

Processo n.º 8/2001. Recurso jurisdicional em matéria administrativa.

Recorrente: Secretário para a Segurança.

Recorrido: A.

Assunto: Alteração da qualificação jurídica. Tipo criminal. Infracção disciplinar. Nulidade insuprível da falta de audiência do arguido.

Data da Sessão: 18.7.2001.

Juízes: Viriato Manuel Pinheiro de Lima (Relator), Sam Hou Fai e Chu Kin.

SUMÁRIO:

I - A questão da alteração da qualificação jurídica da acusação para a sentença, em processo penal, não está regulada expressamente no Código de Processo Penal.

II - À alteração da qualificação jurídica deve aplicar-se, por analogia, o disposto no n.º 1, do art. 339.º do Código de Processo Penal, devendo o juiz comunicar a alteração ao arguido e conceder-lhe, se ele requerer, o tempo estritamente necessário para a preparação da defesa.

III – Quando a alteração implicar a aplicação de penalidade mais elevada o juiz tem sempre de observar o contraditório.

IV - Nas hipóteses de a alteração implicar a aplicação de penalidade igual ou inferior à que constava da acusação, em regra, será necessário proceder à comunicação da alteração ao arguido, visto que a estratégia de defesa estruturada para determinada configuração jurídica, não valerá para outra, mesmo que para infracção menos grave.

V – Não será de proceder à comunicação quando a alteração da qualificação jurídica é para uma infracção que representa um *minus* relativamente à da acusação, ou seja, de um modo geral, sempre que entre o crime da acusação ou da pronúncia e o da condenação há uma relação de especialidade ou de consunção e a convolação é efectuada para o crime menos gravoso.

VI – Enquanto a técnica legislativa do direito criminal recorre ao tipo legal de crime, que se traduz na formulação exacta e precisa da conduta proibida, originando tipos legais de infracção fora de cujo esquema não é admissível a punibilidade, é disciplinarmente ilícita qualquer conduta do agente que transgrida a concepção dos deveres funcionais.

VII - A infracção disciplinar é atípica. É o dever infringido que individualiza a infracção.

VIII – A doutrina mencionada em I, II, III, IV e V aplica-se, com as necessárias adaptações, em processo disciplinar.

IX – A não audição do arguido, em processo disciplinar, antes da decisão final, sobre diversa qualificação jurídica de dever infringido, da que constava na acusação, inquina o processo de nulidade insuprível da falta de audiência do arguido, a que se refere o art. 298.º, n.º 1, do ETAPM.

O Relator

Viriato Manuel Pinheiro de Lima

ACORDAM NO TRIBUNAL DE ÚLTIMA INSTÂNCIA DA REGIÃO
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU:

I – Relatório

A, 2.º Oficial, de nomeação definitiva, do quadro da Polícia Judiciária, interpôs recurso contencioso de anulação do despacho do Secretário para a Segurança, de 6 de Julho de 2000, que o puniu com a pena de suspensão de funções pelo período de 210 dias.

Por acórdão de 22 de Fevereiro de 2001, do Tribunal de Segunda Instância, foi dado provimento ao recurso e anulado o referido acto.

É deste acórdão que vem interposto o presente recurso jurisdicional, terminando o Secretário para a Segurança a respectiva alegação com a formulação das seguintes conclusões:

a) A alteração da qualificação jurídica dos factos imputados ao arguido referentes à falta de comunicação da ausência do Território da RAEM não viola as garantias de defesa do arguido em geral, nem em particular, o seu direito de audiência, nos termos em que impõem os art.ºs 333.º e 334.º do ETAPM, e bem, assim o art.º 97.º do Código do Procedimento Administrativo.

b) Não tem, pois, aplicação ao caso “*subjudicibus*” o n.º 1 do artigo 298.º do ETAPM, que considera nulidade insuprível a falta de audiência do arguido, porquanto lhe foram respeitados sem qualquer enfraquecimento todos os direitos e garantias de defesa, sendo assim cumprido o princípio do contraditório.

c) A convocação operada no despacho punitivo não o foi para infracção mais grave e, tendo por base os mesmos factos, a audiência do arguido face à diferente valoração jurídica em relação à originariamente feita na Acusação, não era obrigatória.

d) O mui douto Acórdão recorrido enferma de uma incorrecta aplicação quer da lei substancial, quer da Lei processual disciplinar, bem como da sua subsidiária Lei Processual Penal.

