

ladoras do seu perfil. Circunscrito o âmbito da reserva pela noção de «arrendamento rural e urbano», nela se incluíram, pois, as regras relativas à celebração de tais contratos e às suas condições de validade, definidoras (imperativa ou supletivamente) das relações (direitos e deveres) dos contratos durante a sua vigência e definidores, bem assim, das condições e causas da sua extinção — pois tudo isso é «regime jurídico» dessa figura negocial. Por outras palavras, em suma: cabe reservadamente ao legislador parlamentar definir os pressupostos, as condições e os limites de autonomia privada no âmbito contratual em causa» (cf., ainda, *inter alia* o acórdão n.º 311/93, publicado no *Diário da República*, 2.ª série, de 22 de Julho de 1993, que incidiu sobre grande parte das alíneas do artigo 2.º da citada Lei n.º 42/90).»

Em sentido idêntico, diz o Acórdão n.º 127/98 (*Diário da República*, 2.ª série, de 28 de Maio):

«10 — Desde a revisão constitucional de 1982, entra na competência reservada da Assembleia da República (reserva relativa) o “regime geral do arrendamento rural e urbano” (artigo 168.º, n.º 1, alínea *h*), da Constituição; actualmente e após a 4.ª revisão constitucional de 1997, regula a matéria o artigo 165.º, n.º 1, alínea *h*).»

Interpretando esta norma, indicam Gomes Canotilho e Vital Moreira que esta reserva não abrange “eventuais regimes especiais [que] sejam definidos pelo Governo (ou, se for caso disso, pelas assembleias das regiões autónomas), nos pontos indicados pela própria lei, com respeito pelos princípios fundamentais do regime geral [...]”. Dentre estes princípios conta-se seguramente o regime de celebração do contrato e da sua cessação, bem como os direitos e deveres das partes (cf. Ac. TC n.º 77/88) e ainda a fixação do montante da renda e respectivos critérios (cf. Ac. TC n.º 245/89). Em qualquer caso, trata-se, entre outras coisas, de dar execução às directivas constitucionais do artigo 65.º-3 (arrendamento urbano) e do artigo 99.º-1 (arrendamento rural)” (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra, 1993, págs. 673-674).

No referido acórdão n.º 77/88 (in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 11.º vol., págs. 361 e segs.), teve ocasião o Tribunal Constitucional de precisar o que entrava na competência reservada do órgão parlamentar em matéria de regime geral de arrendamento rural e urbano, nos seguintes termos:

“Refere-se ele [o dispositivo da alínea *h*] do n.º 1 do artigo 168.º da Constituição ao «regime geral do arrendamento rural e urbano» — numa fórmula que encontra paralelo na das alíneas *d*) e *e*) do mesmo artigo (ambas tratando igualmente de *regime geral*), e é diferente da das alíneas *f*), *g*) ou *n*), por exemplo, as quais incluem na reserva apenas as «bases» dos correspondentes regimes. Ora, logo este ponto de partida textual mostra que a reserva em causa não se limita à definição dos «princípios», «directivas» ou *standards* fundamentais em matéria de arrendamento (é dizer, das «bases» respectivas), mas desce ao nível das próprias «normas» integradoras do regime desse contrato e modeladoras do seu perfil. Circunscrito o âmbito da reserva pela noção de «arrendamento rural e urbano», nela se incluíram, pois, as regras relativas à celebração de tais contratos e às suas condições de validade, definidoras (imperativa ou supletivamente) das relações (direitos e deveres) dos contraentes durante a sua vigência, e definidoras, bem assim, das condições e causas da sua extinção — pois tudo isso é «regime jurídico» dessa figura negocial. Por outras palavras e em suma: cabe reservadamente ao legislador parlamentar definir os pressupostos, as condições e os limites do exercício da autonomia privada no âmbito contratual em causa.” (vol. cit., pág. 367)

Mas o acórdão n.º 311/93 recordou igualmente que, não obstante a reserva parlamentar constante da alínea *h*) do n.º 1 do artigo 168.º da Constituição não ser “esgotante e absoluta”, o acórdão n.º 77/88 havia enunciado a regra de que a mesma reserva devia ser entendida:

“[...] como respeitante unicamente aos aspectos *significativos*, ou seja, verdadeiramente *substantivos* do regime legal do contrato, mas permitindo a intervenção do Governo na regulamentação do que seja puramente adjectivo ou processual.

Como quer que seja, à Assembleia da República estará sempre reservada a definição das regras materiais aplicáveis à generalidade dos contratos de arrendamento rural e urbano, e tenham estes últimos como finalidade a habitação ou quaisquer outros fins [...]”»

O Tribunal tem, como se vê, entendido que as matérias da disciplina jurídica do arrendamento que integram o *regime geral* do arrendamento e que, em consequência da alínea *h*) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição, constituem reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República («a definição das regras materiais aplicáveis à generalidade dos contratos de arrendamento rural e urbano, e tenham estes últimos como finalidade a habitação ou quaisquer outros fins») res-

peitam unicamente aos aspectos significativos, ou seja, “verdadeiramente substantivos do regime legal do contrato”, permitindo a Constituição a intervenção do Governo na regulamentação “do que seja puramente adjectivo ou processual”; a reserva atribuída à Assembleia da República abrangerá “as regras materiais aplicáveis à generalidade dos contratos de arrendamento rural e urbano, tenham estes últimos como finalidade a habitação ou quaisquer outros fins”, mas não inclui a definição das regras adjectivas a que se devem submeter estes contratos.

Assim definido o sentido da reserva em matéria de arrendamento, pode concluir-se que cabe na competência do Governo, desde que respeitados os princípios fundamentais do regime geral, a «regulamentação do que seja puramente adjectivo ou processual».

6 — Acontece que a norma impugnada, contida no n.º 5 do artigo 678.º do Código de Processo Civil é, a todas as luzes, uma norma adjectiva, processual, que, respeitando aos recursos a interpor, não encerra qualquer traço de natureza substantiva. De acordo com a doutrina já exposta, não pode considerar-se integradora do regime geral do contrato de arrendamento, e modeladora do seu perfil.

Em suma, para editar esta norma não carecia o Governo de autorização parlamentar, razão pela qual se deve entender que a mesma não enferma da invocada inconstitucionalidade orgânica.

III — **Decisão.** — 7 — Em face do exposto, nega-se provimento ao recurso. Custas pelos recorrentes, fixando-se a taxa de justiça em 25 UC.

Lisboa, 17 de Abril de 2008. — *Carlos Pamplona de Oliveira* — *José Borges Soeiro* — *Maria João Antunes* — *Rui Manuel Moura Ramos*.

Acórdão n.º 226/2008

Processo n.º 170/08

I — **Relatório.** — 1 — O Ministério Público interpôs recurso para o Tribunal Constitucional, ao abrigo da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, do despacho (proferido em audiência de julgamento do processo comum, com intervenção do Tribunal Colectivo que, sob o n.º 81/07.6GCFAR, corre termos pelo 2.º Juízo Criminal do Tribunal Judicial de Faro) constante da acta de 26 de Novembro de 2007, que desaplicou, com fundamento em inconstitucionalidade, a norma do artigo 359.º do Código de Processo Penal, na redacção da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto.

2 — O despacho recorrido é do seguinte teor:

«O arguido Jean Halin Viegas está acusado, entre o mais, da prática de factos susceptíveis de integrar a prática, pelo mesmo, de um crime de furto, previsto e punível pelo artigo 203.º, n.º 1 do Código Penal (conjunto de factos identificados na acusação sob n.º 1205/06.6PBFAR).

Do depoimento da testemunha Fábio Colaço resultam indícios de que o arguido, para furtar o motociclo, arrancou o canhão da fechadura da garagem comum do prédio identificado na acusação e descarnou os fios da fechadura eléctrica, tendo após, accedido ao interior da garagem e de lá retirado e levado consigo o motociclo.

Esta nova factualidade consubstancia a prática de um crime de furto qualificado, previsto e punível pelo pelas disposições conjugadas dos artigos 203.º, n.º 1, 204.º, n.º 2, alínea *e*) e 202.º, alínea *d*) todos do Código Penal.

