

SOBRE O REGIME DA ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DE FACTOS NÃO AUTONOMIZÁVEIS, NA FASE DE INSTRUÇÃO*

IVO MIGUEL BARROSO

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Os factos não autonomizáveis a adicionar são “*insusceptíveis de valoração jurídico-penal separados do objecto do processo em que foram descobertos*”¹.

Isoladamente, o elemento – uma circunstância modificativa agravante, o dolo do agente, a consumação do resultado, ... – é insusceptível de fundamentar qualquer crime.

Por si só, não pode constituir objecto de um processo penal autónomo, asserção válida tanto quanto à fase de instrução, como quanto à fase de julgamento.

Como refere o S.T.J., em Acórdão de 28 de Janeiro de 1993, “*não é possível a cisão dos factos sob pena de os tornar irrelevantes e não se poder valorar o comportamento do arguido, o que é inaceitável, do prisma da própria valoração jurídico-social do comportamento*”² (por exemplo, o caso cumplicidade – autoria).

* Trecho de IVO MIGUEL BARROSO, *Objecto do processo penal*, 1.ª edição, AAFDL, Lisboa, 2013 (no prelo).

¹ MARQUES FERREIRA, *Da alteração dos factos objecto do processo penal*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, fascículo 2, 1991, pg. 235.

² In *Direito Processual Penal Jurisprudência, casos práticos e exames*, FREDERICO ISASCA, SPB, Lisboa, 1994, pg. 249.

1. Até 2007, havia uma lacuna no artigo 303.º, n.º 3, do CPP – que havia sido uma alteração de última hora na Comissão Revisora, introduzida em doutrina diferente da que resulta dos números anteriores³ –, relativamente a estes factos não autonomizáveis e diversas soluções doutrinárias possíveis⁴.

³ FIGUEIREDO DIAS, *Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal*, in *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*. Centro de Estudos Judiciários, Almedina, 1997 (publicado originalmente em 1988), pg. 17.

A proposta do Anteprojecto do Professor FIGUEIREDO DIAS veio a ser rejeitada em sede de Comissão Revisora, na altura da elaboração do Código, no art. 303.º, n.º 3, alteração de última hora, “em doutrina diferente da que resultava dos números anteriores e que parcialmente a limita” (FIGUEIREDO DIAS, *Sobre os sujeitos...*, pg. 17), com a seguinte fundamentação:

Seria vantajosa e eficiente do ponto de vista pragmático, mas feriria o princípio do acusatório. Seria excessiva a inexistência de qualquer vinculação temática em relação ao juiz de instrução, por a sua intervenção ser apenas possível a requerimento das partes (assistente e arguido). Seria preferível abrir novo inquérito, a fim de proceder contra possíveis crimes diversos, do que aproveitar o inquérito já efectuado. Deste modo se possibilitaria uma melhor fundamentação da acusação.

O Presidente da Comissão Revisora, FIGUEIREDO DIAS, mesmo após ter cedido, reconhece que a solução que defendera era “vantajosa e eficiente do ponto de vista pragmático e economicista”. No entanto, feriria o princípio do acusatório (in *Sobre os sujeitos...*, pg. 17).

⁴ Neste terceiro estudo citado (*Algumas reflexões sobre o regime da alteração substancial de factos não autonomizáveis, na fase de instrução*, in IDEM, *Estudos sobre o objecto do processo penal*, Vislis, Lisboa, 2003, pgs. 215-235), damos conta de outras soluções possíveis, criticamente (repetição do inquérito; absolvição da instância e instauração de novo inquérito; suspensão da instância; anulação do processado; estas soluções conduziram à organização de um novo processo).

Havia também a opinião algo intermédia de JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA: a dedução da acusação implica uma vinculação meramente “*quoad facta*”, isto é, apenas delimitaria a matéria probatória sobre a qual a função jurisdicional deve operar (JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *O caso julgado parcial. Questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória*, Tese apresentada à Universidade Católica Portuguesa para obtenção do grau de doutor em Direito, Ciência Jurídicas, diss., Publicações Universidade Católica, Porto, 2002, pgs. 167-168, 170)

Do lado oposto, havia a tese da preterição absoluta de conhecimento dos factos novos. Porém, esta teoria era “*minoritária na Doutrina e não tinha qualquer expressão jurisprudencial*” (neste último sentido, cfr. NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 18, números 1 e 2, Abril-Setembro de 2008, pg. 247).

Cfr. também, criticamente sobre as diversas soluções, PAULO DE SOUSA MENDES, *O regime da alteração substancial de factos no processo penal*, in *Que futuro para o Direito Processual Penal. Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coordenação de MÁRIO FERREIRA MONTE (Dir.) / MARIA CLARA CALHEIROS / FERNANDO CONDE MONTEIRO / FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, Escola de Direito da Universidade do Minho, Coimbra Editora, 2009, pgs. 761-764; todavia, o Autor não refere a nossa proposta). V. também sobre as soluções anteriormente a 2007, desenvolvidamente, HENRIQUE SALINAS, *Os limites objectivos do ‘ne bis in idem’*, dissertação de doutoramento, Universidade Católica Portuguesa, Fevereiro de 2012, Cap. III, § 13, 2.2.1.1 (cfr. ainda JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, *Alteração substancial de factos em processo penal*, n.º 9; JOÃO GOUVEIA DE CAIRES, *Esquema desenvolvido sobre o objecto do processo*, FDUL, 2008/2009, pgs. 12-14; DIOGO CALADO, *A alteração de factos subsumível em tipo de crime alternativo: ponderação de um regime especial*, Fevereiro de 2012, 3.2).

A inclinação de uma parte significativa da Doutrina e da Jurisprudência maioritária ia no sentido da absolvição da instância.

2. Porém, a solução que era maioritária, para o regime de alteração substancial de factos não autonomizáveis, na fase de instrução (: a suspensão da instância), não mereceu o acolhimento do Conselho da Unidade de Missão para a Reforma Penal.

Assim, uma outra solução⁵ viria a ser objecto de proposta de alteração por aquele órgão, tendo tido consagração final na Reforma de 2007⁶⁻⁷.

FREDERICO ISASCA defendia a suspensão da instância (in *Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português*, diss., 2.^a ed. (reimpressão), Almedina, Coimbra, 1999, pp. 182 ss.). Esta solução foi caucionada pelo TC, embora em sede de fiscalização concreta, no Acórdão n.º 237/2007:

A absolvição 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 pudesse proceder pela totalidade dos factos (os constantes da acusação e os factos novos não autonomizáveis) não foi julgada inconstitucional pelo TC, neste Acórdão n.º 237/2007 (disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070237.html>).

O aresto considerou “*pacífico o entendimento de que a repetição de julgamentos, na sequência da anulação de julgamento anterior, mesmo que este tenha terminado por decisão de mérito, não viola o (...) princípio constitucional*” do “*ne bis in idem*” (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 237/2007, 2.3):

Havendo “*uma substituição do objecto do processo (por adição ou sobreposição dos novos factos aos factos constantes da acusação) e de que, face a este objecto, surgiu um impedimento à prolação de decisão de mérito, assimilável a uma excepção dilatória: não ter sido ainda exercitado o direito de defesa do arguido nem pretender este exercê-lo no âmbito do julgamento em curso*” (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 237/2007, 2.3).

O tribunal não chegou a proferir nenhuma ‘*decisão definitiva*’ relativamente aos “factos novos” (cfr. 2.3). “*a referência aos “factos julgados provados” representa um mero “juízo provisório e condicional”*” (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 237/2007, 2.3).

“*a comunicação desses factos visa justamente propiciar ao arguido a possibilidade de oferecer prova destinada a infirmá-los*” (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 237/2007, 2.3).

Essa solução não violaria as exigências constitucionais decorrentes do princípio do acusatório, do direito a um processo equitativo, do direito a uma decisão em prazo razoável e da proibição do princípio “*ne bis in idem*” (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 237/2007, 2.4 e 2.3).

Assim a norma constante do n.º 1 do art. 359.º do CPP, 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, não era inconstitucional (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 237/2007, n.º 3).

JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA optava por uma “*media via*”: aproximando-se das soluções “*puras*” de preterição dos factos novos, considerava que, havendo factos incindíveis, “*o princípio da exaustão ou mesmo da diligência devida no momento do apuramento dos factos preclui qualquer “conhecimento posterior”*” (JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, ‘*Ne bis in idem*’ e exercício da acção penal, in *Que futuro para o Direito Processual Penal. Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coordenação de MÁRIO FERREIRA MONTE (Dir.) / MARIA CLARA CALHEIROS / FERNANDO CONDE MONTEIRO / FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, Coimbra Editora, 2009, pg. 577). Todavia, o Autor sempre ressaltava que outra coisa sucederia, caso a base probatória fosse diferente (IDEM, *ibidem*).

⁵ A autoria material desta solução terá sido do Professor PAULO DE SOUSA MENDES, que já defendera essa tese antes e era um dos membros daquele órgão.

⁶ O Coordenador do Conselho da Unidade de Missão para a Reforma Penal, RUI PEREIRA, viria a declarar a sua concordância com esta solução, considerando o seguinte:

“*Trata-se de uma decorrência dos princípios ‘ne bis in idem’ e do acusatório, que impõem, no caso de factos novos não autonomizáveis, a continuação do processo sem alteração do respectivo objecto*” (RUI PEREIRA, Entre o

“garantismo” e o “securitarismo”. A Revisão de 2007 do Código de Processo Penal, in *Que futuro para o Direito Processual Penal. Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coordenação de MÁRIO FERREIRA MONTE (Dir.) / MARIA CLARA CALHEIROS / FERNANDO CONDE MONTEIRO / FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, Coimbra Editora, 2009, pg. 263).

Alguma Doutrina concordou com a solução, designadamente PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal. À luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, art. 303.º, Rn. 14; HENRIQUE SALINAS, *Os limites objectivos do ‘ne bis in idem’*.

Considerando que a omissão do facto não autonomizável nem sempre se deve a incúria do Ministério Público e, aparentemente, concordando com a solução legal encontrada, pautada pela celeridade processual, cfr. RAFAEL SILVA ALMEIDA, *Alteração substancial de factos*, diss. inédita, policopiada, Universidade Lusíada do Porto, Faculdade de Direito, 2012, Cap. III, 2.3.2, pg. 129-130.

⁷ a) Há, porém, alguma Doutrina que mantém algumas das posições defendidas anteriormente, mesmo após a redacção decorrente da Reforma de 2007, a título de interpretação da lei.

GERMANO MARQUES DA SILVA considera que, havendo alteração substancial de factos não autonomizáveis, isso “*implica a anulação da acusação e remessa do processo para a fase do Inquérito para ser completado. É isto que quer significar a parte final do n.º 3 do artigo 303.º*” (in *Um olhar sobre o projecto e o acordo político para a revisão do Código de Processo Penal*, in *JulgAR*, n.º 1, Janeiro-Abril, pg. 148).

