

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Coordenação e Regência: Professor Doutor Augusto Silva Dias

Colaboração: Professor Doutor Rui Soares Pereira e Mestre João Gouveia de Caires

4.º ano – Noite

Exame escrito - Finalistas

12 de Setembro de 2017

Duração: 90 minutos

Tópicos para a correcção

1. Em abstracto, para o requerimento de abertura de instrução (RAI) ser admissível é necessário que estejam preenchidos os seus requisitos, a saber: (i) legitimidade do requerente; (ii) tempestividade do requerimento (20 dias a contar da notificação da acusação do MP); (iii) conteúdo (em geral não há formalidades especiais, no entanto, quanto ao requerimento de **Ferdinand** e **Daniela**, aplicar-se-iam as exigências constantes da parte final do art. 287.º, n.º 2 do CPP dado que o requerimento para abertura de instrução por parte do assistente é materialmente uma acusação, além de dever incluir as razões de facto e de direito pelas quais discordam da decisão do MP); e (iv) pagamento da taxa de justiça devida (art. 519.º do CPP).

No que respeita ao requerimento de **Ferdinand** e **Daniela**, haveria que começar por referir, quanto à *legitimidade*, que apenas poderiam ter requerido a abertura de instrução *os assistentes* (art. 287.º, n.º 1, al. b) do CPP), *quanto a factos que constituíssem uma alteração substancial dos factos* (ASF) que foram deduzidos pelo **MP**.

Para tal, seria necessário, como questão prévia, aferir da possibilidade de **Ferdinand** e **Daniela** requererem a sua constituição como assistentes. Poderiam tê-lo feito dado estarem em *tempo* (art. 68.º, n.º 3, al. b) do CPP), se tivessem *legitimidade* (art. 68.º, n.º 1, al. a) do CPP), se *constituíssem advogado* (art. 70.º do CPP), pagando a taxa de justiça ou requerendo apoio judiciário (art. 519.º do CPP) e requerendo tal constituição ao **JIC** (art. 68.º, n.º 4 do CPP).

O problema seria precisamente verificar *a legitimidade para a constituição como assistente*, já que os ofendidos **Bertha** e **Charles** faleceram e o RAI foi apresentado por um dos seus filhos e pelo irmão de **Bertha**. Na perspectiva do **MP**, face à sua acusação por crime de burla (p. e p. no art. 217.º do CP), o crime seria semi-público dado que depende de queixa [cfr. arts. 217.º, n.º 3 do CP e 49.º do CPP, até porque o valor da burla não seria considerado elevado nos termos do art. 202.º, al. a) do CP]. Ainda assim, presume-se que os

ofendidos (cf. arts. 49.º do CPP e 113.º, n.º 1 do CP) tenham apresentado a queixa antes da abertura de inquérito pelo **MP**.

Na perspectiva de **Ferdinand** e **Daniela**, estaria em causa um crime público, pelo que não haveria que analisar a titularidade do direito de queixa, pelo que haverá apenas que identificar o titular do direito à constituição de assistente. Nesta sede seria valorizada a discussão quanto à existência de base legal para a transmissão por morte do direito de constituição como assistente nos crimes públicos, apresentando as diferentes teses em confronto. Nos termos dos arts. 68.º, n.º 1, al. *c*) e 48.º do CPP, o direito de constituição como assistente ter-se-ia transmitido às pessoas designadas naqueles preceitos legais (cujas soluções coincidem no essencial). Consequentemente, **Daniela**, na qualidade de *descendente* dos ofendidos, teria legitimidade para requerer a constituição como assistente. Já quanto a **Ferdinand**, o mesmo não valeria, dado que pertence ao segundo grupo ou classe. E isto independentemente do significado da expressão “ou, na falta deles” prevista no art. 68, n.º 1, al. *c*) do CPP [em tudo idêntica à expressão paralela no art. 113.º, n.º 2, al. *a*), *in fine*, do CP], pois não haveria falta física, nem de capacidade, nem sequer de vontade das pessoas designadas no primeiro grupo/classe – desde logo porque **Daniela** teria manifestado vontade de se constituir como assistente. Donde resulta que apenas **Daniela** poderia constituir-se como assistente e requerer a abertura de instrução.

Por fim, dever-se-ia ainda demonstrar de que modo **Daniela** poderia requerer a abertura de instrução na qualidade de assistente. Como referido *supra*, apenas poderia fazê-lo *se tivesse factos novos* (narrativas históricas/pedaços de vida/problemas que se poderiam destacar e submeter a apreciação judicial, acontecimentos históricos, etc.) *face aos descritos na acusação do MP e que comportassem uma ASF* (nos termos do art. 1.º, al. *f*) do CPP) face a estes últimos.