Este crime é punível com uma penalidade mais gravosa nos seus limites mínimo e máximo do que a penalidade prevista para o crime de furto de que o arguido está acusado.

Como tal, a alteração de factos anunciada consiste numa alteração substancial dos factos.

Assim, comunica-se ao arguido a falada alteração para que o mesmo diga se se opõe à mesma ou se autoriza a que o Tribunal conheça dos novos factos.

Coloca-se, porém, uma questão prévia.

Dispunha o artigo 359.º do Código de Processo Penal na sua redacção originária que

1 — Uma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, se a houver, não pode ser tomada em conta pelo tribunal para o efeito de condenação no processo em curso; mas a comunicação da alteração ao Ministério Público vale como denúncia para que ele proceda pelos novos factos.

2 — Ressalvam-se do disposto no número anterior os casos em que o Ministério Público, o arguido e o assistente estiverem de acordo com a continuação do julgamento pelos novos factos, se estes não determinarem a incompetência do tribunal.

3 — Nos casos referidos no número anterior, o presidente concede ao arguido, a requerimento deste, prazo para preparação da defesa não superior a 10 dias, com o consequente adiamento da audiência, se necessário.

O regime legal assim estabelecido visava consequentemente evitar que o Tribunal, unilateralmente, pudesse alterar o objecto do processo, passando a conhecer de factos que não tinham sido levados à acusação ou à pronúncia e que conduziam à condenação do arguido por crime punível com pena mais gravosa. Perante uma situação destas, uma de duas: ou os sujeitos processuais da instância criminal autorizavam a que o Tribunal conhecesse da nova factualidade no mesmo processo — e este prosseguiria tendo em conta a nova factualidade indiciada; ou os mesmos sujeitos processuais não manifestavam o acordo no sentido de o Tribunal poder conhecer da nova factualidade e iniciar-se-ia um novo processo, já que a comunicação da alteração substancial dos factos equivalia a denúncia pelos mesmos.

Dispõe o artigo 359.º do Código de Processo Penal na redacção que lhe foi dada pela [Lei n.º] 48/2007

1 — Uma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia não pode ser tomada em conta pelo tribunal para o efeito de condenação no processo em curso, nem implica a extinção da instância.

2 — A comunicação da alteração substancial dos factos ao Ministério Público vale como denúncia para que ele proceda pelos novos factos, se estes forem autonomizáveis em relação ao objecto do processo.

3 — Ressalvam-se do disposto nos números anteriores os casos em que o Ministério Público, o arguido e o assistente estiverem de acordo com a continuação do julgamento pelos novos factos, se estes não determinarem a incompetência do tribunal.

O novo texto do inciso legal que se acaba de reproduzir introduz uma importante alteração em relação ao texto originário. No caso de a nova factualidade não ser autonomizável em relação ao objecto do processo e uma vez que a instância não pode ser extinta nem dela o Tribunal pode conhecer (salvo acordo do MP, arguido e assistente), deixa a conduta indiciada e provada de ser punível.

Vejam, pois, como proceder nestes casos, isto é, nos casos de alteração substancial de factos não autonomizáveis em que o arguido não dê o seu acordo a que o Tribunal conheça dos factos no próprio processo.

Assim, se alguém está acusado de factos que consubstanciam um crime de furto previsto no artigo 203.º, n.º 1, do Código Penal e se vem a demonstrar, para além dos factos já imputados ao arguido que ele usou, como meio de conseguir o seu intuito, uma arma de fogo (o que consubstancia um crime de roubo agravado), não pode o Tribunal apreciar a sua conduta nem nesse processo nem em processo autónomo.

O mesmo se pode passar relativamente a crimes de outra natureza, tais como o crime de ofensa à integridade física e homicídio; entre homicídio privilegiado e qualificado, etc.

Nestes casos, os direitos, liberdades e garantias fundamentais das pessoas deixam de ter tutela, não porque assim é opção do legislador (*rectius*: da lei), mas sim por meras contingências processuais que não são controláveis e que se podem ficar a dever a mero lapso.

Ao nível dos direitos liberdades e garantias, tal como o direito à vida, o texto constitucional vincula o próprio Estado a não produzir normas que os desprotejam, incluindo no âmbito do Direito Penal.

Creemos que ninguém usaria, nos dias de hoje, defender que a revogação pura e simples das normas que tipificam criminalmente os crimes de homicídio é aceitável do ponto de vista constitucional: a norma revogatória violaria o disposto no artigo 24.º da CRP, o artigo 18.º do mesmo diploma e ainda o princípio do Estado de direito democrático. Com efeito, a par de muita legislação que vise proteger a vida humana, a punição do homicídio impõe-se por exigência constitucional já que traduz uma reacção do Estado ao comportamento daquele que conhecendo a proibição, a viola, lesando direitos fundamentais que estão já reconhecidos na constituição.

O mesmo se passa, *mutatis mutandis*, relativamente a outros direitos, liberdades e garantias fundamentais, tais como a integridade pessoal e outros previstos nos artigos 25.º e seguinte da CRP.

De entre as obrigações do Estado de proibir e reagir criminalmente contra quem atente contra direitos fundamentais se conta, por força do que se dispõe no artigo 17.º e 18.º da CRP ao direito de propriedade privada, previsto no artigo 62.º da CRP, o qual contempla o direito de ninguém ser privado do direito de propriedade sobre as suas coisas. Cumpre, pois, ao Estado legislador o dever de produzir normas que regulem o direito de propriedade em conformidade com a constituição e de promover, também pela via legislativa, o dever de impor erga omnes o respeito pela propriedade alheia sob pena de, pelo menos nos comportamentos mais gravosos, serem perseguidos criminalmente.

É o que ocorre, claramente, nos comportamentos que a própria lei define como sendo altamente censuráveis e que revelam um grande carácter anti-jurídico, como é o caso dos crimes de furto qualificado, previstos e puníveis pelos artigos 203.º, n.º 1, e 204.º, n.º 2, alínea e), do Código Penal.

O Código Penal cumpre, na perspectiva que se vem referindo, a sua missão.

Todavia, tal missão é fortemente atropelada pelo Código de Processo Penal: uma circunstância processual incontroável (lapso do Ministério Público, ignorância de um determinado meio de prova, falha momentânea de uma testemunha ou OPC) pode determinar que uma pessoa seja acusada de um crime, quando, na verdade se vem a apurar que cometeu, naquelas circunstâncias de tempo, lugar e no âmbito do mesmo fenómeno histórico, um crime mais grave. Neste caso, a conduta do agente nunca poderá ser perseguida criminalmente, apesar de, no julgamento se ter provado o crime mais grave e de serem dadas ao arguido todas as garantias de defesa.

A recusa do Estado em punir uma conduta que está obrigado a perseguir criminalmente através de um mecanismo processual que não tem qualquer justificação não pode deixar de traduzir uma violação dos supra citados preceitos constitucionais.

A questão da inconstitucionalidade da norma em causa não se queda por aqui.

Resulta ele ainda da circunstância de a qualificação de um dado comportamento criminoso ficar dependente de uma decisão unilateral de um órgão do Estado (o Ministério Público) ou, o que é particularmente grave, do mero acaso. Fazendo-se do acaso um legislador e julgador, o Código de Processo Penal não observa o que a CRP impõe ao Estado, já que apenas permite que o direito à vida, à integridade física, à reserva da vida privada, à propriedade privada sejam tutelados criminalmente se.. assim calhar.

Não é tutela suficiente dos direitos fundamentais.

O absurdo da solução que se pretendeu introduzir com o novo texto legal vai mais longe: obriga os Tribunais a condenarem o arguido pelos factos de que já estava acusado. Uma eventual circunstância especial agravante ou um novo facto típico passam a poder ser considerados na sentença apenas com o valor de circunstância geral agravante.

Esta solução pode conduzir a soluções chocantes.

Tal como acima se referiu, um furto, punível com pena de prisão até 3 anos ou multa, pode “transformar-se” num roubo agravado, punível com pena mínima de 3 anos de prisão e máxima até 15 anos de prisão, bastando que na subtracção da coisa alheia o agente use uma arma.