O ora recorrido contra-alegou, apresentando as seguintes conclusões:

1. As alegações da entidade ora recorrente repete no fundo o mesmo raciocínio errado que tem vindo a desenvolver ao longo do presente processo.

2. Houve na realidade vícios de forma com preterição de formalidades essenciais, que a entidade ora recorrente continua teimosamente a não aceitar.

3. Ao não ter assegurado e salvaguardado o princípio do contraditório, não foram dados ao ora recorrido os meios necessários para garantir o direito que lhe assiste à defesa.

4. Este mesmo princípio do contraditório, deve ser considerado sempre em sede de processo disciplinar, a fim de serem salvaguardados os direitos fundamentais inerentes à defesa.

5. Considerou bem o douto acórdão proferido pelo Venerando Tribunal de Segunda Instância, ao considerar que a convolação para infracção mais penosa e gravosa feita no despacho punitivo, vicia todo o processo e deve dar origem a nova audiência do arguido, o que efectivamente não aconteceu no presente processo.

6. Esta mesma falta de audiência do arguido é geradora de nulidade insuprível a qual acarreta vício de forma por preterição de formalidade essencial.

O Ex.^{mo} Procurador-Adjunto emitiu circunstanciado parecer, no qual defende essencialmente que:

- O douto acórdão recorrido não merece censura;
- O C. P. Penal de Macau não contém qualquer norma que limite o exercício da qualificação jurídica por parte do Tribunal. Apenas se preocupa, efectivamente, em condicionar os poderes de cognição do Juiz no domínio dos factos;
- O artigo 360º, nomeadamente, que prevê as nulidades da sentença, não contempla os casos de simples modificação da qualificação jurídica constante da acusação ou da pronúncia, mas, tão só, a condenação por “factos

não descritos na pronúncia ou, se a não tiver havido, na acusação ou acusações” (ressalvando as hipóteses de aplicação dos arts. 339.º e 340.º);

- O art. 83.º da Lei Básica estipula que os Tribunais da R.A.E.M. “apenas estão sujeitos à lei”, o que vale por dizer que as qualificações realizadas por outros sujeitos, no decurso do processo, não são vinculativas para o Tribunal;

- Impõe-se concluir, assim, que o Tribunal é livre na subsunção jurídica dos factos submetidos à sua apreciação;

- O arguido, todavia, deve ser alertado para a convolação;

- Há, pois, que conceder ao arguido, no caso de enquadramento legal diferente, um tempo suplementar de defesa, devendo ser aplicado, por analogia, nos termos do art. 4.º do C. P. Penal, o art. 339.º, no julgamento;

- Só assim se salvaguarda, na verdade, de forma efectiva, o seu direito de defesa;

- E, como é óbvio, essa defesa deverá ser concedida sempre, tanto no caso de agravação como de manutenção ou atenuação da pena.

- No caso “sub judice”, houve uma alteração de qualificação, sem a necessária audição do arguido, sendo certo que as infracções em causa têm idêntica gravidade;

- E tal falta de audiência constitui, realmente, nulidade insuprível do respectivo processo disciplinar;

- Deve, pelo exposto, ser negado provimento ao recurso.

II – Os factos

Os factos provados são os seguintes:

O recorrente é 2.º Oficial, de nomeação definitiva do quadro da Polícia Judiciária;

Nos dias 20, 23, 25, 26 e 29 de Abril de 2000, ausentou-se da R.A.E.M. para a R.A.E. Hong Kong sem ter dado prévio conhecimento ao seu imediato superior hierárquico;

Nem pedindo a respectiva autorização;

No dia 25 de Abril a ausência ocorreu entre as 13^H.24^M e as 16^H.53^M;

Para justificar a falta ao serviço na tarde do dia 25 de Abril apresentou um documento onde se declarava que, entre as 14^H.30^M e as 17^H.30^M estava no Centro de Saúde do Tap Seac;

O documento foi subscrito pelo médico dentista Dr. B, a pedido do recorrente;

Que bem sabia tratar-se certificação de facto que não correspondia à verdade;

Convencendo o médico de ali ter estado;

Confessou os factos no processo disciplinar;

Contra o arguido foi deduzida a seguinte acusação no processo disciplinar contra ele instaurado:

1º

Nos dias 20, 23, 25, 26 e 29 de Abril de 2000, o arguido ausentou-se do Território, sem ter dado ao seu superior directo conhecimento dessa ausência e, muito menos, ter requerido a necessária autorização.