Ora, no caso em apreço, a circunstância de **Bertha** e **Charles** apresentarem uma significativa deficiência cognitiva à data da prática dos factos constava já da acusação. Portanto, o que os assistentes pretendiam era, em rigor, subsumir a factualidade já constante da acusação a um tipo legal distinto, o legal da burla qualificada [218.º, n.º 2, al. *c*) do CP], e não acrescentar um novo facto. Estaria, portanto, em causa uma mera alteração da qualificação jurídica, pelo que, se o RAI se limitasse a essa alegação seria rejeitado porquanto o mecanismo processual idóneo seria a acusação subordinada (art. 284.º do CPP).

Contudo, para além da alteração da qualificação jurídica, **Daniela** pretende que seja adicionado ao objecto do processo o elemento subjectivo do tipo – leia-se, os elementos factuais, que consubstanciam o elemento subjectivo do tipo – dada a ausência dos mesmos na acusação do MP.

A análise deveria começar pela exclusão da adição destes factos ao objecto do processo do âmbito da alteração não substancial dos factos (ANSF), em consonância com o entendimento sustentado pelo Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de fixação de jurisprudência n.º 1/2015. Assim, estando em causa uma alteração de factos que materialmente implica a configuração de uma conduta inicialmente atípica numa conduta típica, deverá a mesma ser

qualificada como uma verdadeira alteração substancial dos factos (ASF). Poderá, no entanto, discutir-se se estaria em causa uma verdadeira (ASF), já que, como sustentou o Supremo Tribunal de Justiça no referido aresto «[...] *se não é aplicável, nestas situações, o mecanismo do art. 358.º do CPP, também não será caso de aplicação do art. 359.º; pois, correspondendo a alteração à transformação de uma conduta não punível numa conduta punível (e, nesse sentido, substancial), ou, como querem alguns, uma conduta atípica numa conduta típica, a verdade é que ela não implica a imputação ao arguido de crime diverso. Pura e simplesmente, os factos constantes da acusação (aqueles exactos factos) não constituem crime, por não conterem todos os pressupostos essenciais de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou medida de segurança criminais*».

Em qualquer caso, a solução deverá ser a de que a via processual para o assistente *resgatar* a acusação do campo da nulidade para que a omissão de elemento subjectivo a remeteu, seria necessariamente a dedução de RAI. De facto, o RAI do assistente, para além de ser a única via de reacção apta a colmatar a ausência daqueles factos, assume formalmente a natureza de acusação e, por essa via, fixa o objecto da instrução e, conseqüentemente, do processo. Conclui-se, portanto, que a solução processual encontrada pelos assistentes foi a correcta, devendo a alteração da qualificação jurídica ser igualmente incorporada no RAI, já que este sempre teria de ser deduzido para que fosse admissível a alteração substancial de factos.

Caberia, então, analisar o RAI de **António**, arguido no processo.

O arguido tem *legitimidade* para requerer a abertura de instrução, quer *quanto a factos* (como parece suceder quando o arguido os nega ao afirmar que “não existiam indícios suficientes dos factos criminosos de que era acusado”), quer mesmo *quanto à matéria de direito* (quando alega a atipicidade dos factos), e mesmo que fosse só e apenas quanto a esta última (o que é discutível, mas também não constituiria limite segundo a maioria da doutrina). Tal requerimento, no que respeita ao arguido, não teria quaisquer formalidades desde que indicasse os fins/objeto da instrução, o que ocorreu.

2. No caso de o requerimento ser rejeitado por motivo de extemporaneidade, incompetência do juiz ou inadmissibilidade legal da instrução, nos termos do disposto no art. 287.º, n.º 3 do CPP, podem os sujeitos processuais afectados recorrer nos termos gerais previstos no art. 399.º e 400.º, n.º 1, *a contrario sensu*. No que respeita à possibilidade de rejeição da acusação, por parte do juiz de julgamento, por falta dos elementos subjectivos do tipo de ilícito, a resposta dependerá da eventual precedência de instrução. Com efeito, no caso de o processo seguir para julgamento sem ter havido instrução, deverá o tribunal rejeitar a acusação sempre que esta não contenha o elemento subjectivo do crime imputado, em virtude de a mesma ser manifestamente infundada por falta de narração dos factos [cf. art. 311.º, n.ºs 2, al. a) e 3, al. b do CPP]. Caso, porém, tenha havido instrução, a rejeição da acusação encontra-se legalmente vedada, por força do disposto no art. 311.º, n.º 2 do CPP.

3. Está em causa o apuramento de um facto novo que se relaciona com o objecto do processo, na medida em que se trata de uma circunstância qualificativa do tipo de crime imputado ao arguido. Um facto que, em abstracto, seria susceptível, de levar à responsabilização do agente por burla qualificada [art. 218.º, n.º 2, al. *a*) do CP], ao invés de burla simples (art. 217.º do CP) por que vinha acusado.