Em casos como este, como determinar a espécie e medida da pena:

a) Um agente primário deverá ser punido com pena de multa, se o crime efectivamente cometido (e fora os casos de atenuação especial da pena) não admite multa (como pena principal ou de substituição)?

b) Será legítimo, em face do que se disse, pura e simplesmente, aplicar a pena máxima de prisão prevista para o crime de furto?

c) A resposta positiva à questão anterior não violará o princípio da culpa como limite da pena?

d) A aferição do grau de lesão do bem jurídico protegida pela norma penal incriminadora afere-se pelo crime pelo qual o arguido é condenado ou pelo crime que ele efectivamente cometeu?

e) As exigências de prevenção (especial e geral) são aferidas pelo crime efectivamente cometido ou pelo crime pelo qual o arguido irá ser condenado?

A resposta a todas estas questões, de acordo com o novo texto do Código de Processo Penal, só pode ser uma: no exemplo citado, o arguido só pode ser responsabilizado pelo crime de furto e não por roubo. A culpa, as exigências de prevenção aferem-se tendo tal por referência. Os tribunais deverão, pois, aplicar uma pena por crime que o arguido não cometeu ou, dito de outra forma, os tribunais devem aplicar uma pena injusta.

Esta solução nem traz vantagens para o papel do Estado como primeiro grande promotor dos direitos, liberdades e garantias fundamentais das pessoas, nem para a aplicação justa do direito penal.

A solução do artigo 359.º do Código de Processo Penal na sua versão originária, além de conferir aquelas vantagens, garante, na íntegra, os direitos de defesa do arguido.

Pense-se agora, no outro caso já enunciado, em que o limite máximo da pena aplicável ao crime de que o arguido está acusado não é igual ou limite mínimo do crime que o arguido efectivamente cometeu. Pense-se, por exemplo, no caso de um arguido estar acusado de um crime de homicídio privilegiado (punível com pena de prisão até 5 anos) e se ter demonstrado que o crime efectivamente cometido é um crime de homicídio qualificado, a que corresponde uma penalidade cujo limite mínimo é mais do dobro do limite máximo do crime de que está acusado (12 anos de prisão) sendo o limite máximo igual ao quádruplo (25 anos de prisão).

Em casos destes, como responder às questões enunciadas supra nas 5 alíneas? Como dizer que fica garantida a obrigação do estado em

garantir o direito à vida? Como se pode afirmar que a pena a aplicar é justa? Como defender que a aplicação do artigo 359.º do Código de Processo Penal na redacção de 2007 não é inconstitucional?

Em face de todo o exposto, julga-se inconstitucional o artigo 359.º do Código de Processo Penal, na redacção que lhe foi dada pela 48/2007 e em consequência, a comunicação da alteração substancial dos factos feita ao arguido Jean Halin Viegas é feita ao abrigo da redacção originária daquele preceito legal.»

3 — O arguido opôs-se à continuação do julgamento pelos novos factos.

4 — Admitido o recurso e notificadas as partes para alegações, apenas o Ministério Público alegou tendo concluído do seguinte modo:

«1 — Não é inconstitucional a norma do artigo 359.º do Código de Processo Penal, na redacção da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, no segmento em que estabelece que a comunicação da alteração substancial dos factos ao Ministério Público apenas vale como denúncia para que ele proceda pelos novos factos, se estes forem autonomizáveis em relação ao objecto do processo.

2 — Termos em que deverá proceder o presente recurso.»

II — **Fundamentos.** — 5 — Convém, para imediata percepção do problema de processo penal que o despacho recorrido resolveu e, concomitantemente, melhor delimitação do objecto do recurso, pôr em evidência a evolução legislativa que imediatamente lhe está na génese.

Disponha o artigo 359.º do Código de Processo Penal, na redacção anterior à Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto:

“Artigo 359.º

Alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia

1 — Uma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, se a houver, não pode ser tomada em conta pelo tribunal para o efeito de condenação no processo em curso; mas a comunicação da alteração ao Ministério Público vale como denúncia para que ele proceda pelos novos factos.

2. — Ressalvam-se do disposto no número anterior os casos em que o Ministério Público, o arguido e o assistente estiveram de acordo com a continuação do julgamento pelos novos factos, se estes não determinarem a incompetência do tribunal.

3. — Nos casos referidos no número anterior, o presidente concede ao arguido, a requerimento deste, prazo para preparação da defesa não superior a 10 dias, com o consequente adiamento da audiência, se necessário.”

Na redacção emergente da Lei n.º 48/2007, o mesmo preceito passou a dispor:

“Artigo 359.º

Alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia

1 — Uma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia não pode ser tomada em conta pelo tribunal para o efeito de condenação no processo em curso, nem implica a extinção da instância.

2 — A comunicação da alteração substancial dos factos ao Ministério Público vale como denúncia para que ele proceda pelos novos factos, se estes forem autonomizáveis em relação ao objecto do processo.

3 — Ressalvam-se do disposto no n.º 1 os casos em que o Ministério Público, o arguido e o assistente estiverem de acordo com a continuação do julgamento pelos novos factos, se estes não determinarem a incompetência do tribunal.

4 — Nos casos referidos no número anterior, o presidente concede ao arguido, a requerimento deste, prazo para preparação da defesa não superior a 10 dias, com o consequente adiamento da audiência, se necessário.”

Apesar de a decisão recorrida não enunciar expressamente a dimensão em que desaplicou o novo regime de modificação do objecto do processo penal em fase de julgamento, parece evidente, face ao teor da decisão, que apenas está em causa a norma extraída dos n.ºs 1 e 2 do artigo 359.º, enquanto prevê que, no caso de se verificar uma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, por virtude de factos novos que não sejam autonomizáveis em relação ao objecto do processo, e que não possa ser tida em conta pelo tribunal para efeito de condenação no processo em curso, por não haver o acordo a que se reporta o n.º 3 do preceito, não pode o tribunal comunicar a alteração ao Ministério Público

para que proceda pela totalidade dos factos e extinguir a instância em curso. Ou seja, *o que verdadeiramente se questiona é a imposição de proferir decisão de mérito (de absolvição ou de condenação), vinculada aos factos descritos na acusação ou na pronúncia, com definitiva desconsideração do efeito agravativo da responsabilidade criminal que resultaria dos novos factos provados (recte indiciados) em fase de julgamento, quando estes não sejam autonomizáveis em relação ao objecto do processo.*

6 — O Tribunal Constitucional ainda não apreciou esta concreta questão, que emerge da mais recente alteração do Código de Processo Penal. Mas já decidiu, no acórdão n.º 237/2007, publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, de 24 de Maio de 2007, no sentido da não inconstitucionalidade da norma do artigo 359.º, na redacção anterior, enquanto interpretada no sentido de permitir, nas situações em que os novos factos não eram autonomizáveis em relação ao objecto do processo, a absolvição da instância e a comunicação ao Ministério Público para que este procedesse pela totalidade dos factos.

Apesar de a questão que no presente recurso se coloca ser, de algum modo, de sentido inverso da então apreciada — o despacho recorrido repudiou a solução (ter que ser proferida sentença de mérito relativamente ao objecto do processo definido pela acusação, com a consequente desconsideração do significado agravativo específico dos factos novos não autonomizáveis) que o recorrente no processo em que foi proferido o referido acórdão defendia como a única que seria compatível com a Constituição —, é útil recordar passagens essenciais desse acórdão, que contém um resumo detalhado da jurisprudência constitucional mais relevante a propósito do regime da alteração do objecto do processo penal, em fase de julgamento, no Código de Processo Penal de 1987.

Assim, disse-se no referido Acórdão n.º 237/2007:

“2.1 — A possibilidade de, em audiência de julgamento, se atender a factos não referidos na acusação pareceria, à primeira vista, pouco compatível com a estrutura acusatória do processo criminal. Como se referiu no Acórdão n.º 130/98 (com texto integral disponível em www.tribunalconstitucional.pt, tal como todos os outros adiante citados):

“Os factos descritos na acusação normativamente entendidos, isto é, em articulação com as normas consideradas infringidas pela sua prática e também obrigatoriamente indicadas na peça acusatória, definem e fixam o objecto do processo, que, por sua vez, delimita os poderes de cognição do tribunal.