JOÃO DE GOUVEIA CAIRES considera que a solução deve passar pelo seguinte: um critério geral e adaptação perante cada grupo de casos (JOÃO GOUVEIA DE CAIRES, *Esquema desenvolvido sobre o objecto do processo*, policopiado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008/2009, pgs. 14-18).

As “adaptações” poderiam fazer com que a verdade material apurada fosse tido em conta. Por exemplo, a decisão de pronúncia por homicídio simples, quando vieram a lume factos que indiciam um homicídio qualificado, corresponderia a “uma ficção forçada da verdade” (JOÃO GOUVEIA DE CAIRES, *Esquema desenvolvido sobre o objecto do processo*, FDUL, 2008/2009, pg. 15).

O Autor considera também que o objecto do processo não está fixado (pgs. 15-16) (o que é verdade) e que não há uma separação absoluta entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal (pg. 16).

Assim, o Autor conclui que, havendo insuficiência de inquérito, pois este não abrangeu todos os factos em conjunto. Neste caso, dever-se-ia “*regressar ao inquérito no âmbito do processo penal pendente para conhecer todos os factos em conjunto*” (JOÃO GOUVEIA DE CAIRES, *Esquema desenvolvido sobre o objecto do processo*, FDUL, 2008/2009, pg. 16).

Também DIOGO CALADO considera que “*a Reforma de 2007 apenas ditou um atestado de óbito à tese da absolvição da instância, continuando as outras, em abstracto ainda válidas e defensáveis*”, designadamente a tese da anulação do processado (DIOGO CALADO, *A alteração de factos subsumível em tipo de crime alternativo: ponderação de um regime especial*, 6.1). “*A acusação deverá ser cominada com o desvalor da nulidade (artigo 120.º, n.º 2, alínea d)) por ter sido proferida, com insuficiência de inquérito. Logo, esta nulidade deverá ser declarada pelo juiz, logo que se aperceba da insuficiência de que padeceu o inquérito*” (DIOGO CALADO, *A alteração de factos subsumível em tipo de crime alternativo: ponderação de um regime especial*, 6.1). E então, aí, “*os actos passam a considerar-se inválidos ordenando o juiz, sempre que necessário, a sua repetição (...)*” (cfr. artigo 122, n.º 2).

Com o devido respeito, discordamos da aplicação do art. 120.º, n.º 2, al. d), relativa à nulidade por “*insuficiência da instrução*”, pois a Reforma de 2007 restringiu expressamente o âmbito da nulidade, exarando que a instrução só será insuficiente, se nela não tiverem sido praticados actos legalmente obrigatórios (o que só abrange, por agora, quanto a requerimentos de prova, o interrogatório do arguido quando por ele solicitado (artigo 292.º, n.º 2)). Em todo o caso, esta solução que já era maioritária na Jurisprudência anterior à Reforma de 2007 (cfr. NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 18, números 1 e 2, Abril-Setembro, pg. 237).

Porém, DIOGO CALADO tem uma posição matizada, considerando que nem sempre se regista insuficiência de inquérito; não adoptando, pois, esta tese para todos os casos de factos não autonomizáveis (cfr. DIOGO CALADO, *A alteração de factos subsumível em tipo de crime alternativo: ponderação de um regime especial*, 6.1). Por exemplo, haverá insuficiência, “*quando o acervo factual apurado, não seja sequer suficiente para*

2.1. A nossa discordância “*de jure condito*” relativamente aos Autores que, mesmo após a Reforma de 2007, continuam advogar a tese da “anulação do processado”, não significa que a solução que ficou consagrada não seja passível de críticas, no plano “*de jure condendo*”; conforme já havíamos defendido no terceiro estudo que empreendemos, publicado no início do ano de 2003.

Com efeito, a solução da Reforma foi adoptada em “contra-corrente”, pois não era a da opinião maioritária na Doutrina e na Jurisprudência, como se aludiu. “*Num golpe de mágica, (...) a reforma de 2007 mudou o paradigma: ordena-se o prosseguimento do processo sem valorar os factos novos*”⁸.

uma condenação, que é precisamente o que ocorre nas situações de alterações de factos subsumíveis em tipo de crime alternativo” (uma vez que o Autor considera que a alternatividade é um facto não autonomizável) (DIOGO CALADO, *A alteração de factos subsumível em tipo de crime alternativo: ponderação de um regime especial*, 6.1).

b) Com o devido respeito, as posições aludidas não têm apoio mínimo no elemento literal. “*Dura lex, sed lex*”. Por via de regra, a actividade de interpretação não pode fazer “tábua rasa” do que o Legislador consagrou inequivocamente (salvo, evidentemente, se se concluir pela inconstitucionalidade material do art. 303.º, n.º 3, conforme defenderemos adiante). Não nos parece curial ignorar o disposto na lei, tal como ela existe, sem qualquer fundamentação acrescida – que terá de ser suficiente para afastar uma solução legal expressa e inequívoca.

O significado da expressão (“*nem implica a extinção da instância*”) no contexto da instrução é o de que o juiz de instrução deverá proferir despacho de pronúncia ou de não pronúncia, ignorando os novos factos (não autonomizáveis). “*A referência à circunstância de a alteração não implicar a extinção da instância tem por objectivo impedir que o JIC se abstenha de proferir despacho (de pronúncia ou de não pronúncia), remetendo os autos para a fase de inquérito.*” (JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, *Alteração substancial de factos em processo penal*, n.º 10; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, pp. 760-763, NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 18, números 1 e 2, Abril-Setembro, p. 36).

A lei rejeitou, de forma expressa, a solução da extinção da instância, incluindo a absolvição da instância, bem como, literalmente, as soluções da suspensão da instância e da impossibilidade superveniente (PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE; esta posição tem sido acompanhada pela Jurisprudência: Acórdão do STJ, de 5 de Março de 2008, processo n.º 3259/07, números VII e IX do sumário; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 6 de Janeiro de 2009, processo n.º 9732/2008, n.º VII do sumário).

Todavia, conforme veremos adiante, essa rejeição legal não quer significar que, do ponto de vista da CRP, a título de integração de lacunas, todas essas soluções se encontrem totalmente proscritas.

Todavia, para defender a aplicabilidade de uma de tais soluções, é necessário defender um caminho metodológico diverso do da interpretação:

Esse caminho passa por considerar que o art. 303.º, n.º 3, é materialmente inconstitucional. Nesse sentido, haverá uma lacuna e, conseqüentemente um procedimento metodológico de integração dessa lacuna, que contemple essas soluções; soluções essas válidas sob o ponto de vista da “*Lex superior*” que é a CRP, face ao parâmetro infra-subordinado que é a norma constante do CPP.

⁸ JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, *Alteração substancial de factos em processo penal*, n.º 10.

Desse modo, com todo o devido respeito, parece-nos que houve, pelo menos, alguma arbitrariedade por parte do Legislador, cujas paixões ou equívocos acabou por sancionar, por necessidade de parte da sedenta ciência jurídica⁹.

Em nossa opinião, a solução consagrada no artigo 303.º, n.º 3, é excessivamente rígida e precoce na cristalização do objecto do processo¹⁰.

Com efeito, na instrução, embora a alteração do objecto do processo não suceda tão acentuadamente (o que sucede logicamente, pois é já operante a noção de alteração substancial dos factos), não deixa de haver alguma comunhão de fins, de princípios e de valores com o

⁹ Cfr. ANTONIO TRUYOL Y SERRA, *Escrito preliminar*, in [JULIUS HERMANN] VON KIRCHMANN, *La Jurisprudencia no es ciencia* [conferência de juventude, proferida em Berlim, em 1847], traducción y escrito preliminar de ANTONIO TRUYOL Y SERRA, 3.ª ed. espanhola, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pg. XV; conforme escreve também [JULIUS HERMANN] VON KIRCHMANN, na senda de PASCAL, in *La Jurisprudencia no es ciencia*, traducción y escrito preliminar de ANTONIO TRUYOL Y SERRA, 3.ª ed. espanhola, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pg. 38.

Parafraseando a célebre conferência de VON KIRCHMANN, “*a lei positiva é a arma sem vontade, submetida tanto à sabedoria do Legislador e quanto à sua paixão (...)*” ([JULIUS HERMANN] VON KIRCHMANN, *La Jurisprudencia no es ciencia*, pg. 27). A mobilidade da legislação implica que, “*de sacerdotisa da verdade*”, a lei positiva se converta “*em serva do azar, do erro, da paixão, da ausência de razão.*” ([JULIUS HERMANN] VON KIRCHMANN, *La Jurisprudencia no es ciencia*, pgs. 27-28). “*Em lugar do eterno ou do absoluto, o seu objecto é casual ou contingente.*” ([JULIUS HERMANN] VON KIRCHMANN, *La Jurisprudencia no es ciencia*, pg. 28).

Daí a célebre frase, aliás crítica do positivismo jurídico legalista:

“três palavras rectificadoras [“berichtigende”: correctivas, informativas, informadoras] do Legislador e bibliotecas inteiras tornam-se em papel para atirar para o lixo [“Makulatur”]” ([JULIUS HERMANN] VON KIRCHMANN, *La Jurisprudencia no es ciencia*, pg. 29).

¹⁰ Cfr. IVO MIGUEL BARROSO, *Algumas reflexões...*, pgs. 130-131.

inquérito¹¹, pelo que, podendo haver alteração substancial de factos, em nosso entender, deveria poder haver um enriquecimento do objecto do processo¹².

Nesse sentido, não formando a decisão instrutória caso julgado sobre questões que possam contender com a afirmação da responsabilidade penal do arguido em julgamento¹³, a solução preconizada não belisca nem o princípio da presunção de inocência, nem o princípio do acusatório, pois a decisão de reformulação da acusação ou o complementamento do acto acusatório seriam sempre da competência do Ministério Público¹⁴. Não haveria, pois, uma violação do princípio da acusação, pois ela proviria de uma autoridade legitimada para o efeito.

Todavia, em nosso entender, este tipo de alterações dos factos constantes da acusação deve ser tido como excepcional, pois a investigação deveria ter sido conduzida de forma exaustiva pelo Ministério Público, antes de a acusação ser deduzida¹⁵.

¹¹ No sentido do texto, considerando que “a instrução é, ainda, uma fase de investigação”, JORGE NORONHA E SILVEIRA, *Esquema de resolução de casos práticos*, in *Direito Processual Penal. Materiais de apoio às aulas práticas*, JORGE NORONHA E SILVEIRA / CECÍLIA SANTANA / CATARINA SÁ GOMES / INÊS FERREIRA LEITE, 2.^a ed., AAFDL, Lisboa, 2003, reimpressão de 2006, pg. 128.

Em sentido diverso, considerando que a instrução não deve ser concebida como “*suplemento investigatório*” ou “*um complemento da investigação*”, pois tal “*seria absolutamente incongruente com a repartição de funções entre a magistratura do Ministério Público e a magistratura judicial*”, cfr. NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, pgs. 229-230, 229.

Para o Autor, “*esta fase não deveria ser uma repetição do inquérito, nem uma antecipação do julgamento, mas apenas um instrumento de controlo judicial daquela ‘decisão’ com que a investigação é encerrada*” (NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, pg. 232).