2º

E mais,

Na ausência referente ao dia 25 de Abril, o arguido ausentou-se do Território entre 13h24 às 16h53, conforme consta do documento de fls. 12.

3º

Não tendo, por isso, picado o ponto no período de entrada da parte da tarde (Doc. de fls. 17).

4º

Contudo,

Para justificação da falta, apresentou documento justificativo de que se encontrava, entre as 14h30 às 17h30, no Centro de Saúde do Tap Seac (Doc. de fls. 18).

5º

Tal documento foi subscrito pelo médico dentista Dr. B, a pedido do arguido, conforme consta das declarações do médico, das fls. 50.

6º

A fim de obter tal documento justificativo da falta, o arguido prestou conscientemente falsas declarações, pois bem sabia que não tinha estado presente no Centro de Saúde do Tap Seac entre as horas que indicou, por se encontrar ausente do Território.

7º

Assim,

*O referido documento de fls. 18 é um documento falso – **falsidade intelectual** – já que o seu conteúdo não corresponde à realidade factual.*

8º

Com os comportamentos acima descritos, o arguido violou:

- Quanto aos factos referidos no n.º 1, o art.º 18 do Regulamento Interno da Polícia Judiciária de Macau;

- Quanto aos restantes factos relatados, prestou o arguido falsas declarações relativas à justificação de faltas.

9º

A primeira infracção, que consubstancia a **violação do dever de zelo**, é passível de pena de multa, nos termos da alínea e) do n.º 2 do art.º 313 do ETAPM.

10º

A segunda infracção – **falsas declarações** – é passível de pena de suspensão entre 121 a 240 dias, nos termos do n.º 2 alínea g) e n.º 3 art.º 314 do ETAPM.

11º

Contra o arguido milita circunstância agravante da alínea h) do n.º 1 e n.º 5 do art.º 283 do ETAPM – **acumulação de infracções.**»

É este o teor do acto recorrido:

“Despacho do Secretário para a Segurança

Nº23/SS/2000

Processo Disciplinar n.º 13/2000 da Polícia Judiciária

Arguido: A (2º. Oficial)

Nos presentes autos vem suficientemente provado que o arguido, 2.º Oficial A da Polícia Judiciária se ausentou do território da Região Administrativa Especial de Macau, nos dias 20, 23, 25, 26 e 29 de Abril do corrente ano sem que do facto tivesse dado conhecimento aos seus superiores hierárquicos. Além disso encontra-se ainda provado que no dia 25 de Abril, o fez durante o seu horário de trabalho, sendo que para justificar a falta ao serviço durante o período compreendido entre as 14H30 e 17H30, apresentou uma declaração médica, da qual constava ter permanecido durante aquele período de tempo no Centro de Saúde do Tap Seac, aguardado uma consulta de estomatologia, declaração que obteve convencendo o médico de que, efectivamente, ali permanecera durante toda a tarde.

Ora, o dever de comunicação de ausência do território decorre, “a fortiori ” do disposto no artigo 83.º, n.º 3 do ETAPM, aprovado pelo Dec.Lei n.º 87/98/M, de 21 de Dezembro e tutela o interesse jurídico da facilidade de contacto dos trabalhadores da Administração Pública, não contendo este dever, de mera comunicação, com o direito à liberdade de deslocação, circulação e viagem reconhecido aos residentes da Região Administrativa Especial de Macau e, como tal, consagrado no artigo 33.º da Lei Básica.

Resulta ainda provado que o arguido agiu voluntária e conscientemente, com perfeito conhecimento do prejuízo que a sua conduta constituía, como efectivamente constituiu, para o serviço, respectivo prestígio, dignidade e funcionamento.