Segundo Figueiredo Dias (*in Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 1974, p. 145) é a este efeito que se chama vinculação temática do tribunal e é nele que se consubstanciam os princípios da identidade, da unidade ou indivisibilidade e da consunção do objecto do processo penal, ou seja, os princípios segundo os quais o objecto do processo deve manter-se o mesmo, da acusação ao trânsito em julgado da sentença, deve ser conhecido e julgado na sua totalidade (unitária e indivisivelmente); e — mesmo quando o não tenha sido — deve considerar-se irrepelivelmente decidido.

Com efeito, um processo penal de estrutura acusatória exige, para assegurar a plenitude das garantias de defesa do arguido, uma necessária correlação entre a acusação e a sentença que, em princípio, implicaria a desconsideração no processo de quaisquer outros factos ou circunstâncias que não constassem do objecto do processo, uma vez definido este pela acusação.”

Porém, este princípio não deve ser rigidamente entendido. Como o citado Acórdão n.º 130/98 logo acrescentava:

“O processo penal admite, porém, que, sendo a descrição dos factos da acusação uma narração sintética, nem todos os factos ou circunstâncias factuais relativas ao crime acusado possam constar desde logo dessa peça, podendo surgir durante a discussão factos novos que traduzam alteração dos anteriormente descritos.

A este respeito os artigos 358.º e 359.º do CPP, que regulam esta matéria, distinguem entre «alteração substancial» e «alteração não substancial ou simples» dos factos descritos na acusação ou pronúncia, fazendo, assim, apelo à definição constante do artigo 1.º, n.º 1, alínea f), do CPP. Neste preceito se estabelece que, para efeitos do disposto no presente Código, «[...] considera-se alteração substancial dos factos: aquela que tiver por efeito a imputação ao arguido de crime diverso ou a agravamento dos limites máximos das sanções aplicáveis».

O artigo 359.º rege para esta alteração substancial, determinando que uma tal alteração da factualidade descrita na acusação não pode ser tomada em conta pelo tribunal, para efeito de condenação no processo em curso (n.º 1), salvo se, havendo acordo entre o Ministério Público, o arguido e o assistente na continuação do julgamento e o conhecimento dos factos novos não acarretar a incompetência do

tribunal (n.º 2), concedendo-se então ao arguido, sob requerimento, um prazo para preparação da defesa (n.º 3).

Ao invés, se a alteração dos factos for simples ou não substancial, isto é, tal que não determine uma alteração do objecto do processo, então o tribunal pode investigar e integrar no processo factos que não constem da acusação e que tenham relevo para a decisão do processo. A lei exige apenas, como condição de admissibilidade, que ao arguido seja comunicada, oficiosamente ou a requerimento, a alteração e que se lhe conceda, se ele o requerer, o tempo estritamente necessário para a preparação da defesa (artigo 358.º, n.º 1, parte final).

Assim, é uma exigência do princípio da plenitude das garantias de defesa do arguido que os poderes de cognição do tribunal se limitem aos factos constantes da acusação; porém, se, durante a audiência, surgirem factos relevantes para a decisão e que não alterem o crime tipificado na acusação nem levem à agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis, respeitados que sejam os direitos de defesa do arguido, pode o tribunal investigar esses factos indiciados *ex novo* e, se se vierem a provar, integrá-los no processo, sem violação do preceituado no artigo 32.º, n.ºs 1 e 5, da Constituição.”

Consequentemente, o citado Acórdão entendeu que não violava os direitos de defesa nem o princípio do contraditório a norma do artigo 358.º do CPP, na parte em que directamente confere ao juiz poderes para oficiosamente seleccionar novos factos surgidos na audiência de julgamento, que não implicavam uma alteração substancial da acusação, desde que, como no caso ocorrido, tenha sido dada aos arguidos a oportunidade processual de organizarem a sua defesa quanto a esses factos então especificados.

O juízo de não inconstitucionalidade da referida norma foi reiterado no Acórdão n.º 442/99, que, após reproduzir a fundamentação do Acórdão n.º 130/98, encarou a questão — suscitada nos autos em que foi proferido — da violação do princípio da presunção de inocência, consagrado no n.º 2 do artigo 32.º da CRP, julgando-a, porém, improcedente, já que este princípio, apesar de não ser fácil determinar o seu exacto sentido constitucional (Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição, Coimbra, 1993, p. 203), “não tem, como pretende o recorrente, o alcance de impedir que se considerem na decisão factos revelados em audiência que, não configurando uma alteração substancial dos descritos na acusação, sejam relevantes para a boa decisão da causa”, acrescentando que “a consideração de tais factos não só não viola o princípio de presunção da inocência como é, pelo contrário, exigida pelo princípio da verdade material”, reconhecendo razão ao Ministério Público quando refere que o princípio da presunção da inocência “não é obviamente susceptível de «apagar» a realidade dos factos, demonstrada efectivamente em audiência, processada com todas as garantias de defesa do arguido”, bem como quando alega que “a circunstância de o tribunal se aperceber de tais factos no decurso da audiência e exercer o poder-dever de os valorar em nada contende com o princípio da independência e imparcialidade do julgador.”

A problemática dos limites da alteração do objecto do processo penal foi de novo apreciada no Acórdão n.º 463/2004, agora pondo em contraste as diferenças de regime dos artigos 358.º e 359.º do CPP, preceitos que “não pretendem mais do que expressar os limites da alteração temática do processo penal constitucionalmente admissíveis à face destes princípios do asseguramento de todas as garantias de defesa, da estrutura acusatória do processo e do contraditório, distinguindo as situações de alteração não substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia da alteração substancial, e, ainda, enunciar os instrumentos jurídicos cuja realização pretende fazer corresponder ao nível de concretização da normatividade constitucional decorrente de tais princípios, em cada uma dessas diferentes situações”. Este Acórdão julgou inconstitucional, por violação do artigo 32.º, n.ºs 1 e 5, da CRP, a norma constante do artigo 359.º do CPP, “quando interpretada no sentido de, em situação em que o tribunal de julgamento comunica ao arguido estar-se perante uma alteração não substancial dos factos descritos na acusação, quando a situação é de alteração substancial da acusação, pode o silêncio do arguido ser havido como acordo com a continuação do julgamento”. Para tanto, após salientar serem muito diferentes a extensão e intensidade com que os referidos princípios constitucionais saíam afectados nas duas situações de alteração temática do processo configuradas nos artigos 358.º e 359.º do CPP, bem como diferentes teriam que ser, e são, as exigências da sua admissibilidade, prossegue:

“Tratando-se de alteração não substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, que tenha relevo para a decisão da causa, nela se incluindo a mera alteração jurídica dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, permite o artigo 358.º do CPP que essa alteração temática do processo possa ser tida em conta pelo tribunal

do julgamento no apuramento e na definição da responsabilidade criminal do arguido. No entanto, por mor do respeito devido aos referidos princípios, o preceito impõe que se comunique ao arguido essa alteração e que se lhe conceda o tempo estritamente necessário para a preparação da defesa. A comunicação da alteração temática havida e a concessão do tempo necessário para a preparação da defesa, dispensada por razões evidentes de desnecessidade quando a alteração derive de posição tomada pela própria defesa, apresenta-se como modos que procuram dar cabal satisfação às exigências postuladas pelos princípios examinados.