No entanto, o Autor sempre reconhece que a instrução assumiu a forma de uma verdadeira “fase processual autónoma” no curso do processo comum (em contrariedade com o pensamento de FIGUEIREDO DIAS), embora criticando a solução legislativa, reforçada pelas várias leis de reforma do CPP (cfr. NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, pgs. 232, 235, 236).

¹² Cfr. o aludido art. 249.º do Código de Processo Penal da Guiné-Bissau, influenciado pelo pensamento de MARQUES FERREIRA.

¹³ Neste sentido, NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, pg. 239.

¹⁴ Considerando que o princípio do acusatório, embora apenas na sua vertente formal, permaneceria incólume, cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O inquérito no novo Código de Processo Penal*, in *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal. O novo Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Almedina, 1997 (publicado originalmente em 1988), pp. 78 ss.; NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, pg. 249 (nota 59).

¹⁵ Cfr., embora não se referindo expressamente aos factos não autonomizáveis, mas ao caso da mudança de bem jurídico, considerando que “*a alteração dos factos constantes da acusação será aceitável (...)*”, JORGE NORONHA E SILVEIRA, *Esquema de resolução de casos práticos*, in *Direito Processual Penal. Materiais de apoio às aulas práticas*, JORGE NORONHA E SILVEIRA / CECÍLIA SANTANA / CATARINA SÁ GOMES / INÊS FERREIRA LEITE, 2.^a ed., AAFDL, Lisboa, 2003, reimpressão de 2006, pgs. 128-129.

2.1.1. Em termos de Política Legislativa, balanceando os valores e interesses em presença, o novo regime impede que se atinja uma das finalidades do processo penal: a descoberta da verdade material, sacrificando este valor em larga medida.

Esta solução não nos parece curial metodologicamente.

Balanceando os valores e interesses em presença, “[o]s ganhos obtidos em nome do acusatório, da celeridade e das garantias de defesa são muito inferiores aos prejuízos para a prossecução da verdade material, para a justiça do caso concreto, para a função preventiva do Direito Penal”¹⁶.

De resto, o próprio Autor material da solução reconhece isto mesmo, quando escreve:

Nesta solução, “Acaba aqui de falhar (...) a concordância prática do interesse do arguido na sua defesa pertinente e eficaz com o interesse público no esclarecimento da verdade sem subterfúgios. Prevalece, ao invés, um único interesse: o referido interesse do arguido.”¹⁷.

O mesmo Professor acrescenta, porém:

“Esta conclusão não deve (...) causar estranheza porque (...) não se trata aqui de arruinar o interesse público na punição do criminoso, quando for caso disso, mas trata-se apenas de escamotear alguns concretos factores de avaliação da quantidade da pena – e isso é seguramente menos dramático do que a ruína daquele interesse público!”¹⁸.

Com o devido respeito, a solução gizada pelo Legislador afigura-se deveras claudicante do ponto de vista metodológico. Com efeito, o Legislador emitiu uma alteração à lei que não é “harmonizadora”¹⁹ (ou seja, não se trata de uma lei que resolva preventivamente um conflito de direitos ou um conflito entre um direito e um bem constitucionalmente protegido), mas que deveria sê-lo, sem sombra de dúvidas.

Em nosso entender, o caminho do Legislador deveria ter sido o de operar uma tarefa de «concordância prática», de ponderação ou de balanceamento entre princípios: entre os direitos do

¹⁶ JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, *Alteração substancial de factos em processo penal*, n.º 10.

¹⁷ PAULO DE SOUSA MENDES, *O regime da alteração substancial de factos no processo penal*, pg. 763.

¹⁸ PAULO DE SOUSA MENDES, *O regime da alteração substancial de factos no processo penal*, pg. 764.

¹⁹ Para utilizar a expressão de VIEIRA DE ANDRADE, in *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed. (obra acordizada), Coimbra, Almedina, 2012.

arguido e da sua “paz jurídica”; e, por outro lado, bens e interesses constitucionalmente protegidos²⁰, como são os da verdade material e da justiça.

Como é sabido, numa operação de «concordância prática», procura dar-se a maior satisfação ou acomodamento possível aos princípios em causa, pois estes são imperativos de optimização (ROBERT ALEXY); o princípio da concordância prática “*impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito*”²¹.

“*Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia), que **impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros**, e impõe o estabelecimento de limites e condicionalismos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens*” (GOMES CANOTILHO)²².

Julga-se que a colisão entre princípios antinómicos deveria obedecer a esta metodologia da concordância prática, à luz do princípio da proporcionalidade, procurando dar a maior satisfação possível a cada um dos princípios colidentes, de forma a “*evitar o sacrifício (total) de uns em relação a outros*”²³.

Com efeito, só em “*ultima ratio*” um dos princípios deveria ser sacrificado numa dada solução legislativa, ficando sem qualquer satisfação, pois seria precedido por um outro princípio que teria mais “peso” (DWORKIN) no caso analisando.

Ora, nada da metodologia descrita ocorre nesta solução: não existe qualquer operação de «concordância prática» ou de optimização entre princípios colidentes: com efeito, os princípios da verdade material e do princípio da legalidade da promoção penal²⁴ ficam totalmente obliterados. O princípio da justiça fica também em xeque.

Ora, os princípios invocados – a “paz jurídica do arguido” (que é, no mínimo, duvidosa, sem prejuízo do princípio da presunção da inocência), as garantias de defesa e, também, embora com menor valor a celeridade processual - **não são princípios absolutos**, devendo ser conjugados com outros e podendo sofrer restrições.

²⁰ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2003, pg. 1225.

²¹ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.^a ed., pg. 1225.

²² Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.^a ed., pg. 1225.

²³ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.^a ed., pg. 1225.

²⁴ Neste sentido, NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, pg. 252.

Por último, reforçando a argumentação expendida, “*O princípio da harmonização ou da concordância prática implica «ponderações» nem sempre livres de carga política. A existirem essas ponderações, não devem efectuar-se numa única direcção. Por isso é que os autores levantam reticências à consideração do princípio ‘in dubio pro libertate’ como princípio de interpretação*”²⁵ (de resto, aqui o princípio (discutível) “*in dubio pro libertate*” nem sequer é aplicável, uma vez que não existe uma situação de dúvida insanável).

Do ponto de vista histórico-filosófico, o regime consagrado no artigo 303.º, n.º 3, é tanto mais incongruente, se se pensar que o Estado detém o monopólio da administração da justiça penal²⁶, princípio constitucional de um Estado moderno, expresso na Filosofia do Direito através das teorias contratualistas da origem do Estado²⁷: ao celebrar o contrato social, os indivíduos viram expropriada a possibilidade de fazer justiça “*pelas suas próprias mãos*”, abdicando do poder de executarem por si mesmos as leis naturais ao Estado²⁸.

Ora, o regime resultante da Reforma de 2007 impede que o Estado cumpra a sua obrigação fundamental para com a comunidade, em geral, e a vítima em particular²⁹, de investigar e de punir os participantes nos crimes efectivamente cometidos.

²⁵ Acompanhamos GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, 7.ª ed., pg. 1225.

²⁶ Cfr. NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, pg. 253.

²⁷ Também neste sentido, FRANCESCO VIGANÒ, *L'arbitrio di non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mário Romano*, volume IV, Jovene Editora, Nápoles, 2011, pg. 2686 (agradecemos ao Dr. NUNO BRANDÃO a referência deste artigo).

Por exemplo, as teorias de THOMAS HOBBS ou de JOHN LOCKE, apesar das diferenças acentuadas entre ambas.

²⁸ Cfr. JOHN LOCKE, *Ensaio sobre a verdadeira origem, extensão e fim do governo civil. Escripito em Inglez por John Locke* (original: *An Essay concerning the True original extent, and end of Civil Government*, in JOHN LOCKE, *Two Treatises on Government*, primeira ed. de 1689/90, 3.ª ed. de 1714 (JOHN CHURCHILL)), trad. de JOÃO OLIVEIRA DE CARVALHO (de 1833), reeditada pelas Edições 70, Lisboa, 1999, Cap. IX, 131, pg. 107: os homens apenas cediam “*a igualdade, a liberdade, e poder executivo que (...) tinham no estado natural, a fim de ser disposto pelo poder legislativo, tanto quanto o exigir o bem da sociedade*”, “*com a intenção de preservar-se melhor a si, à sua liberdade, e propriedade (...)*”.

²⁹ Neste sentido, NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, pg. 252.

Através do poder de julgar, são castigados os crimes e julgadas as querelas entre os particulares (MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis. Ou da relação que as leis devem ter com a constituição de cada governo. Com os costumes, o clima, a religião, o comércio, etc. A que o autor acrescentou pesquisas recentes sobre as leis romanas no que toca às sucessões, sobre as leis francesas e sobre as leis feudais* (original: *L'Esprit des Lois*, 1748), apresentação de RENATO JANINE RIBEIRO, trad. de CRISTINA MURACHO, Martins Fontes, São Paulo, 2000, Livro XI, Cap. VI, pg. 168).

Porém, esta definição peca por defeito.

Ora, do regime em vigor, resulta uma “*desprotecção dos bens jurídicos tutelados pelas infracções criminais em que se consubstanciam os factos novos apurados. Aniquilamento absoluto, e como tal desproporcionado e arbitrário*”³⁰ (NUNO BRANDÃO) dos valores e princípios constitucionais que mencionaremos de seguida.

Trata-se de um regime que constitui um retrocesso histórico num dos fins mais nobres do Estado: a prossecução da justiça; quiçá mesmo o fim da segurança.

Finalmente, o processo penal é um instrumento de aplicação do Direito Penal³¹, “*um modo de efectivar o princípio da necessidade da incriminação e da pena, podendo conduzir ao seu desvirtuamento ou a uma sua efectiva concretização*”³² (MARIA FERNANDA PALMA).

Ora, o juízo técnico que subjaz ao averiguamento de qual o tipo legal aplicável sofre uma restrição pouco lógica, atendendo a que se trata da fase de instrução, imediatamente subsequente à fase de inquérito.

2.1.2. Criticando muito duramente a solução legal consagrada, NUNO BRANDÃO considera que a tese que prevaleceu “*assenta em premissas erradas, deixa a descoberto casos difíceis de alterações de factos não autonomizáveis que transcendem as hipóteses que estiveram na sua génese e conduz a soluções absolutamente insustentáveis no plano político-criminal por representarem um sacrifício intolerável das finalidades do processo penal da descoberta da verdade material, de realização da justiça e de pacificação social*”³³.

No que respeita às premissas, a regulamentação em vigor não é imposta pela estrutura acusatória do processo. Uma decisão de o juiz pôr termo à instrução, mediante uma decisão de forma, quando se apercebesse de uma alteração substancial de factos não autonomizáveis, não viola o modelo acusatório; pois “*Não há aí nenhuma decisão judicial sobre o fundo da causa, nem qualquer afronta ao modelo de separação de funções entre magistraturas*”³⁴.

³⁰ NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, pg. 253.

