português, com entrada em vigor a 1 de Janeiro de 1988.

1. Originalmente, consagrava o projecto de FIGUEIREDO DIAS uma dualidade de soluções consoante o momento em que se colocasse o problema dos *poderes do juiz da pronúncia face à acusação*. O juiz de instrução criminal teria poderes para pronunciar por factos que constituíssem uma alteração substancial dos descritos na acusação, pois se estaria ainda numa fase anterior à fixação definitiva do objecto do processo. Justificava-se ainda a solução em razões de economia e na consideração de

que seria demasiado gravoso para o arguido obrigá-lo a um novo processo, a uma nova abertura de inquérito, a um recomeçar de novo.

A Comissão de Revisão entendeu, contudo, ser excessiva a inexistência de qualquer vinculação temática em relação ao juiz de instrução, por a sua intervenção ser apenas possível a requerimento das partes (arguido ou assistente). Pesou ainda a consideração de que seria preferível abrir novo inquérito, a fim de proceder contra possíveis crimes diversos, do que aproveitar o inquérito já efectuado e donde tinha resultado uma acusação por factos substancialmente diferentes. E isto, desde logo também, a fim de possibilitar uma melhor fundamentação da acusação que poderia ser «despistada» na instrução contraditória com vista a uma posterior absolvição. Assim sendo, ficou assente a solução legal, que se traduz em considerar nula a decisão instrutória que pronunciar o arguido por factos que constituam alteração substancial dos descritos na acusação do Ministério Público ou do assistente, ou no requerimento para abertura da instrução. Se, contudo, o juiz de instrução suspeitar da verificação de factos que representem tal alteração, o Ministério Público abrirá obrigatoriamente inquérito quanto a eles. Quanto a alterações não substanciais ficam ressalvados os direitos de defesa através da obrigação, antes da pronúncia, de comunicar a alteração ao defensor, interrogar o arguido sempre que possível e conceder-lhe, a requerimento, um prazo para preparação da defesa (com adiamento do debate instrutório, se necessário). Vejam-se os artigos 303.º e 309.º

2.1. *Em sede de julgamento* a solução é a seguinte:

1.ª No caso de se verificar uma alteração não substancial dos factos descritos na acusação, o juiz pode conhecer da mesma, ressalvados os direitos de defesa, que, no caso de a alteração ter derivado de factos alegados pela defesa, não necessitarão de especiais cuidados.

2.ª No caso de se verificar uma alteração substancial:

— ou o Ministério Público, o arguido e o assistente estão de acordo no julgamento pelos factos novos e ele é possível, ressalvado o caso de incompetência do tribunal (obvia-

mente são respeitados e garantidos os direitos de defesa com o consequente adiamento da audiência, se necessário); — ou não existe tal acordo e tal alteração não pode ser tomada em conta pelo tribunal para o efeito de condenação no processo em curso; contudo, a comunicação da alteração ao Ministério Público vale como denúncia para que ele proceda pelos novos factos.

Veja-se o disposto nos *artigos 358.º e 359.º*.

2.2. A noção essencial radica, afinal, no que se considere constituir uma *alteração substancial dos factos*. O legislador definiu-a, contudo, claramente no artigo 1.º alínea f):

«Alteração substancial dos factos: aquela que tiver por efeito a imputação ao arguido de um crime diverso ou a agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis».

2.3. Como articular os presentes preceitos com o tema do *objecto do processo* e com a consequente extensão do caso julgado, sobre o qual, aliás, o texto da lei é perfeitamente omissivo?

Motivadas por uma vontade de regulação pragmática e concreta dos poderes do tribunal, as disposições analisadas não parecem pôr em causa as nossas conclusões sobre o objecto do processo e o consequente efeito consumptivo da sentença. É que, se tal efeito é corolário do princípio da indivisibilidade e este atende aos poderes-deveres cognitivos do tribunal, poderíamos pensar que a regulamentação concreta que analisámos contenderia com as conclusões a que havéramos chegado, em virtude da conformação que faz de tais poderes. Analisemos estes. Primeiro que tudo teremos de interpretar o conceito «alteração não substancial» como abrangendo apenas casos de alteração de facto, que não contenda com o objecto do processo. Assim teremos de interpretar a expressão «crime diverso» não só num aspecto jurídico, mas também abrangendo aqueles casos, por exemplo, de alteração do objecto do crime em termos de podermos afirmar não estarmos já perante a mesma questão de facto (lembremo-nos do exemplo furto relógio — *versus* — furto de colar de brilhantes). Só assim respeitaremos o acusatório, em termos de não permitir-

mos que seja o tribunal, por sua iniciativa, a decidir julgar uma concreta relação de vida que a ele não fora trazida.