Já no caso de se tratar de alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, o n.º 1 do artigo 359.º do CPP impede que ela possa ser tomada em conta pelo tribunal para o efeito de condenação no processo em curso. É um simples postulado dos princípios da estrutura acusatória do processo penal e da sua consequente vinculação temática, do contraditório e do asseguramento das garantias de defesa. Contra o respeito por um tal resultado não valem apenas por si, em tal hipótese, os argumentos do interesse público de celeridade na reparação do mal do crime e do aproveitamento da actividade desenhada pelos sujeitos processuais e pelo tribunal que são invocados, na outra situação, para justificar a continuação do julgamento no caso de alteração não substancial dos factos. A situação ofende em tão elevado grau e intensidade aqueles princípios que o legislador, movendo-se dentro dos critérios dos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da Constituição, não poderia optar por outra solução. Mas existe uma excepção, prevista no n.º 2 daquele artigo 359.º do CPP — a dos «casos em que o Ministério Público, o arguido e o assistente estiverem de acordo com a continuação do julgamento pelos novos factos, se estes não determinarem a incompetência do tribunal», sendo que nestes casos «o presidente concede ao arguido, a requerimento deste, prazo para a preparação da defesa não superior a 10 dias, com o consequente adiamento da audiência, se necessário». Note-se, no entanto, que, sendo exigido o acordo de todos os titulares dos interesses contrapostos que se digladiam em processo penal para que o julgamento possa prosseguir com o novo *thema*, a situação continua a ser de inteiro respeito pelos direitos e garantias constitucionais de cada um.

Vale isto por dizer que os preceitos dos artigos 358.º e 359.º do CPP surgem como disposições referentes ao estatuto substantivo do arguido em processo penal, na fase de julgamento, demandando o enquadramento da situação em um ou em outro desses preceitos por parte do tribunal a satisfação de diferentes exigências cuja configuração está informada directamente pela axiologia transportada pelos referidos princípios e o exercício de diferentes direitos de defesa.

Sendo assim, a comunicação ao arguido de que a alteração temática do processo tem a natureza de alteração não substancial quando, em boa verdade, ela tem a natureza de substancial corresponde a dar-lhe conhecimento de um estatuto substantivo diferente relativo à sua posição processual de arguido em uma tal situação, estatuto esse que comporta, mesmo à face do direito infra-constitucional, uma diminuição dos seus direitos de defesa e, consequentemente, não pode deixar de considerar-se como violando o n.º 1 do artigo 32.º da CRP. Na verdade, o estatuto *comunicado* não exige que o julgamento *apenas* possa continuar se ele der o seu acordo a essa continuação e o mesmo fizerem o Ministério Público e o assistente. Por outro lado, são também diferentes as condições de que o arguido goza para poder preparar a sua defesa: enquanto no caso do artigo 358.º do CPP, ele apenas dispõe do tempo que o juiz considerar estritamente necessário, no caso do artigo 359.º do CPP, ele poderá reclamar um prazo até 10 dias.”

7 — Da redacção anterior do artigo 359.º do Código de Processo Penal resultava, com suficiente clareza, o procedimento a adoptar quando se verificasse consenso no sentido da continuação do julgamento pelos novos factos revelados em audiência, ou seja, acordo para a reformulação ou redefinição do objecto do processo. Mas já o mesmo não ocorria quando se verificasse falta de acordo, designadamente por oposição do arguido. A falta de explicita previsão legislativa quanto ao procedimento a adoptar nesta última hipótese, sobretudo quando os factos que impliquem a modificação não sejam, por si, susceptíveis de qualificação criminal autónoma ou formem com os constantes da acusação (ou da pronúncia) uma unidade de sentido que não permita a sua autonomização, deu lugar a diferenciadas soluções doutrinárias e jurisprudenciais (cf. Frederico Isaasca, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português*, pp. 194-210; Teresa Pizarro Bezeza, *Apointamentos de Direito Processual Penal*, III vol., AAFDL, 1995, págs. 102-106; Marques Ferreira, *Da Alteração Substancial dos Factos Objecto do Processo Penal*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 1, n.º 2, págs. 234-237; António Quirino Duarte Soares, “Convolações”, *Colecânea de Jurisprudência — Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano II, 1994, tomo III, pp. 13-28, em especial p. 26).

Retomando as indicações do Acórdão n.º 237/2007, como exemplo dessas posições contrastantes (e sem considerar a possibilidade de o Ministério Público reformular ou complementar o acto acusatório que, *de jure condendo* e com alguma semelhança com o direito italiano, também era sugerida, designadamente por Marques Ferreira, “Da Alteração dos Factos Objecto do Processo Penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 1, n.º 2, p. 239) podem referir-se:

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), de 28 de Novembro de 1990, proc. n.º 40 909 (*Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 401, p. 443, e *Colectânea de Jurisprudência*, ano xv, 1990, tomo v, p. 12), que decidiu que, encerrada a discussão da causa, tem que ser proferida sentença (nomeadamente, absolutória ou condenatória) relativamente ao objecto da acusação, mesmo que anteriormente o tribunal tenha verificado situação de alteração substancial dos factos descritos na acusação e a haja comunicado ao arguido, desde que este se tenha oposto à continuação do julgamento pelos factos novos;

O acórdão do STJ, de 28 de Janeiro de 1993, proc. n.º 43 395 (*Colectânea de Jurisprudência — Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano 1, 1993, tomo i, p. 178), que decidiu que, comunicada ao arguido alteração substancial dos factos e opondo-se este à continuação do julgamento pelos factos novos, o tribunal deve proceder à comunicação desses factos ao Ministério Público para abertura de inquérito quanto a todos os factos (e não somente quanto aos factos novos), e não havendo lugar a prolação de sentença quanto ao facto por que o arguido estava acusado, devendo ser declarada a suspensão (e não a extinção) da instância;

O acórdão do STJ, de 17 de Dezembro de 1997, proc. n.º 1347/97 (*Colectânea de Jurisprudência — Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano v, 1997, tomo iii, p. 257), que decidiu que, no caso de oposição, pelo arguido, ao prosseguimento pelo julgamento depois de indiciada alteração substancial dos factos da acusação, nos termos do n.º 1 do artigo 359.º do CPP, deve o tribunal determinar a extracção de certidão de todo o processado para remessa ao Ministério Público e ordenar o arquivamento do processo em curso, por se tratar de “situação inequivocamente configuradora de excepção dilatória inominada”, sendo “óbvio que a posição, legitimamente assumida pelo arguido, de não aceitar a continuação do julgamento pelos novos factos, impossibilitaria — como impossibilita — o julgamento imediato não só no que concerne aos factos novos como também quanto aos da actual acusação, por estes serem elementos essenciais comuns a ambos os tipos de crimes, que se apresentam deste modo numa relação de interferência”; mais acrescentando o mesmo acórdão que esta solução não beliscava os direitos do arguido constitucionalmente garantidos, pois ela “não corresponde a recusa de decisão, mas tão-só a protelamento da decisão final (sobre a factualidade que vier a ser definitivamente apurada e que poderá eventualmente coincidir com os factos da actual acusação); e este protelamento tem em vista, como é de todo evidente, tão-só a real eficácia das garantias de defesa do arguido, possibilitando-lhe exercer cabalmente os seus direitos de defesa”.

Foi esta última solução, de extinção da instância no processo em curso sem pronúncia de mérito sobre os factos pelos quais o arguido vinha acusado e extracção de certidão para que o Ministério Público possa proceder pela totalidade dos factos (os constantes da acusação e os factos novos não autonomizáveis), que o acórdão n.º 237/2007 julgou não violar o princípio *ne bis in idem*, nem o princípio do acusatório ou o direito a um processo equitativo. Entendeu-se que a sujeição a “novo julgamento”, recaído quer sobre os “factos novos” quer sobre os já constantes da acusação, não violaria o princípio *ne bis in idem* desde logo por não ter chegado a ser proferida decisão sobre o mérito (absolutória ou condenatória) e muito menos definitiva, estando necessariamente aberta a possibilidade de os mesmos factos acabarem por ser julgados não provados. E entendeu-se que, não questionando o então recorrente a constitucionalidade da possibilidade de o tribunal estender o seu poder de cognição a factos que resultem da prova produzida em audiência, mesmo que não constantes da acusação ou da defesa, a solução que consiste em determinar a abertura de inquérito pelos factos novos a cargo do Ministério Público que, a final, deduzirá, ou não, acusação, respeitava integralmente o princípio do acusatório, com diferenciação das entidades acusadora e julgadora.

Foi esta a solução que, ripristinando o regime anterior na sequência da desaplicação do actual, o despacho recorrido perfilhou.