³¹ Neste sentido, MARIA FERNANDA PALMA, *O problema penal do processo penal*, in *Jornadas de Direito Processual Penal e direitos fundamentais*, ‘(Organizadas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pelo Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, com a colaboração do Goethe Institut’, coordenação científica de MARIA FERNANDA PALMA, Almedina, Coimbra, 2004, pg. 41.

³² MARIA FERNANDA PALMA, *O problema penal do processo penal*, pg. 48.

³³ NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, pg. 248.

³⁴ NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, pg. 249.

Pelo contrário, há um “*bloqueio total imposto ao funcionamento do princípio da legalidade*”³⁵ “*da promoção processual*”³⁶, pois a obrigação de o MP investigar é barrada pela lei³⁷.

O Autor adita argumentos, que nos parece lógico, decorrentes da estrutura do processo penal: a impossibilidade de conhecimento dos factos novos que alteram substancialmente o objecto da instrução, conjugada com a obrigatoriedade de prolação de decisão instrutória conduz a uma violação “*do princípio da legalidade e da finalidade de comprovação judicial que a instrução deve desempenhar*”³⁸.

A imposição de o juiz prosseguir com o processo é “*incompatível com qualquer ideia de comprovação*”³⁹, que a instrução deveria desempenhar, “*e constitui mesmo a sua negação*”⁴⁰.

Com efeito, o juiz vê-se obrigado a pronunciar pelos factos antes imputados, factos esses que, “*na sua íntima convicção (art. 127.º), não correspondem fielmente à realidade efectivamente ocorrida*”⁴¹.

“*O novo regime transforma a decisão judicial numa farsa, o que não deixará de violentar o próprio juiz e de descredibilizar o exercício da função judicial*”⁴².

NUNO BRANDÃO defende que a solução legal não pode ser justificada como meio para salvaguardar a paz jurídica do arguido, uma vez que o direito respectivo não se adquire no decurso do processo, mas apenas com o caso julgado, o qual pressupõe a prolação de uma decisão final que conheça do mérito da causa, de absolvição ou de condenação⁴³.

Também o argumento, assente no direito à obtenção de uma decisão final num prazo curto, não colhe⁴⁴.

NUNO BRANDÃO escreve que “*O novo regime legal da alteração substancial dos factos é errado sob qualquer perspectiva por que sobre eles se olhe*”⁴⁵.

³⁵ NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, pg. 253.

³⁶ NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, pg. 249.

³⁷ Cfr. NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, pgs. 249, 252.

³⁸ NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, pg. 251.

³⁹ NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, pg. 251.

⁴⁰ NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, pg. 251.

⁴¹ NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, pg. 251.

⁴² NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, pg. 251.

⁴³ Cfr. NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, pgs. 249-250.

⁴⁴ V. NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, pg. 250.

O novo regime não permite que se atinja uma das finalidades do processo penal, a descoberta da verdade material. Assim, “*é possível prever que da aplicação do novo regime (...) resultarão inevitavelmente soluções tão chocantes e tão repugnantes sob qualquer ponto de vista de justiça material que, por si só, demonstrarão a sua insustentabilidade*”⁴⁶.

Para além disso, a consumpção, associada ao princípio do caso julgado, resulta, não da sentença, mas da dedução da acusação ou do requerimento de abertura da instrução . aos quais o juiz da fase de audiência é completamente alheio -, no próprio decurso do processo, logo na sua fase preliminar⁴⁷.

NUNO BRANDÃO conclui pela inconstitucionalidade do regime legal consagrado, não só porque “*ofende o mandado constitucional, implícito no ‘princípio ne bis in idem’*” (art. 29.º, n.º 5, da CRP)⁴⁸, de “*esgotante apreciação de toda a matéria tipicamente ilícita submetida à cognição do tribunal num certo processo penal*”⁴⁹.

2.1.3. Em nossa opinião, com o devido respeito para com os autores da solução legislativa de 2007, as críticas de NUNO BRANDÃO são inteiramente procedentes.

A solução consagrada gera entorses na perspectiva dos sujeitos processuais – arguido incluído –, e, em nosso entender, a norma carece de sustentação dogmática e de fundamento lógico.

Aditamos mais algumas razões que permitem sustentar a inconstitucionalidade da norma do n.º 3 do artigo 303.º do CPP.

Para além de inexistir o mínimo esforço por parte do Legislador de «concordância prática» entre bens constitucionalmente colidentes (*supra*), em nosso modesto entendimento, são

⁴⁵ NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, pg. 250.

⁴⁶ NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, pg. 251.

⁴⁷ Cfr. NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, pg. 250.

⁴⁸ NUNO BRANDÃO, *A nova face da instrução*, pg. 250.

⁴⁹ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, 2.ª ed., Cap. 41, § 2.º; NUNO BRANDÃO, *A nova fase de instrução*, pg. 250; cfr. pg. 252.

Também MARA LOPES críticas também a solução (in *Princípio da proibição da ‘reformatio in pejus’ como limite aos poderes cognitivos e decisórios do Tribunal – Sentido e verdadeiro alcance*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, III*, Coimbra Editora, 2010, pp. 975-976).

violados os **deveres de protecção**⁵⁰ do Estado relativamente aos direitos, liberdades e **garantias**, como tarefas fundamentais do Estado (artigo 9.º alínea b), da Constituição)⁵¹, que resultam também do princípio do Estado de direito (artigo 2.º da Constituição).

⁵⁰ Do conteúdo objectivo das normas que enunciam direitos fundamentais faz parte o dever estadual de protecção ou, mais simplesmente, dever de protecção (SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais. Sumários desenvolvidos*, AAFDL, Lisboa, 2002, pg. 96).

a) A jurisprudência e doutrina alemãs foram mais longe, já na vigência da Lei Fundamental de Bona: identificaram o dever de protecção com a figura de um dever geral de protecção (“*allgemeine Schutzpflicht*”) ou tarefa estadual de protecção dos direitos fundamentais (“*Schutzauftrag des Staates*”) ou, mais restritamente, dever de protecção dos direitos de defesa (“*Abwehrrechte*”) em face de terceiros que os estejam a ofender ou se aprestem para o fazer (SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, pg. 96).

Com efeito, neste último sentido, uma das evoluções mais significativas na dogmática dos direitos fundamentais clássicos, de primeira geração, tem consistido na verificação que estes direitos “não se resumem a direitos de defesa que impõem proibições (“*Abwehrrechte*”), mas também incorporam uma função protectora, de imperativo de tutela (“*Schutzgebot*”), designadamente, impondo deveres de protecção às entidades públicas (PAULO MOTA PINTO, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in *Portugal – Brasil Ano 2000. Tema Direito*, Coimbra Editora, colecção *Studia Iuridica* do BFDUC, 40, pgs. 187, 189, 190; DIOGO FREITAS DO AMARAL / RUI MEDEIROS, *Responsabilidade civil do Estado...*, pg. 356).

Esta teoria veio pôr em relevo, também nos “clássicos” direitos de liberdade, a existência de uma importante “dimensão prestacional” a cargo do Estado (PAULO MOTA PINTO, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, pg. 190). Os bens jurídicos servidos pelos direitos fundamentais (“*grundrechtliche Rechtsgüter*”) devem ser protegidos pelo Estado (assim, SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais. Sumários desenvolvidos*, AAFDL, Lisboa, 2002, pg. 97).

Esta figura não se destina, em princípio, a cobrir deveres de protecção explícitos, que constituem objecto de enunciação normativa autónoma (SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, pg. 96).

Aqui, interessam os deveres implícitos: os deveres de protecção de direitos fundamentais que podem ser considerados como conteúdo objectivo das normas que enunciam (SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, pg. 97). Trata-se de elementos implícitos dessas normas, que podem dar lugar a diversas aplicações concretizantes mas que refractam por seu turno um princípio de protecção dos direitos fundamentais pelo Estado (SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, pg. 97).

Este princípio reflecte uma mudança do papel de defesa do Estado em relação aos direitos fundamentais e, em especial, aos direitos de defesa e de liberdade (SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, pg. 97). Estes direitos fundamentais continuam, obviamente a constituir relacionalmente o Estado em deveres de não intervir, de não privar, de não limitar (SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, pg. 97).

Mas, a par desta protecção do indivíduo contra o Estado, que o direito fundamental por si mesmo representa e que situa o Estado no papel de um “potencial violador”, avulta (sobretudo à medida que os direitos fundamentais enquadram relações jurídicas horizontais, entre pessoas individuais ou colectivas de direito privado) o papel do Estado como “protector dos direitos fundamentais” ou “amigo dos direitos fundamentais” (“*Grundrechtsfreund*”) por imperativo constitucional (SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, pg. 97).

Os direitos fundamentais em geral, incluindo as liberdades clássicas, exigem certas actuações estadual para lhes “dar vida” (cfr. CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, «*Constituição e crime*»..., diss., Universidade Católica Editora, pg. 282). O Estado assume assim o papel de garante dos direitos fundamentais (DIOGO FREITAS DO AMARAL / RUI MEDEIROS, *Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas — o caso Aquaparque*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XLI (XIV da 2.ª série), números 3 e 4, Agosto-Dezembro de 2000, pg. 357).

“*A ideia surge com roupagens novas mas corresponde – pelo menos em parte do seu âmbito – a uma noção muito antiga: a de que uma das principais missões da comunidade estadual é a de garantir a segurança externa e interna das pessoas que a compõem*” (SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, pg. 97); ou seja, é uma faculdade do direito que está estreitamente interligada com o direito à segurança.

O art. 18.º, n.º 1, 1.º inciso, não se mostra suficiente. Com efeito, “a aplicabilidade directa não é sinónimo de nível satisfatório de protecção legislativa do direito fundamental” (SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, pg. 102).

b) Observa-se a incidência dos deveres de protecção – com diverso grau de concretude – tanto sobre os órgãos legislativos, como os jurisdicionais, como ainda os administrativos (SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, pg. 99).

c) Os deveres de protecção foram reelaborados em torno da denominada dimensão objectiva dos direitos fundamentais, na sequência de jurisprudência do TC alemão (cfr. EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Os direitos de reunião e de manifestação no Direito português*, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 5.1.1.1, pg. 94 (nota 192)).

Aqui, tem assumido relevância crescente o debate em torno da “re-subjectivação” nos titulares dos direitos fundamentais protegidos de uma correspondente pretensão à protecção do Estado (PAULO MOTA PINTO, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, pg. 192).

Não obstante, neste aspecto, da “subjectivação dos deveres de protecção”, a Doutrina alemã encontra-se dividida.