Na medida em que o novo facto implica um agravamento do limite máximo das sanções aplicáveis – ou mesmo a imputação de um crime diverso –, conclui-se que se trata de uma alteração substancial de factos [art. 1.º, al. *f*) do CPP]. Dever-se-ia discutir a aplicação destes critérios e das respectivas teses sobre o conteúdo do critério qualitativo (crime diverso), referindo-se pelo menos a orientação do curso: narrativa histórica com consciência da ilicitude diversas (o que parece suceder).

O facto em causa não é autonomizável, na medida em que não pode ser julgado em processo autónomo sem violação do princípio *ne bis in idem*, já que a circunstância de o agente fazer da burla modo de vida é indissociável da conduta concretamente imputada ao agente nos autos.

Seguir-se-ia, portanto, o regime dos n.ºs 1 e 3 do art. 359.º do CPP: o processo deveria continuar apenas com os factos já constantes do despacho de pronúncia, sendo o novo facto irrelevante para a condenação. O Tribunal deveria, assim, notificar o MP, o assistente, e o arguido para se pronunciarem nos termos do n.º 3 do art. 359.º. Havendo acordo, aparentemente o Tribunal poderia tomar, validamente, em consideração o novo facto em conjunto com os anteriores. Porém, assim não era já que o novo facto conjugado com os demais permitia condenar o arguido numa pena máxima até 8 anos de prisão, para o qual o Tribunal Singular (no qual estaria a ser julgado) não seria competente (cf. a limitação na parte final do art. 359.º, n.º 3 do CPP). Não se tratando de nenhum caso de critério qualitativo, aplicar-se-ia o critério quantitativo previsto no art. 14.º, n.º 2, al. *b*) do CPP, sendo competente para o julgamento do arguido pela prática do crime de burla qualificada punível até 8 anos de prisão o Tribunal Colectivo. Assim, nem por acordo poderia o arguido ser condenado pelo novo facto. Na ausência de acordo, também não poderia tomar tal facto em consideração. Caso o novo facto fosse valorado, a sentença seria nula nos termos da al. *b*) do n.º 1 do art. 379.º do CPP, devendo aplicar-se o respectivo regime dependente de arguição em sede de recurso e no prazo do mesmo.

4. Nos termos do disposto no art. 5.º do CPP, a lei processual penal é de aplicação imediata, excepto quando da sua aplicabilidade imediata possa resultar (i) agravamento sensível e ainda evitável da situação processual do arguido, nomeadamente uma limitação do seu direito de defesa; ou (ii) quebra da harmonia e unidade dos vários actos do processo.

No caso em apreço, é necessário aferir se a norma que entrou em vigor consubstancia uma mera norma processual *stricto sensu*, caso em que se aplicaria a regra geral acima indicada, ou se, pelo contrário, se trata de uma norma

processual material, caso em que a sua aplicabilidade imediata ficaria excluída por via do disposto no art. 5.º, n.º 2 do CP ou, dependendo das circunstâncias do caso ou da orientação doutrinária seguida, dos arts. 29.º, n.º 4 da CRP e 2.º, n.º 4 do CP.

De acordo com Maria Fernanda Palma, subsumem-se ao art. 5.º, n.º 2 do CPP os casos de «normas processuais das quais derive um efeito essencial para a posição processual do arguido na relação jurídica punitiva, na sua fase processual», ou seja, «[s]ão normas que, embora não afectando a existência da relação jurídica punitiva nem a modificando substancialmente, atingem a possibilidade de o comportamento do arguido realizar os direitos que lhe são reconhecidos no processo penal, como por exemplo o direito de defesa».

Ora, a norma em apreço afecta substancialmente os direitos reconhecidos ao arguido em processo pessoal, em particular o *nemo tenetur se ipsum accusare*. Nesse sentido, deverá concluir-se pela sua inaplicabilidade imediata ao processo em curso, embora se pudesse discutir o momento a partir do qual, em abstracto, a norma poderia ser aplicável a processos iniciados antes da sua entrada em vigor. Ou se porventura, o critério determinante é o da aplicação retroactiva da norma mais favorável ao agente do crime/arguido, até ao limite do momento da prática do facto.

Dever-se-ia ainda discutir a (in)validade substancial do conteúdo da nova norma legal dado que tal se traduziria numa coisificação do arguido (um objecto de perícias e exames ao dispor do Tribunal), violando assim o estatuto de sujeito processual que o Primado do Estado de Direito Democrático obriga e bem assim o *nemo tenetur se ipsum accusare*, ou seja, uma clara violação da CRP (arts. 2.º e 32.º, n.ºs 1 e 2).