8 — A Lei n.º 48/2007 pretendeu resolver expressamente este “problema prático crucial” do destino do processo quando em audiência se indiciam factos novos que alterem substancialmente a acusação, mas que não sejam autonomizáveis em relação aos da acusação ou da pronúncia. Rejeitou — pelo menos é essa a interpretação que o despacho recorrido confere aos n.ºs 1 e 2 do artigo 359.º — a solução da absolvição da instância ou outra de efeito similar que não consista no conhecimento de mérito com base na vinculação temática aos factos da acusação ou da pronúncia (cf., tb. neste sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, p. 897 e segs).

Como já acontecia no regime anterior, na falta de acordo dos sujeitos processuais, o juiz não pode ter em conta factos que impliquem alteração substancial dos factos descritos na acusação e na pronúncia. Mas agora passou a ser-lhe também vedada qualquer solução de “extinção da instância”. Assim, não podendo os factos novos dar origem a novo processo se não forem susceptíveis de relevância criminal autónoma (cf. n.º 2 do artigo 359.º), tem de aceitar-se que o legislador optou por admitir a impunidade (pelo menos a não consideração da sua qualificação criminal típica ou relevância qualificativa específica; faz-se esta ressalva porque o despacho recorrido admitiu que esses factos possam ser valorados na sentença “com o valor de circunstância geral agravante”, aspecto que não cumpre aqui apreciar) de factos que podem ter por efeito, segundo a noção legal de “alteração substancial dos factos”, a imputação ao arguido de um crime diverso ou a agravação dos limites máximos das penas aplicáveis (cf. alínea f) do artigo 1.º do CPP).

As razões desta opção do legislador pelo prosseguimento do julgamento, com a vinculação temática resultante da acusação (ou da pronúncia) e consequente sacrifício parcial do conhecimento da verdade material, são expostas na exposição de motivos da proposta de Lei n.º 109/X, elaborada pela Unidade de Missão, ao consignar que: «[n]o âmbito da alteração substancial de factos, introduz-se a distinção entre factos novos autonomizáveis e não autonomizáveis, estipulando-se que só os primeiros originam a abertura de novo processo (artigo 359.º). Trata-se de uma decorrência dos princípios *non bis in idem* e do acusatório, que impõem, no caso de factos novos não autonomizáveis, a continuação do processo sem alteração do respectivo objecto ...».

Posto isto, vejamos a questão de constitucionalidade colocada.

9 — O despacho recorrido não tratou de identificar o parâmetro constitucional com que confrontou o novo regime jurídico a que recusou aplicação, isto é, a fundamentação da recusa não contém uma precisa referência às disposições da Constituição ou aos princípios nela consignados que se consideraram violados. No despacho mobiliza-se um discurso globalizante que, quanto aos bens jurídicos supostamente desprotegidos pelo novo regime legal (v. gr. o direito à vida, à integridade física, à reserva da vida privada), excede manifestamente o âmbito de aplicação da norma à situação processual concreta, em que somente entra em crise a qualificação de um crime contra o património.

Com efeito, o arguido Jean Halin Viegas estava acusado, entre o mais, da prática de factos susceptíveis de integrar a prática de um crime de furto, previsto e punível pelo artigo 203.º, n.º 1 do Código Penal (conjunto de factos identificados na acusação sob n.º 1205/06. 6PBFAR). Em audiência, de acordo com o despacho recorrido, terão surgido indícios de que, para furtar o motociclo, o arguido arrancou o canhão da fechadura da garagem e descarnou os fios da fechadura eléctrica, tendo acedido ao interior da garagem e da lá retirado e levado consigo o motociclo. Esta nova factualidade conduziria a que a conduta do arguido consubstanciasse, segundo o mesmo despacho, a prática de um crime de furto qualificado, previsto e punível pelas disposições conjugadas dos artigos 203.º, n.º 1, 204.º, n.º 2, alínea e) e 202.º, alínea d) todos do Código Penal, com crime punível com uma penalidade mais gravosa, nos seus limites mínimo e máximo do que a pena prevista para o crime de furto de que o arguido estava acusado.

Consequentemente — sempre de acordo com a apreciação dos factos e do direito ordinário constante do despacho recorrido, matéria em que não cabe a este Tribunal interferir — o que estava em causa era uma acusação por crime de furto simples (punível com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa) que, por virtude da alteração substancial dos factos ocorrida em audiência de julgamento, poderia ser reconduzida a uma situação de furto qualificado (punível com pena de prisão de 2 a 8 anos).

É esta realidade ou dimensão applicativa concreta — e apenas ela — que se terá em consideração na ponderação subsequente.

10 — Como as referências contidas na transcrição do Acórdão n.º 237/2007 deixam entrever, o problema da alteração, em fase de julgamento, dos factos descritos na acusação ou na pronúncia é um ponto de convergência e tensão entre os princípios do acusatório e do contraditório, por um lado, e os princípios da legalidade da acção penal, da verdade material e da celeridade processual, por outro. Mediante o novo regime, o legislador optou por conferir mais intensa realização ao princípio do acusatório, com possível sacrifício da verdade material e da legalidade. Factos que, se incluídos no objecto do processo, teriam como consequência a agravação da responsabilidade do arguido, mas que não constam da acusação ou da pronúncia, ficam definitivamente excluídos de perseguição penal, pelo menos quanto à sua relevância criminal específica de agravamento abstracta dos limites da pena.

Não pode, todavia, dizer-se que isso conduza à desprotecção penal dos correspondentes bens jurídicos. Por definição, não se trata de factos susceptíveis, por si só, de fundamentar uma incriminação autónoma em face do objecto do processo. Pelo contrário, estes factos que ficarão definitivamente impunes formam com os constantes da acusação (ou

da pronúncia, quando a houver) uma tal unidade de sentido que não permitiria a sua autonomização. Dito de outro modo, o que fica fora do âmbito de consideração na sentença e, por essa via, escapa definitivamente à sanção penal, são circunstâncias modificativas especiais que nunca teriam relevância suficiente para sustentar um processo à parte. O que só pode significar que o bem jurídico nuclear susceptível de justificar a incriminação encontra ainda o mínimo de protecção penal, sendo apenas escamoteados alguns concretos factores de intensificação dessa protecção.

Ora, no Estado de direito democrático, a busca da verdade material e a realização do programa punitivo constante das normas incriminadoras só pode ter lugar com respeito pelas regras e princípios do processo penal. Mesmo que se entenda, como no acórdão n.º 237/2007 se entendeu, que ainda seria compatível com as exigências constitucionais decorrentes do princípio do acusatório e da proibição do princípio *ne bis in idem* uma solução normativa que, perante o impasse decorrente da oposição do arguido à extensão do objecto do processo aos factos novos não autonomizáveis, permitisse a extinção da instância e o retomar do processo, de modo a possibilitar a submissão do arguido a julgamento pela totalidade da conduta penalmente relevante, sempre caberá na discricionariedade legislativa a opção pela solução mais exigente para a acusação ou mais protectora da segurança ou da paz jurídica do arguido, que é também aquela que realiza de modo mais intenso os princípios inscritos no n.º 5 do artigo 29.º e no n.º 5 do artigo 32.º da Constituição.

Efectivamente, o problema central do objecto do processo penal é o da procura do equilíbrio entre o interesse público da aplicação do direito criminal, mediante a eficaz perseguição dos delitos cometidos, e o direito impostergável do arguido a um processo penal que assegure todas as garantias de defesa. Assim, “a identidade do objecto do processo não poderá definir-se tão rígida e estreitamente que impeça um esclarecimento suficientemente amplo e adequado da infracção imputada e da correlativa responsabilidade, mas não deverá também ter limites tão largos ou tão indeterminados que anule a garantia implicada pelo princípio acusatório e que a definição do objecto do processo se propõe justamente realizar” (Castanheira Neves, *Sumários Criminais*, apud M. Simas Santos e M. Leal Henriques, *Código de Processo Penal*, II vol., p. 413). Ora, ao privilegiar as máximas da *identidade* (o objecto do processo deve manter-se idêntico da acusação à sentença definitiva) e da *consumção* (a decisão sobre o objecto do processo deve considerar-se como tendo definido juridico-criminalmente a situação em tudo o que podia e devia ser conhecido) e a celeridade, sobrelevando a segurança e a paz jurídica do arguido relativamente à busca da verdade material, o legislador ordinário não rompeu de modo manifesto esse equilíbrio, movendo-se no espaço de discricionariedade legislativa constitucionalmente consentido.