A posição maioritária (JOSEF ISENSEE, in *Handesbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, V, coord. de JOSEF ISENSEE / PAUL KIRCHHOF, 2.ª ed., Müller, Heidelberg, 2001, Rn. 84; ROBERT ALEXY, *Grundrechte als subjektive Recht und als objektive Normen*, in *Der Staat*, 1990, pp. 49-68; entre nós, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria...*, p. 1125) inclina-se no sentido de admitir um direito dos particulares à protecção por parte do Estado – uma “*Schutzanspruch*” –; e um dever de protecção com uma contraparte na qual se subjectiva uma correspondente protecção – “*sekundäre Schutzpflicht*” (entre nós, a concepção da teoria da norma de protecção, na esteira de OTTO BACHOF e de PETER BADURA, o Professor VASCO PEREIRA DA SILVA, na Doutrina nacional, propugna uma unificação (VASCO PEREIRA DA SILVA, *Para um contencioso administrativo dos particulares. Esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação*, diss., Almedina, Coimbra, 1997 (reimpressão), pg. 97). Para uma posição contrária à subjectivação, v. JOÃO LOUREIRO, *O procedimento administrativo...*, pp. 184-185).

Porém, entre nós, SÉRVULO CORREIA alinha por um conceito mais restritivo de reconhecimento de um direito fundamental. O Autor escreve:

“A incidência do dever de protecção sobre os órgãos que exercem a função legislativa resulta da circunstância de essa ser também um veículo de execução das tarefas fundamentais do Estado. Esta circunstância permite por outro lado sublinhar a objectividade deste dever, que não tem necessariamente de ser exercido em relação a direitos subjectivos individualizados” (SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, pg. 99).

Na jurisprudência e na doutrina alemãs, o dever de protecção tem sido aplicado e estudado sobretudo a propósito de perigos ou riscos relativos à vida e à integridade física.

O cumprimento do ‘*dever estadual de protecção*’ em sentido estrito, ou seja, no de ‘*garantia*’, pressupõe que o direito já exista como situação jurídica perfeita, ou seja, susceptível de aplicabilidade directa (SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, pg. 99).

d) O imperativo constitucional em causa constitui ele próprio uma norma jurídica com a natureza de princípio e não de regra. A sua aplicação não se faz em termos de tudo ou nada mas de imperativo de optimização (SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, pg. 98).

e) Note-se que esta dimensão protectiva se distingue das funções do Estado Social (neste sentido, JOÃO CARLOS SIMÕES LOUREIRO, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (algumas considerações)*, diss., Coimbra Editora, colecção *Studia Iuridica* do BFDUC, 1995, p. 184 (nota 582)).

f) Refira-se, porém, que o recurso à teoria germânica dos deveres de protecção tem sido objecto de várias críticas.

Entre nós, a teoria aludida é criticada pelo Professor EDUARDO CORREIA BAPTISTA. No entender deste Autor, a tese aludida é uma construção teórica necessária numa Constituição, como a alemã, em que apenas o art.º 1.º, n.º, 1, poderia conferir alguma base, em relação à dignidade humana, para estes deveres (EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Os direitos de reunião e de manifestação...*, 1.ª ed., 5.1.1.1, pg. 95 (nota 192)).

Os direitos de liberdade são, portanto, direitos de defesa (isto é, de não interferência), não impondo, por si, imperativos de tutela (EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Os direitos de reunião e de manifestação...*, 1.ª ed., 5.1.1.3, pg. 109).

Mas não são apenas direitos de defesa contra o Estado, como pretendiam os clássicos, mas de defesa igualmente contra particulares (EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Os direitos de reunião e de manifestação...*, 1.^a ed., 5.1.1.3, pg. 110).

f^o) Com o devido respeito, propendemos a discordar desta opinião. Com efeito, na Constituição portuguesa, a teoria dos deveres de protecção encontra uma formulação explícita no art.º 9.º, que aponta como “tarefas fundamentais do Estado” garantia dos direitos e as liberdades fundamentais (al. b)) (neste sentido, SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, pg. 97; a enunciação constitucional de uma tarefa fundamental representa pois para o Estado a fonte de um dever geral e dos deveres específicos que o concretizam. Esse imperativo abstracto ganha densidade substantiva à medida em que se conecta com o conteúdo das normas que enunciam direitos fundamentais (SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, pg. 98).

g) Os deveres de protecção têm como destinatário o Estado, em todas as suas funções: legislativa, administrativa tradicionais (designadamente os princípios e meios do Direito de Polícia), jurisdicional, política e técnica (seguimos de perto as teorias de MARCELLO CAETANO (MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, I, 6.^a ed., revista e ampliada por MIGUEL GALVÃO TELLES, tomo I, reimpressão, Almedina, Coimbra, 1991, pgs. 158 ss.; IDEM, *Manual de Direito Administrativo*, tomo I, 10.^a ed. (7.^a reimpressão), revista pelo Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, Livraria Almedina, Coimbra, 1980, pgs. 7-10) e, na sua senda, com ajustamentos, de PAULO OTERO (in *Direito Administrativo - Relatório de uma disciplina apresentado no concurso para professor associado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2.^a ed., suplemento da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2001, pgs. 236-238), que distinguem entre funções jurídicas e não jurídica (em sentido diverso, considerando que todas as funções do Estado serem jurídicas, a construção de JORGE MIRANDA, in *Manual...*, V, 4.^a ed., pg. 22; seguida por CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I, A lei e os actos normativos no ordenamento jurídico português, 1.^a ed. (há 2.^a ed. de 2012), Coimbra Editora, 2008, 3.1, ns. 18-35, pgs. 26-34; v. também MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional. I*, Livraria Cruz – Braga, 1979, pgs. 235 ss.), pelas acções e pelas omissões (sobre os destinatários dos deveres de protecção, JÖRG NEUER, *Privatrecht und Sozialstaat*, p. 165).

h) Embora o Legislador conserve uma ampla liberdade de conformação na definição das medidas adequadas a assegurar uma protecção eficaz dos direitos fundamentais (DIOGO FREITAS DO AMARAL / RUI MEDEIROS, *Responsabilidade civil do Estado...*, pg. 358), os deveres de protecção coenvolvem, também, **imposições de legislação específicas**; designadamente em virtude do princípio da proibição de défice: o Estado está obrigado a assegurar um nível mínimo adequado de protecção dos direitos fundamentais, sendo responsável pelas omissões legislativas que não assegurem o cumprimento dessa imposição genérica (VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição de 1976*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2001, pg. 144; cfr. GOMES CANOTILHO, *Omissões normativas e deveres de protecção*, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, volume 1, Homenagens pessoais. Penal. Processo Penal. Organização Judiciária, org. de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / IRENEU CABRAL BARRETO / TERESA PIZARRO BELEZA / EDUARDO PAZ FERREIRA, Coimbra Editora, pgs. 111-124; sobre a função legislativa, cfr., por exemplo, PEDRO GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos. O exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, diss., Almedina, Coimbra, 2005, pg. 556-560).

No que tange ao Direito Processual Penal, a base dogmática para estes deveres de protecção liga-se com o monopólio estatal do uso da força, caracterizador do Estado de Direito (cfr. PAULO MOTA PINTO, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, pg. 191), em particular através do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

i) Já quanto à Administração, “*Sob a perspectiva da defesa do indivíduo contra o Estado potencialmente agressor, o direito, liberdade ou garantia posiciona estes dois sujeitos numa relação jurídica bilateral. Quanto, porém, em face de um dever geral de protecção da Administração, surge uma situação suficientemente individualizada de um indivíduo carecido de protecção contra a atitude de outro indivíduo ofensiva ou ameaçadora de um seu direito, liberdade ou garantia, fica-se em face de uma ou outra relação: a relação poligonal ou (no mínimo) triangular. Por um lado, há, da parte do segundo particular, um dever de respeito ou não-violação do direito fundamental do primeiro. Por outro lado, a concretização dessa violação, ou a sua iminência, constituem o*

Note-se que os deveres de protecção decorrem também, para além da Doutrina alemã e do Direito interno italiano, da Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, do Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem⁵².

Em nosso entender, a norma do art. 303.º, n.º 3, contende com a consciência do juiz, restringindo o seu direito à objecção de consciência (cfr. artigo 41.º, n.º 6, da Constituição)⁵³. O juiz não deixa de ser uma pessoa devido ao cargo que ocupa.

primeiro no direito de exigir à Administração o exercício da sua competência susceptível de pôr termo ou de impedir a violação” (SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, pg. 103).

O campo em que estas realidades avultam com maior clareza é, porventura, o da actuação policial. Vide o célebre Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, “*Plattform «Ärzte für das Leben»*” (“Plataforma «Médicos pela vida»”, ou seja, contrários ao aborto), relativamente ao dever policial (da Administração Pública) de garantir o direito à segurança dos manifestantes em relação a contra-manifestantes. O dever de protecção administrativa dos direitos, liberdades e garantias tem de ser, desde logo, aferido à luz de parâmetros de possibilidade (SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, pg. 103).

Sobre a teoria dos deveres de protecção (“*grundrechtliche Schutzpflichten*”) na Doutrina alemã, JOHANNES DIETLEIN, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, diss., Duncker & Humblot, Schriften zum öffentlichen Recht, Band 58, Berlim, 2005 (1.ª ed. de 1992); JOSEF ISENSEE, *Das Grundrecht als Abwehrrecht*, in *Handesbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, V, coord. de JOSEF ISENSEE / PAUL KIRCHHOF, 2.ª ed., Müller, Heidelberg, 2001, números 40 ss.; GÜNTHER KRINGS, *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche. Die subjektiv-rechtliche Rekonstruktion der grundrechtlichen Schutzpflichten und ihre Auswirkung auf die verfassungsrechtliche Fundierung des Verbrauchervertragsrechts*, diss., Duncker & Humblot, Schriften zum öffentlichen Recht, Band 931, Berlim, 2003.

V. também GOMES CANOTILHO, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, 4.ª ed. pgs. 402-403.

⁵¹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 226/2008, II, n.º 10 (sem prejuízo de este aresto se referir à alteração substancial de factos não autonomizáveis na fase de julgamento).

⁵² Neste sentido, para mais desenvolvimentos, v. FRANCESCO VIGANÒ, *L'arbitrio di non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mário Romano*, volume IV, Jovene Editora, Nápoles, 2011, pgs. 2682-2703 (2645-2704).

⁵³ A invocação do direito de objecção de consciência defrontaria o obstáculo da não previsão expressa na lei (cfr. art.º 41.º, n.º 6, da CRP).

Em teoria, trata-se de um direito procedimentalmente dependente, que necessita de lei infraconstitucional para permitir a sua realização efectiva (criticando a solução infeliz da remissão expressa para a lei, por JORGE BACELAR GOUVEIA, *Objecção de consciência (direito fundamental à)*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VI, Lisboa, 1994, p. 179; JOSÉ LAMEGO, “*Sociedade aberta*” e liberdade de consciência. *O direito fundamental de liberdade de consciência*, AAFDL, Lisboa, 1985, pp. 106 e 107 (em sentido contrário, FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, *Sentido e limites do direito fundamental à objecção de consciência*, FDUNL, *Working Paper 6 /01* (<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Downloads/223.pdf>), pg. 15). Para uma análise específica no âmbito do Direito Penal, v. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *A objecção de consciência em Direito penal*, in *Revista do Ministério Público*, ano 18.º, Janeiro-Março de 1997, n.º 69, pgs. 101 ss.