Já o inverso não é contudo verdadeiro, e aqui é que reside o nosso problema. Isto é, nem toda a «alteração substancial» provoca obrigatoriamente uma saída do objecto do processo. A interpretação da expressão «crime diverso», par além do anteriormente referido, pode comportar três acepções:

1.ª Crime diverso é o crime tipicamente diferente (critério do tipo legal de crime);

2.ª Crime diverso é aquele que não está com o acusado numa relação de unidade criminosa (critério do concurso aparente ou unidade de lei);

3.ª Crime diverso é aquele que assenta numa base de facto diferente da trazida a julgamento pela acusação (critério do objecto do processo tal como o definimos na concepção de FIGUEIREDO DIAS).

Seja como fôr que interpretemos tal conceito, o que é facto é que a expressão seguinte, ou seja, a referência à «agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis» remete para a previsão do artigo 359.º a possibilidade de julgamento de factos que, seja por que concepção fôr, poderão estar claramente dentro do objecto do processo. (Pensemos apenas no caso de um homicídio (131) que vem a descobrir-se ser *qualificado* (132)). E, como sabemos, o artigo 359.º postula o acordo dos sujeitos processuais (Ministério Público, assistente e arguido) para permitir tal julgamento. Pode parecer-nos que, de novo, os poderes cognitivos são menos amplos que o exigido pelo princípio da indivisibilidade. Não é, contudo, assim.

Não existe qualquer restrição dos poderes cognitivos do tribunal. Existe, antes, um alargamento dos mesmos: desde que o arguido (e os demais sujeitos) estejam de acordo, o julgamento pode, ao que parece, efectuar-se mesmo por factos que estejam fora do objecto do processo. O que acontece é que, em relação a certos factos, embora mesmo pertinentes ao objecto, o legislador não se basta, para permitir o seu julgamento, com a salvaguarda dos direitos de defesa do arguido, exigindo-se, a demais,

o consentimento do mesmo, do Ministério Público e do assistente. São afinal razões de uma ainda maior garantia do arguido, por um lado, e de boa administração da justiça, por outro (pode a prova existente não ser bastante para o julgamento pelos novos factos descobertos, sendo conveniente abrir um novo processo).

Resta saber se, por um lado, será justo submeter sempre o arguido a um novo processo por um crime pertinente ao objecto só porque os restantes sujeitos não concordam com o julgamento (para além dos problemas que tal poderá levantar em sede de prazos de prisão preventiva), e se, por outro, quando estivermos fora do objecto, não se encontrará o arguido numa situação de pressão tal que o leve a consentir, de qualquer forma, no julgamento a efectuar.

2.4. E como se resolverá então o problema do *efeito consumptivo do caso julgado*? Com uma pequena *nuance*, pelas razões que expusemos, parece-nos valer toda a doutrina que temos vindo a expor.

Assim sendo:

O efeito consumptivo do caso julgado, quer absolutório quer condenatório, abrangerá todos os factos que caibam na identidade do objecto proposto ao tribunal pela acusação ou pronúncia.

Só que:

1.º Se o tribunal efectivamente não conheceu tais factos fica a possibilidade de ulterior apreciação consumida;

2.º Se tais factos vieram efectivamente ao conhecimento do tribunal:

a) Ou os podia considerar para efeito da sentença sem acordo dos sujeitos e, quer o tenha ou não feito, ficam os mesmos consumidos;

b) Ou apenas os podia apreciar com o consentimento das partes e, neste caso, ou as mesmas prestam consentimento e o julgamento é possível (com o efeito consumptivo), ou as mesmas não acordam e o juiz comunica a alteração ao Ministério Público valendo tal como denúncia para que ele proceda pelos novos factos. Se nada disto for feito a consumpção será automática.

3. Quanto aos chamados *obstáculos processuais* remetemos para o que já dissemos a nível doutrinário. Apenas dois apontamentos:

— A lei ressalva claramente, no artigo 359.º, a impossibilidade de conhecimento do tribunal, mesmo com o consentimento das partes, no caso em que os factos novos determinem a incompetência do tribunal.

— Abolidas as formas de processo dentro do processo comum, não se verificará já o impedimento respeitante a tal questão processual. Tal questão poderá, contudo, ser eventualmente transportada para os casos em que a competência para a nova incriminação não pertença ao juiz singular mas ao tribunal colectivo ou ao júri.