Aliás, importa notar que só poderia colocar-se de modo sustentável a hipótese de a norma em causa ser censurada por violação das normas constitucionais invocadas no despacho recorrido, designadamente dos artigos 17.º, 18.º e 62.º da Constituição, se da Constituição decorresse, não só uma imposição de criminalização que tutele penalmente o direito de propriedade, mas também uma imposição de assegurar a punição agravada em função das circunstâncias qualificativas do ilícito correspondente. Violação ainda assim indirecta, pois que a desprotecção não resultaria do direito substantivo mas do regime processual relativo a anomalias ou vicissitudes que conduzam à não realização integral do programa punitivo por aquele definido.

Ora, mesmo para quem entenda que, do princípio do Estado de direito ou, mais imediatamente, do dever de protecção dos direitos e liberdades fundamentais como tarefa fundamental do Estado [alínea b) do artigo 9.º da Constituição], pode decorrer a imposição de criminalização daquelas condutas que atentem contra os valores essenciais à ordem comunitária constitucionalmente estabelecida, sempre haverá uma ampla margem de liberdade na concretização dessa tutela penal pelo legislador e na conformação dos instrumentos processuais para lhe assegurar efectividade. O âmbito da legitimidade criminalizadora e o de imposição de criminalização, embora sendo questões relacionadas e tendo que decorrer dos mesmos princípios constitucionais, não se sobrepõem. Os deveres de protecção são sempre mediatizados pela lei, tendo o legislador uma larga margem de liberdade de avaliação, de modo que só casos de “más avaliações patentes” podem ser alvo de censura pelos tribunais (Maria Conceição Ferreira da Cunha, «*Constituição e Crime*» — *Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, p. 299). E, como salienta o Ministério Público, no contexto da decisão recorrida não poderá dizer-se que a norma recusada implicaria ausência total de tutela penal do direito de propriedade uma vez que sempre subsistiria a possibilidade de condenação pela prática do furto simples, forma menos grave mas mesmo assim protectora do aludido direito.

Por outro lado, também não pode afirmar-se que, com a solução normativa em causa, a “qualificação de um dado comportamento criminoso fica dependente de uma decisão unilateral de um órgão do Estado (o Ministério Público) ou, o que é particularmente grave, do mero acaso”.

Pelo menos, essa será uma contingência inerente ao sistema processual penal que não se vê que normas ou princípios constitucionais viole.

A circunstância de os factos novos não autonomizáveis surgirem para o processo apenas na fase de julgamento tanto poderá resultar de opção ou de incuria do titular da acção penal ou dos órgãos de polícia criminal, como de vicissitudes da investigação que estes não tenham podido dominar (confissão do arguido, novas declarações de testemunhas ou do ofendido, meios de prova até então desconhecidos, etc.) O inexorável sacrifício parcial do conhecimento da verdade material que daí decorre é consequência comportável — embora não necessária ou inevitável — da “orientação para a defesa” do processo penal e da posição diferenciada dos sujeitos processuais, designadamente a que decorre da estrutura acusatória do processo. Que o consequente *deficit* de realização do direito penal substantivo seja o resultado de opções ou contingências da actuação do Ministério Público (e dos órgãos de polícia criminal na fase em que o Ministério Público dirige o processo) é inerente ao modelo de processo penal e de separação funcional das magistraturas que decorre da Constituição. É certo que em audiência se revelarão factos, relevantes sob a perspectiva da prossecução das finalidades do processo penal da verdade material e da defesa dos interesses colectivos, cuja desconsideração definitiva poderá comportar desvio objectivo ao princípio da legalidade da promoção da acção penal. Mas só um repudiado modelo inquisitório, que deixasse até ao último momento em aberto o objecto do processo, seria eficaz para evitar totalmente esse risco. No processo de estrutura acusatória, as funções de acusador e de julgador haverão de ser exercidas por órgãos diferenciados e autónomos, e o julgador, nos quadros da dialéctica processual decorrente do próprio princípio do acusatório, sempre haverá de estar confinado ao solutionamento da questão penal tal como ela lhe é proposta pelo Ministério Público ou pela parte acusadora privada. A opção do legislador que está em análise, ainda que não fosse a única compatível com a Constituição (recorde-se o acórdão n.º 237/2007), coaduna-se com a qualidade do Ministério Público como *titular da acção penal*, ao qual compete deduzir a pretensão punitiva do Estado e assumir a correspondente responsabilidade funcional pelos termos desse exercício (artigo 219.º, n.º 1, da Constituição).

Improcedem, pois, tendo em conta o objecto do recurso tal como foi delimitado, os fundamentos com base nos quais o despacho recorrido recusou a aplicação da norma em causa, pelo que se conclui pela não inconstitucionalidade da norma do artigo 359.º do Código e Processo Penal, na redacção resultante da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, interpretada no sentido de que, perante uma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, resultante de factos novos que não sejam autonomizáveis em relação ao objecto do processo — opondo-se o arguido à continuação do julgamento pelos novos factos —, o tribunal não pode proferir decisão de extinção da instância em curso e determinar a comunicação ao Ministério Público para que este proceda pela totalidade dos factos.

III — **Decisão.** — Pelo exposto, decide-se conceder provimento ao recurso, devendo a decisão recorrida ser reformada de acordo com o juízo de não inconstitucionalidade agora formulado.

Sem custas.

Lisboa, 21 de Abril de 2008. — *Vitor Gomes* — *Ana Maria Guerra Martins* — *Carlos Fernandes Cadilha* — *Maria Lúcia Amaral* (com declaração) — *Gil Galvão*.

Declaração de voto

1 — Votei a decisão, embora com dúvidas só supríveis por um melhor estudo que a pressão do tempo me impediu de realizar.

Tenho, antes do mais, dúvidas quanto a metodologia seguida na delimitação do objecto do recurso.

Diz-se, a este propósito, que o despacho recorrido não tratou de identificar o parâmetro constitucional com que confrontou o novo regime jurídico (...) [mobilizando antes] um discurso globalizante (...) quanto aos bens jurídicos supostamente desprotegidos pelo novo regime legal” pelo que excedeu — quanto à invocação do mesmo parâmetro — “manifestamente o âmbito de aplicação da norma à situação processual concreta, em que somente entra em crise a qualificação de um crime contra o património”.

Esta delimitação do objecto do recurso é determinante para a obtenção do juízo visto que ele surge fundado, como também se diz, apenas “na realidade ou dimensão aplicativa concreta” do parâmetro a aplicar.

Duvido, porém, que ainda aqui se esteja perante uma delimitação do objecto do recurso. Que tal delimitação *deva operar* sobre o objecto do juízo é evidentemente inquestionável; mas o que me parece de questionar é que se entenda que ela *pode* (também e ainda) *abranger o parâmetro do juízo*, de modo a que o Tribunal possa reduzir tal parâmetro à sua “realidade ou dimensão aplicativa concreta”.

A Constituição é só uma e é sempre a mesma, tanto em fiscalização concreta quanto em fiscalização abstracta; e o Tribunal existe para interpretar, ou seja, para administrar a justiça em matérias jurídico-constitucionais. Como compatibilizar a unidade da Constituição (e a integridade do seu sistema de normas) com uma metodologia de delimitação do objecto do recurso que inclui também a redução do parâmetro de juízo à “sua dimensão aplicativa concreta”?

2 — Depois, tenho dúvidas quanto ao juízo de não inconstitucionalidade que foi proferido.