Todavia, o direito existe por outra via (diversamente, MARIA DA ASSUNÇÃO ESTEVES, voto de vencida ao Acórdão do TC n.º 363/91) (no sentido defendido, para mais desenvolvimentos, v. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Dos deveres fundamentais* (originariamente publicado in *O dever fundamental de pagar impostos*, diss., Almedina, Coimbra, 1998, pgs. 13-181), in IDEM, *Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra Editora, 2007, pgs. 323-324):

A circunstância de a ninguém ser exigível que pratique ou colabore na prática de um acto injusto torna-se susceptível de alargar as hipóteses legais de relevância de um direito similar e alternativa à objecção de consciência,

Também a recusa em praticar ou colaborar na prática de um acto injusto⁵⁴, é, para além de um dever moral, um direito fundamental, por via da cláusula aberta (art. 16.º, n.º 1, da CRP)⁵⁵, e um direito humano inalienável⁵⁶.

Adiante desenvolveremos estes aspectos.

Por outro lado, não obstante a regra de obediência à “lei”, a verdade é que o juiz fica “entre a espada e a parede”: de um lado, a lei impõe-lhe que prossiga com a instrução; do outro, os princípios da legalidade e da verdade material depõem em sentido contrário e ditam uma solução colidente com a regra da preterição absoluta de conhecimento dos factos novos.

Como é sabido nos dias de hoje, o juiz não é um autómato, “*a boca que pronuncia as palavras da lei*”⁵⁷.

criando uma via paralela ao incumprimento da normatividade (neste sentido, embora a propósito da administração Pública, cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, pg. 930); assim contornando o sentido literal e fechado do art.º 41.º, n.º 6.

⁵⁴ PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, pg. 930; IDEM, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito. Ano lectivo de 1997/1998*, I vol., 1.º tomo, Lisboa, 1998, pg. 185.

⁵⁵ Cfr. PAULO OTERO, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito. Ano lectivo de 1997/1998*, I vol., 1.º tomo, Lisboa, 1998, pg. 185; IDEM, *A proibição de privação arbitrária da vida*, in *Vida e Direito. Reflexões sobre um referendo*, organizadores: JORGE BACELAR GOUVEIA / HENRIQUE MOTA, Principia, Cascais, 1998, pgs. 150.

⁵⁶ PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, pg. 930; IDEM, *Lições de Introdução...*, I vol., 1.º tomo, pg. 185 (seguindo a posição de JOÃO PAULO II, *O Evangelho da Vida*, n.º 74); IDEM, *O direito fundamental a não participar num acto injusto*, in *João Paulo II e o Direito. Estudos por ocasião do seu 25.º aniversário do seu pontificado*, ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM / EDUARDO VERA-CRUZ PINTO / GONÇALO PORTOCARRERO DE ALMADA / PAULO TEIXEIRA PINTO (organizadores), Principia, Cascais, 2003, pgs. 129-135.

⁵⁷ Os juízes deveriam comportar-se como “*seres inanimados*”, sendo apenas a “*boca que pronuncia as palavras da lei*” (MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*, Livro XI, Cap. VI, pg. 175, cfr. 170; também nesse sentido, BECCARIA, *Dos delitos e das penas* (original: *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1766), trad. de JOSÉ DE FARIA COSTA, FCG, Lisboa, 1988, Cap. IV, pg. 68), seguindo um processo lógico-dedutivo e subsuntivo, meramente lógico-declarativo da vontade do Legislador.

Sem prejuízo de MONTESQUIEU ter sido precursor na autonomização do poder judicial (designando-o como o poder executivo “*das coisas que dependem do Direito civil*” ou, simplesmente, “*poder de julgar*” - in *O Espírito das Leis*, Livro XI, Cap. VI, pgs. 167-168; v. Livro VI, Cap. VI, pg. 91), este Autor considerava que seria um poder apagado, “nulo”; querendo significar que, no domínio da função respectiva, não existiria qualquer interacção entre os poderes sociais (PAULO CASTRO RANGEL, *O arquétipo do juiz. Questões de legitimidade, estatuto e função*, in IDEM, *Repensar o poder judicial. Fundamentos e Fragmentos*, Publicações, Universidade Católica, Porto, 2001, pg. 168 (159-180); cfr. NUNO PIÇARRA, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, diss., Coimbra Editora, 1989, pg. 97).

A concepção de MONTESQUIEU (adoptada no pressuposto de não haver um corpo especializado de juízes, mas, ao invés, adoptar um sistema rotativo de escolha de juízes, tal como existiu na democracia directa ateniense) não vingou historicamente, nem mesmo durante o Estado liberal, quando vingava o mais exacerbado positivismo jurídico legalista em França (v. g., da Escola da Exegese). O poder judicial, em formas de governos representativos

O poder judicial, num Estado de Direito, deve ser robustecido, e não ser sujeito a restrições infundadas a conhecer da matéria de facto, quando se torna evidente que a verdade material se encontra parcialmente obnubilada.

A solução consagrada comprime inexoravelmente o poder de o tribunal conhecer e aplicar o Direito; um vez que, a nosso ver, parece desfigurar a função jurisdicional⁵⁸; bem como a função, cometida ao Estado, de investigar os crimes cometidos (que é atribuída ao Ministério Público, embora seja pertencente à Administração Pública autónoma, aos restantes órgãos de polícia criminal).

A solução adoptada é susceptível de gerar tratamentos desiguais para situações iguais, assim violando o princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP). Basta imaginar um caso em que a investigação do Ministério Público foi bem sucedida; e outro, em que não tal não sucedeu (ainda que tenha sido por imponderáveis razões). Haverá duas molduras penais diferenciadas, no despacho de pronúncia do arguido, antes do julgamento; situação essa que nunca mais poderá ser corrigida (nem na fase de julgamento, nem em sede de recurso da decisão). Ou seja, o artigo

ou de democracias representativas, revelou-se o oposto do preconizado por MONTESQUIEU, uma verdadeira “*contra-imagem do ‘poder de alguma forma nulo’*” (neste sentido, cfr. NUNO PIÇARRA, *A separação dos poderes...*, pg. 259; RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade*, diss., Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, pg. 92; no mesmo sentido, ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Princípio da legalidade e Administração constitutiva*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1981, pp. 180 ss.).

Mais próximos da realidade do poder judicial, no constitucionalismo norte-americano, considerava-se que a liberdade nada teria “*a recear do poder judicial isoladamente*” (ALEXANDER HAMILTON, *O Federalista n.º 78. O Departamento judicial*, 28 de Maio de 1788 (publicado originariamente em 28 de Maio de 1788; recebeu o n.º 78), in *O Federalista*, ALEXANDER HAMILTON / JAMES MADISON / JOHN JAY tradução, introdução e notas de VIRIATO SOROMENHO-MARQUES / JOÃO C. S. DUARTE, Colibri, Lisboa, 2003, pg. 477). Cfr., prenunciando essa solução, art. III, secção I, da Constituição de 1787.

Nos Estados Unidos da América, foi reconhecido aos tribunais o poder de interpretação das leis (diversamente do que sucedia nos Estados europeus que se libertavam do Antigo Regime); o que logicamente implicava o poder de fiscalização jurisdicional (neste sentido, STORY, *apud* RUY BARBOSA, *Os actos inconstitucionaes Congresso e do Executivo ante a Justiça federal*, Companhia Impressora, Capital Federal, 1893 (disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/>), pg. 61; e MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa. ‘Commentario’*, Coimbra, 1913, pgs. 581-582): “*o poder de interpretar as leis envolve necessariamente a função de verificar se ellas se conformam á Constituição, declarando-as vãs e insubsistentes, si a ofendem.*”) (isso mesmo foi reconhecido a partir da sentença do Supremo Tribunal Federal norte-americano, no caso “*Marbury vs. Madison*”, de 1803).

Através do exercício dessa “*faculdade de impedir*”, o poder judicial mitigaria a severidade e confinar a actuação de “*leis injustas e parciais*” (ALEXANDER HAMILTON, *O Federalista n.º 78. O Departamento judicial*, 28 de Maio de 1788, in *O Federalista*, pg. 479).

⁵⁸ Sobre a função jurisdicional do Estado, v., por exemplo, PEDRO GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos. O exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, diss., Almedina, Coimbra, 2005, pgs. 560 ss.

303.º, n.º 1, faz com que o factor do mero acaso⁵⁹ desempenhe um papel muito relevante no apuramento da responsabilidade jurídico-penal dos indivíduos.

O próprio Ministério Público irá sustentar uma acusação contra as suas convicções, pois a acusação sofreu alterações que, pelo menos, do ponto de vista psicológico, não poderá deixar de ter em conta.

Em suma, com o devido respeito, o regime consagrado parece-nos despropositado.

2.1.4. Do ponto de vista do mérito do artigo 303.º, n.º 3, do CPP, há alguns pontos que gostaríamos de salientar.

Em primeiro lugar, a solução consagrada em 2007 não tem paralelo nos ordenamentos jurídicos (alemão e italiano) que mais influenciaram o Código de 1988⁶⁰.

Em segundo lugar, a solução é alienígena na família ou subfamília de Direito lusófono; ao contrário da solução da suspensão da instância, que se encontrava perfeitamente consolidada, compreendida e aceite por todos os operadores judiciários, que os Códigos de Processo Penal de Cabo Verde (artigo 396º) e de Timor-Leste (artigo 275º), ambos de 2005, foram elaborados, perfilhando soluções idênticas ao regime português, também na perspectiva de as respectivas comunidades jurídicas poderem, deste modo, aceder e beneficiar da doutrina e jurisprudência portuguesas⁶¹.

Por último, a solução terá efeitos perversos, contrários à intenção do Legislador de 2007. Com efeito, para além dos aspectos mencionados, de violação da liberdade de consciência do juiz, *“o Ministério Público pode (...) ver-se tentado a acusar sempre pelo mais, mesmo que sejam inconsistentes ou frágeis os indícios dos factos não autonomizáveis (circunstâncias*

⁵⁹ 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”* (despacho do 2º Juízo Criminal do Tribunal Judicial de Faro, constante da acta de 26 de Novembro de 2007, citado no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 226/2008, I, n.º 2; sem prejuízo de se referir ao artigo 359.º, e não ao art. 303.º (em sentido contrário, porém, cfr. o mesmo aresto do Acórdão do TC n.º 226/2008, no ponto n.º 10 da II Parte do acórdão, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080226.html>).

⁶⁰ JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, *Alteração substancial de factos em processo penal*, n.º 10.

⁶¹ JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, *Alteração substancial de factos em processo penal*, n.º 10.

*qualificativas, dolo, co-autoria, etc.), assim procurando evitar uma eventual aplicação do mecanismo processual da alteração substancial*⁶².

Em nosso entender, a prática demonstrará que a solução consagrada não é melhor e, mais cedo ou mais tarde, deverá ser revista.

3. Veremos de seguida como o processo decorreria, abstraindo de que o artigo 303.º, n.º 3, padece de inconstitucionalidade material.

No plano do Direito que se encontra positivado, caso a decisão instrutória pronuncie 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, existe nulidade da decisão de pronúncia (cfr. artigo 309.º, n.º 1).