É certo que a pergunta que a decisão recorrida colocava ao Tribunal — por vaga e imprecisa que fosse a sua formulação — dizia respeito ao *deficit de protecção* de direitos e liberdades pessoais. Pretendia-se saber, afinal, se a norma processual em juízo assegurava *suficientemente* a protecção necessária de bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

Creio, porém, que além deste problema (cuja complexidade é reduzida pela delimitação do objecto do recurso) se colocava ainda um outro, com ele conexo.

A doutrina aborda este segundo problema quando fala de um “mandado [constitucional] de esgotante apreciação de toda a matéria tipicamente ilícita submetida à cognição do Tribunal num certo processo penal”, mandado esse decorrente do princípio *ne bis in idem*, que torna afinal decisiva a determinação do que seja “o mesmo crime” (Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2.ª ed., p. 978).

Tenho pois dúvidas quanto à questão — central — de saber se, no caso, se cumpriu este mandado constitucional. — *Maria Lúcia Amaral*.

Acórdão n.º 231/2008

Processo n.º 337/06

Acordam na 3.ª Secção do Tribunal Constitucional

I — Relatório

1 — EP — Estradas de Portugal, E. P. E., expropriante no processo de expropriação por utilidade pública que a opõe aos expropriados Sandra Maria da Silva Ribeiro e Domingos Salgado Alves, interpôs recurso para o Tribunal Constitucional, ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro (LTC), do acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães que manteve a sentença que considerara que, no cálculo da indemnização por expropriação de uma parcela de terreno em que estava implantado um edifício de habitação, se incluem os montantes correspondentes à penalização que os expropriados tiveram de suportar em consequência da liquidação antecipada e à perda de bonificação de juros de um empréstimo bancário contraído para a construção da casa, bem como ao custo de registos e os emolumentos para aquisição de nova casa e despesas de mudança.

2 — Prosseguindo o recurso, o expropriante apresentou alegações em que concluiu nos termos seguintes:

“1.ª Do princípio constitucional da justa indemnização decorre, para o legislador, a necessidade de, ao definir os respectivos critérios de cálculo, tomar em consideração, quer a “*vertente do interesse público*” quer o “*princípio da igualdade de encargos*” entre os cidadãos.

2.ª O critério fixado no Código das Expropriações para alcançar a compensação integral do sacrifício patrimonial infligido aos expropriados e para garantir que estes, em comparação com outros cidadãos, não sejam tratados de modo desigual e injusto, é o valor real e corrente do bem (artigo 23.º do CE/99) — também designado valor venal, valor comum ou valor de compra e venda do bem expropriado, entendido não em sentido estrito ou rigoroso, mas sim em sentido normativo.

3.ª A observância do “*princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos*” na expropriação por utilidade pública exige que esta seja acompanhada de uma indemnização integral ou de uma compensação total do dano infligido ao expropriado, em termos de o colocar na posição de adquirir outro bem de igual natureza e valor.

4.ª A teoria da substituição funciona apenas em “sentido figurado” ou “abstractamente”, já que o sujeito expropriado não pode ser indemnizado do conjunto das despesas reais e concretas que tiver de fazer para readquirir um bem do mesmo tipo ou qualidade daquele de que se viu privado;

5.ª Isto mesmo se consagra no artigo 23.º, n.º 1, do actual Código das Expropriações, ao impor que a justa indemnização visa «ressarcir o prejuízo que para o expropriado advém da expropriação, correspondente ao valor real e corrente *do bem*» (sublinhado nosso);

6.ª Assim, ao contrário do que se sustentou no duto acórdão em crise, não integram o conceito de justa indemnização as quantias alegadamente gastas pelos expropriados por «circunstâncias relacionadas com o empréstimo» concedido para aquisição da construção implantada na parcela, bem como os custos com «eventuais registos e emolumentos a

despender com a aquisição de uma nova residência e, bem assim, com os custos derivados da mudança de residência».

7.ª É inconstitucional a norma contida no n.º 1 do artigo 23.º do Código das Expropriações (1999), quando interpretada no sentido de incluir na justa indemnização o conjunto das despesas reais e concretas que o expropriado tiver de fazer para readquirir um bem do mesmo tipo e qualidade daquele de que se viu privado.

Termos em que, deverá dar-se provimento ao presente recurso, devendo o acórdão recorrido ser reformado em conformidade com o juízo de inconstitucionalidade da norma contida no n.º 1 do artigo 23.º do Código das Expropriações (1999), quando interpretada no sentido de incluir na justa indemnização o conjunto das despesas reais e concretas que o expropriado tiver de fazer para readquirir um bem do mesmo tipo e qualidade daquele de que se viu privado, assim se fazendo justiça!

Os expropriados também alegaram, tendo concluído nos seguintes termos:

“1.ª O disposto no artigo 23.º n.º 1 do C. E. tem de ser interpretado à luz do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13 da C.R.P.

II.ª A luz deste princípio e na sua vertente da relação externa da expropriação, deve a indemnização por expropriação ser fixada num montante tal que impeça um tratamento desigual entre os expropriados e os não expropriados

III.ª A observância do mesmo princípio, quanto à igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, exige que a expropriação seja acompanhada de uma indemnização integral do dano sofrido.

IV.ª Assim a única interpretação constitucionalmente admissível para o artigo 23 n.º 1 do Código de Expropriações é a que aplicando o dito princípio de igualdade inclui no prejuízo suportado pelo Expropriado também as despesas que este terá para adquirir um bem de igual natureza e qualidade.

V.ª O conceito de “justa indemnização” tem uma abrangência muito maior do que aquela que o limita à ideia de uma mera substituição de um bem pelo seu valor real e corrente.

VI.ª É dominante na doutrina sobre expropriações o entendimento de que a reposição da situação patrimonial dos Expropriados, só se verificará na situação de a indemnização englobar, além do valor de mercado do bem expropriado, também, o ressarcimento de outros prejuízos patrimoniais causados directa e necessariamente pela expropriação na esfera jurídica patrimonial dos expropriados (desvalorização da parte sobrança, etc.) e, ainda, as despesas necessárias para substituir o bem expropriado por outro equivalente

VII.ª Constitui imperativo constitucional, consagrado no C.E. e, ainda, na doutrina mais autorizada, ressarcir-se os Expropriados de todos os prejuízos e despesas, sofridos pela expropriação, de modo a ficarem numa situação semelhante à que possuíam antes de terem sido afectados com a expropriação.

VIII.ª O critério do valor de mercado contempla, apenas, o valor que seria necessário despender para adquirir um bem semelhante, esquecendo a perspectiva dos expropriados, que terão de suportar uma série de despesas para substituir o bem que lhe foi subtraído.”

II — Fundamentos

3 — Recordemos o essencial do litígio, no que respeita ao problema em que se insere a questão de constitucionalidade.

Num processo de fixação da indemnização por expropriação por utilidade pública de uma parcela em que estava implantada uma casa, os expropriados pediram que o montante indemnizatório incluísse, a mais do valor do bem, o correspondente a outros prejuízos que imputam ao acto expropriativo, a saber: os montantes que tiveram de suportar em consequência da perda da bonificação do juro e da liquidação antecipada de um empréstimo que haviam contraído para a construção da casa, bem como os custos de registo e emolumentos para aquisição de uma nova casa e as despesas inerentes à mudança de residência. O tribunal de 1.ª instância, perfilhando o entendimento de que a observância do princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos exige que a expropriação por utilidade pública seja acompanhada por uma compensação integral do dano infligido ao expropriado, acolheu esta pretensão, incluindo no cômputo da indemnização uma parcela de € 2.678,39, a título de despesas acrescidas com a liquidação do empréstimo (despesas comprovadas), e outra de € 10.000, para cobrir os custos de registos e emolumentos relacionados com a aquisição de uma nova casa e as despesas com a mudança de residência (calculados segundo juízos de experiência comum).

O expropriante sustentou, em recurso para a Relação, que essas quantias não integram o conceito de “justa indemnização” por expropriação, sendo inconstitucional por violação dos princípios constitucionais da igualdade (artigo 13.º da CRP) e da justa indemnização (n.º 2 do artigo 62.º da CRP), a norma do n.º 1 do artigo 23.º do Código das Expropriações, quando interpretado no sentido de incluir na indemnização o