No entanto, existe um prazo curto para que essa nulidade seja arguida: oito dias, contados da data da notificação da decisão (artigo 309.º, n.º 2).

O despacho que indeferir a arguição de nulidade do despacho de pronúncia – por promover uma alteração substancial e factos em relação à acusação ou ao requerimento de abertura de instrução – é passível de recurso (cfr. artigo 310.º, n.º 3)⁶³.

4. A lei não consagrou a possibilidade de a instrução prosseguir, caso houvesse acordo entre os sujeitos processuais.

⁶² JOSÉ MANUEL SAPORITI MACHADO DA CRUZ BUCHO, *Alteração substancial de factos em processo penal*, n.º 10.

⁶³ Apenas a decisão instrutória, que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação do MP, será irrecurável.

O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 610/96, de 17 de Abril (sendo Relatora a Conselheira MARIA FERNANDA PALMA), não julgou inconstitucional a norma do n.º 1 do artigo 310.º do CPP (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 610/96, de 17 de Abril, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 33.º vol., 1996, pg. 841).

Aí se refere que o argumento da igualdade (art. 13.º da Constituição) não pode ser invocado, pois pressupõe a paridade dos despachos de pronúncia e de não pronúncia e a «igualdade de armas» entre defesa e acusação. A verdade, porém, é que existe uma diferença essencial entre aqueles despachos, que torna justificável racionalmente a diferença de regimes: a decisão instrutória de não pronúncia, uma vez transitada em julgado, põe termo ao processo, afectando irremediavelmente os respectivos sujeitos (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 610/96, de 17 de Abril, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 33.º vol., 1996, pg. 846).

O regime especial de irrecorribilidade da decisão instrutória que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação do Ministério Público, não é arbitrário, encontrando fundamento na existência de indícios comprovados, de modo coincidente, em duas fases do processo: pelo Ministério Público, “*dominus*” do inquérito, e

Antes da Reforma de 2007, alguma Doutrina⁶⁴, em que nós nos incluíamos⁶⁵, defendia a aplicação analógica do artigo 359.º, números 2 e 3.

Alguma Doutrina continua a defendê-la⁶⁶ (embora, a nosso ver, tenha deixado de haver lacuna, a partir da Reforma de 2007, mas sim uma omissão deliberada por parte do Legislador⁶⁷).

Apesar de não ter sido consagrada, a esta solução, de admitir a possibilidade de acordo na fase de instrução, não pode ser assacado o reparo de que padeceria de inconstitucionalidade, uma vez que quem profere o despacho não intervirá no julgamento⁶⁸.

5. A “*decisão instrutória de pronúncia é uma decisão com conteúdo meramente processual, pois não se resolve a questão de saber se o acusado deve ou não ser punido*”, “*mas tão-só que se verificam os pressupostos indispensáveis para a submissão a julgamento pelos factos da acusação*”⁶⁹.

A pronúncia tem três efeitos (cfr. art. 308.º n.º 2):

- 1) Na ordem de tramitação processual, tem o efeito de assegurar a continuação do processo, enviando o facto – objecto do despacho de pronúncia – para julgamento. O processo continua para a fase seguinte, sem obstáculos;

pelo juiz de instrução (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 610/96, de 17 de Abril, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 33.º vol., 1996, pg. 847).

⁶⁴ FREDERICO ISASCA, *Alteração substancial...*, pg. 178; MARQUES FERREIRA, *Da alteração...*, pg. 239.

⁶⁵ IVO MIGUEL BARROSO, *Sobre a possibilidade de acordo entre os sujeitos processuais, na fase de instrução*, in IDEM, *Estudos sobre o objecto do processo penal*, Vislis, Lisboa, 2003, pgs. 243-253.

⁶⁶ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal. À luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 796.

⁶⁷ Inclinando-se também para a inexistência de uma lacuna, RAFAEL SILVA ALMEIDA, *Alteração substancial de factos*, diss. inédita, policopiada, Universidade Lusíada do Porto, Faculdade de Direito, 2012, Cap. II, 3.3, pg. 92.

⁶⁸ Neste sentido, MARQUES FERREIRA, *Da alteração...*, pg. 239.

Em Itália, a “*Corte Costituzionale*” pronunciou-se também pela não inconstitucionalidade da disciplina do art. 423.º, havendo consenso do arguido, considerando não haver violação do princípio da obrigatoriedade da acção penal (Ord. n. 11, de 1991), nem do princípio da sujeição do juiz apenas à lei (nem o princípio da sujeição do juiz apenas à lei).

⁶⁹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Direito Processual Penal*, III, 2.ª edição, revista e actualizada, Editorial Verbo, 2000, pg. 186.

2) No que tange ao estatuto dos sujeitos processuais, constitui ou mantém o estatuto do arguido, subsistindo o estatuto do assistente⁷⁰;

3) Como terceiro efeito, a pronúncia fixa então o objecto do processo da fase de julgamento (cfr. art. 359.º), de alguma forma substituindo as acusações anteriores (ou o requerimento de abertura de instrução) (delimitação do objecto)⁷¹⁻⁷².

6. Porém, como se disse, a norma do artigo 303.º, n.º 3, é inconstitucional.

Consequência das inconstitucionalidades aludidas, conjugadas com as regras da aplicabilidade directa dos preceitos constitucionais respeitantes a direitos, liberdades e garantias e da vinculação das entidades públicas (artigo 18.º, n.º 1, 1.º e 2.º incisos da CRP), é a competência de rejeição ou poder-dever de rejeição por parte das entidades públicas.

Quanto aos tribunais, vale a competência de desaplicação, a título incidental, a pedido ou oficiosamente (em virtude do princípio “*jura novit curia*”: o tribunal conhece o Direito), nos termos gerais do artigo 204.º da CRP.

A competência jurisdicional para recusar a aplicação de normas inconstitucionais surge como simples consequência do seu poder de conhecerem o Direito aplicável⁷³. Os tribunais limitam-se, nesta perspectiva, a reconhecer, a título de questão prévia e no uso do seu poder jurisdicional comum, que as normas serão inválidas⁷⁴.

Quanto ao Tribunal Constitucional, aplica-se o mesmo artigo 204.º⁷⁵.

⁷⁰ JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *A participação dos particulares no exercício da acção penal (Alguns aspectos)*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 8, fascículo 4.º, Outubro-Dezembro de 1998, pg. 640.

⁷¹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...*, III, pgs. 186-188.

⁷² Algo diferentemente, JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA considera que a consequência processual própria é a admissão do facto a julgamento, não a substituição da acusação (JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *A participação dos particulares no exercício da acção penal (Alguns aspectos)*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 8, fascículo 4.º, Outubro-Dezembro de 1998, pg. 642).

⁷³ RUI MEDEIROS, *Artigo 204.º*, in *Constituição da República Portuguesa. Anotada*, vol. III, 1.ª ed., JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, Coimbra Editora, 2007, VI, pg. 63.

⁷⁴ Cfr. RUI MEDEIROS, *Artigo 204.º*, in *Constituição da República Portuguesa. Anotada*, vol. III, 1.ª ed., JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, Coimbra Editora, 2007, VI, pg. 63.

⁷⁵ Neste sentido, considerando que o Tribunal Constitucional “*é também destinatário do artigo 204.º, podendo designadamente conhecer a título incidental da inconstitucionalidade quando tiver de exercer qualquer das suas competências previstas na Constituição ou na lei*”, RUI MEDEIROS, *Artigo 204.º*, in *Constituição da República Portuguesa. Anotada*, vol. III, 1.ª ed., JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, Coimbra Editora, 2007, III.b), pg. 55.

Neste caso, em alternativa a considerar que a desaplicação da norma inconstitucional corresponde a um poder-dever, os magistrados judiciais poderão sempre invocar os aludidos direitos fundamentais de liberdade de consciência e de não participação num acto injusto.

A invocação de um poder-dever, ao mesmo tempo que é invocado um direito, é evidentemente contraditória.

Todavia, propendemos a considerar que, neste caso específico, os direitos invocados, enquanto permissões normativas de agir ou de não agir, perdem a natureza de verdadeiros direitos, transmutando-se em deveres fundamentais, que se cumulam com o poder-dever de desaplicação, devido a inconstitucionalidades materiais.

Assim, seguindo a teorização de PAULO OTERO, além de não existir dever de obediência por parte do juiz, existe mesmo o dever de desobediência⁷⁶: existem duas regras implícitas que conferem a todas as autoridades (judiciais e também administrativas):

- i) O poder de declarar a nulidade de actos injustos (sob pena de incorrerem em responsabilidade civil, ou mesmo em responsabilidade penal por acção ou omissão)⁷⁷;
- ii) A consequente competência para decidirem “*contra legem*”⁷⁸.

6.1. A não aplicação do artigo 303.º, n.º 3, devido a inconstitucionalidade, gera uma lacuna do ponto de vista legal, que é o que interessa, para efeitos de Direito Processual Criminal.

A existência de uma norma legal que regule um caso análogo é discutível Eventualmente, existirá a possibilidade de analogia “*legis*”, com as normas de abertura de inquérito, quando há notícia de um crime (artigos 262.º ss.).

Todavia, os factos, em si mesmo considerados, podem até não sequer ser crime; ou, sendo não autonomizáveis, não valerem por si mesmos como notícia de um crime.

Por isso, não enxergamos a possibilidade de “*analogia legis*”.

⁷⁶ Neste sentido, cfr. PAULO OTERO, *A proibição de privação arbitrária da vida*, in *Vida e Direito. Reflexões sobre um referendo*, organizadores: JORGE BACELAR GOUVEIA / HENRIQUE MOTA, Principia, Cascais, 1998, pgs. 150.

⁷⁷ PAULO OTERO, *Lições de Introdução...*, I vol., 1.º tomo, pg. 185.

⁷⁸ PAULO OTERO, *Lições de Introdução...*, I vol., 1.º tomo, pg. 185

Assim, a solução poderia pela analogia “*juris*” com os princípios do ordenamento jurídico, em matéria processual penal, designadamente com os princípios da legalidade da promoção penal e da verdade material.

Todavia, há um obstáculo à analogia, ainda que “*juris*”: o Código Penal proíbe o recurso à analogia para qualificar um facto como crime (art.º 1.º, n.º 3), vedando estender as normas penais além dos casos expressos. Embora o art. 303.º, n.º 4, seja, à partida, uma norma processual, é sabido – como o Professor AMÉRICO A. TAIPA DE CARVALHO demonstrou – que há normas processuais penais materiais (diversas das normas processuais penais formais) e que, assim, beneficiam do regime das normas penais⁷⁹.

No dizer de FRANCESCO FERRARA, “*a analogia não pode funcionar sempre porque, consistindo ela na correspondente aplicação do pensamento jurídico a casos não contemplados, em regulamentar casos novas pela forma “como presumivelmente o legislador os teria regulado”, aqui “esbarra com a vontade precisa do legislador”*”⁸⁰.

A isto poder-se-ia contrapor a teoria de CLAUS-WILHELM CANARIS, segundo a qual a *analogia iuris* não é uma verdadeira analogia, mas antes indução⁸¹. Todavia, essa teoria merece críticas por parte de outros sectores doutrinários⁸², não sendo usualmente aceite.

⁷⁹ Cfr. AMÉRICO A. TAIPA DE CARVALHO, *A sucessão de leis penais*, diss., 3.ª ed., Coimbra Editora, 2008, pgs. 351-361.

⁸⁰ FRANCESCO FERRARA, *Interpretação e aplicação das leis* (capítulos III, IV e V do *Tratato de Diritto Civile italiano*, vol. I, Roma, 1921), trad. de MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, 4.ª ed., Arsénio Amado – Editor Sucessor, Coimbra, 1987, pg. 163.

⁸¹ Cfr. ELSA SEQUEIRA SANTOS, *Analogia e tipicidade em direitos reais*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, volume IV, Novos estudos de Direito Privado, Estudos organizados pelos Professores Doutores ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO / LUÍS MENEZES LEITÃO / JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Almedina, Coimbra, 2003, pg. 474.

Outro sector doutrinário contesta a distinção clássica entre interpretação e integração de lacunas. Assim, para este entendimento, a analogia “*iuris*”, regra geral, não passaria de uma interpretação concretizadora do princípio ou princípios sobre que incide (EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público. Conceito e fontes*, volume I, 1.ª ed., Lex, Lisboa, 1998, pg. 254).

Com o devido respeito, não acompanhamos esta última posição. A analogia insere-se por detrás da interpretação, por detrás mesmo da interpretação extensiva (KARL ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico* (original alemão: *Einführung in das juristische Denken*, 8.ª ed., Stuttgart, 1983), tradução de J. BAPTISTA MACHADO, 6.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, pg. 294), mas com ela não se confunde.

⁸² KARL LARENZ critica entendimento de CANARIS: também na analogia “*iuris*” a comparação é feita com a “*ratio legis*” do conjunto de normas de que se retira o princípio (ELSA SEQUEIRA SANTOS, *Analogia e tipicidade em direitos reais*, pg. 474)

Em termos puramente lógicos, não há distinção entre as duas figuras (neste sentido, CABRAL DE MONCADA, *Integração de lacunas e interpretação do Direito*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano VII,

Destarte, pressupondo que também a analogia “*juris*” deverá ser afastada, consideramos, embora com algumas dúvidas, que a integração da lacuna deverá ser feita com arrimo à norma hipotética que o intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema (art. 10.º, n.º 3⁸³, do Código Civil). O magistrado deverá fazer de legislador⁸⁴, de substituto do legislador” (“*Ersatzgesetzgeber*”), orientando-se pelas mesmas intenções político-sociais que determinariam o legislador a criar a norma legal para esse tipo de casos lacunosos⁸⁵.

Essa norma deverá passar, ao que se julga, pela solução da suspensão da instância e pela remessa do processo ao Ministério Público⁸⁶.

Julga-se que a tese de declarar a nulidade do processado não é a melhor solução, uma vez que, para além de obstáculos legais, nem todo o inquérito está inquinado. Simplesmente não se chegou até ao fim quanto à verdade material.

6.2. Existe ainda outro problema a considerar: será que o artigo 303.º, n.º 3, do CPP cria para o arguido um direito fundamental por via legal, um direito “extravagante”⁸⁷. Perguntar-se-á,

n.º 1, p. 169; ELSA SEQUEIRA SANTOS, *Analogia e tipicidade em direitos reais*, pg. 474). Cfr. ELSA SEQUEIRA SANTOS, *Analogia e tipicidade em direitos reais*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, volume IV, Novos estudos de Direito Privado, Estudos organizados pelos Professores Doutores ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO / LUÍS MENEZES LEITÃO / JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Almedina, Coimbra, 2003, pg. 474.

⁸³ Esta disposição foi influenciada pelo art. 1.º, n.º 2, do Código Civil suíço (embora haja diferenças entre as formulações; considerando que “*o Código português é mais feliz, não concedendo ao julgador a mesma liberdade que lhe é reconhecida pelo Código helvético*”, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, volume I, 11.ª ed. (reimpressão), Coimbra Editora, 2001, pg. 264). Por seu turno, a disposição do Código suíço baseou-se no pensamento de ARISTÓTELES (in *Ética a Nicómaco*, V, 14).

⁸⁴ Cfr. MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, diss., 4.ª ed., Arsénio Amado – Editor Sucessor, Coimbra, 1987, pg. 85.

⁸⁵ Cfr. A. CASTANHEIRA NEVES, *A redução política do pensamento metodológico-político (Breves notas críticas sobre o seu conteúdo)*, in IDEM, *Digesta. Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. 2.º, Coimbra Editora, 1995, pg. 399.

⁸⁶ Chegamos à mesma conclusão a que outros Autores chegaram, mas com fundamentação diversa: a existência de uma lacuna e da correspondente integração.

Diversamente, para alguma Doutrina, sem prejuízo de chegar ao resultado que nos parece certo, o caminho metodológico é o da interpretação da disposição legal, e não da integração. MAIA GONÇALVES alinha nessa posição, sublinhando que no, caso de os novos factos não serem autonomizáveis, afigura-se solução mais acertada a de não proferir decisão instrutória no sentido de se abrir inquérito quanto aos factos novos, a apreciar em oportuna, globalmente e em conjunto com os antigos (in *Código de Processo Penal*, anot. ao art. 303.º, p. 651).

⁸⁷ Para utilizar a expressão de CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Direito Constitucional II. Relatório*, 2001, pg. 174; IDEM, *Direito Constitucional II. Sumários desenvolvidos*, pgs. 78 e 79.

pois, se o “direito em causa” poderá ser subsumido na cláusula aberta do art.º 16.º, n.º 1, da CRP, enquanto mecanismo de abertura, embora subsidiário e excepcional, para alguma Doutrina⁸⁸.

A nosso ver, a resposta é negativa.

Apesar de se tratar de um acto legislativo⁸⁹, existem argumentos (correspondentes a algumas posições divergentes acerca do art.º 16.º, n.º 1), que vedam o reconhecimento desse alegado “direito” por via da cláusula aberta:

i) O art.º 16.º, n.º 1, só é aplicável, se o direito novo não sofrer de inconstitucionalidade⁹⁰. Nesse sentido, a expressão “*quaisquer outros*” do art.º 16.º, n.º 1, poderia mesmo ser objecto de uma redução teleológica, em virtude do princípio da supremacia da Constituição rígida⁹¹.

Ademais, segundo o conceito material de um direito fundamental extraconstitucional, ele teria de ter “radicação comunitária” (ou seja, teria de ser um direito suficientemente radicado na consciência jurídica colectiva como “elemento fundamental” do ordenamento)⁹².

ii) Adoptando um outro entendimento, a abertura é feita dentro do sistema constitucional: cada novo direito ou faculdade não pode conduzir à quebra da unidade valorativa do sistema⁹³.

Assim, a presunção de fundamentalidade seria imediatamente ilidida ou, talvez mais rigorosamente, não chegaria a existir.

iii) Apenas para a tese segundo a qual haveria uma “constitucionalização formal” do direito⁹⁴, beneficiando este da rigidez ínsita aos direitos fundamentais enumerados na Constituição documental, o problema poderia ser colocado.

⁸⁸ Neste último sentido, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, Vol. II, A construção dogmática, diss., Almedina, Coimbra, 2006, pg. 394.

Em sentido diverso, para uma perspectiva mais alargada das funcionalidades da cláusula aberta, PAULO OTERO, *Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais*, in *Ab Uno ad Omnes. 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, 1998, em particular, pgs. 1087-1089.

⁸⁹ Cfr. a expressão “leis”, que abrange certamente os actos legislativos, enunciados pelo art.º 112.º, n.º 1.

⁹⁰ Cfr. o princípio geral enunciado no art.º 3.º, n.º 3, da CRP.

Considerando que o sentido da cláusula do art.º 16.º, n.º 1, é ainda o de assegurar o primado da Constituição, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias...*, II, pg. 392.

⁹¹ Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias...*, II, pg. 382.

⁹² Cfr. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos fundamentais. Introdução geral*, 2.ª ed., revista e actualizada, Principia, Estoril, 2011, n.º 11.V, pg. 59.

⁹³ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Direitos fundamentais. Sumários*, AAFDL, Lisboa, 2002, pg. 40.

Todavia, aí, haveria uma antinomia, uma antinomia entre normas.

Julga-se que, para quem defendesse essa tese, a melhor solução seria considerar que não chegaria a dar entrada na Constituição, sob pena de contradição e genética, insanável inconstitucionalidade.

De nada vale, pois, consagrar na lei ordinária um direito não reconhecido como fundamental, por ser contrário à Constituição.

Em bom rigor, o direito não chega a ser “extravagante”, pois a “regra de reconhecimento”⁹⁵ não funciona.

O sistema de direitos fundamentais encarregar-se-á de paralisar a subsunção no art.º 16.º, n.º 1, não o reconhecendo como um direito fundamental.

A Constituição vem a expulsar ou a repelir o pretensão “direito”, consagrado legalmente.

Mais do que uma fragilização da entrada de um tal actos no “mundo do Direito”, o sistema determina a privação absoluta da produção de quaisquer efeitos jurídicos⁹⁶.

⁹⁴ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os direitos fundamentais atípicos*, diss., Aequitas, Lisboa, 1995, pgs. 144, 147 ss.; IDEM, *Manual de Direito Constitucional*, Introdução, Parte Geral, Parte Especial, volume I, 4.ª ed., revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2011, n.º 113.IV, pg. 616, n.º 113.VI, pg. 618 (aludindo a “*Direito Constitucional Formal Extravagante*”); IDEM, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, n.º 81.IV, pgs. pg. 452 (nota 808) e 453, n.º 83.III, pg. 462; IDEM, *A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Portuguesa*, in IDEM, *Estudos de Direito Público*, vol. I, Principia, S. João do Estoril, 2000, pg. 72: o art.º 16.º, n.º 1, seria uma cláusula de constitucionalização de direitos fundamentais não tipificados no texto constitucional, tendo por isso a designação de atípicos; ficando desse jeito alcandorados à posição de direitos fundamentais.

⁹⁵ Para utilizar, com as devidas adaptações, o conceito de HERBERT L. A. HART, in *O Conceito de Direito* (original *The Concept of Law*, Oxford University Press, 2.ª ed., 1994), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2001, V.3, pg. 104 (sobre a regra de reconhecimento, MANUEL ATIENZA / JUAN RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pgs. 143-163).

Segundo HART, “[a] regra de reconhecimento, de carácter secundário, consiste na regra suprema do sistema jurídico, que estabelece quais regras devem ser reconhecidas como juridicamente válidas, ou seja, identifica quais regras directas, regras primárias de obrigação, devem pertencer ao sistema normativo”.

Todavia, para HART, essa regra não se apresenta de forma explícita, dependendo do comportamento dos agentes estatais, dos tribunais e dos particulares.

⁹⁶ Cfr., analogamente, PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, pg. 958.