Com o descrito comportamento, o arguido violou o dever de zelo (na medida em que não comunicou as ausências do território) a que se refere o artigo 279º., n.º 2 alínea b) e 4 ao que corresponde, em abstracto, a pena de multa, nos termos do artigo 313º., n.º. 2 alínea e) e ainda o dever de lealdade (cuja violação é integrada pela falsidade na justificação da falta) a que se refere o artigo 279º., n.º. 2 d) e 6, e a que, corresponde, em abstracto a pena de suspensão de funções, nos termos do artigo 314º., n.ºs 2, alínea g) e 3 – todos os normativos citados do ETAPM.

Ponderada a gravidade das infracções ao dever, a personalidade do arguido, o elevado grau de culpa (atento o dolo que caracterizou a falsidade na justificação da falta) e ainda os prejuízos para o serviço, com o que concorre ainda, a circunstância agravante da acumulação de infracções a que se refere a alínea h) do n.º 1 do artigo 283º. (com referência ao seu n.º. 5) do citado ETAPM, usando a competência que me advém do disposto na alínea 3) do Anexo IV ao n.º. 2 do artigo 4º. do Regulamento Administrativo n.º. 6/1999, de 20 de Dezembro.

PUNO o arguido, 2º. Oficial A, nos termos, ainda, das disposições conjugadas dos artigos 316º. e 322º. do referido diploma estatutário, com a pena de **suspensão de funções** pelo período de 210 dias, conforme proposto pelo Director Substituto da Polícia Judiciária.

Notifique o arguido do teor do presente despacho e ainda de que do mesmo pode recorrer contenciosamente, nos prazos e termos da Lei para o Tribunal de Segunda Instância.

Gabinete do Secretário para a Segurança da Região Administração Especial de Macau, de 6 de Julho de 2000

O Secretário para a Segurança

Cheong Kuoc Vá” .

III – O Direito

A questão a resolver

1. A questão central em apreciação é a de saber se, ocorrendo uma alteração jurídica da acusação em processo disciplinar, para a decisão, mas mantendo-se os factos inalterados, era necessário ter ouvido o arguido sobre a alteração, antes de ter lugar a decisão.

O Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau (doravante ETAPM), designadamente quando aborda o regime disciplinar (arts. 276.º a 358.º), não se pronuncia expressamente sobre a questão.

Impõe-se, assim, procurar a solução no processo penal, dado que é subsidiário do processo disciplinar, conforme princípio que se extraia do n.º 4, do art. 293.º do ETAPM, como já decidiu este Tribunal no acórdão de 16.2.2000, Processo n.º 5/2000.

Face ao enunciado da questão a resolver, importa delimitar negativamente o tema.

Só nos interessa a *alteração da qualificação jurídica*, pelo que a *alteração dos factos* da acusação para a decisão, está fora do nosso campo de análise.

Dentro do tema da alteração da qualificação jurídica também não nos importam todos os aspectos como, por exemplo, a alteração entre a acusação e a instrução (cfr. o art. 285.º do Código de Processo Penal) ou a pronúncia. Dado o paralelismo entre o julgamento (e sentença) em processo penal e a decisão em processo disciplinar, só abordaremos o problema da alteração da qualificação jurídica entre a acusação e o julgamento.

Alteração da qualificação jurídica no Código de Processo Penal de 1929

2. No Código de Processo Penal de 1929, que vigorou em Macau até 31.3.97 (art. 6.º do Decreto-Lei n.º 48/96/M, de 2.9), sem prejuízo da continuação da sua aplicação aos processos então pendentes, e que vigorou em

Portugal até 31.5.87, com a mesma ressalva (art. 7.º do Decreto-Lei n.º 78/87, de 17.2), a questão estava regulada no art. 447.º, onde se dispunha:

«Artigo 447.º

(Convolação para infracção diversa da acusação)

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

§ 1.º ...

§ 2.º ...».

A interpretação relativamente consensual¹ era a de que o tribunal era livre na qualificação jurídica, desde que os factos não se alterassem, podendo condenar por crime mais grave do que o constante da acusação.

A ideia que estava na base da norma foi explicitada por BELEZA DOS SANTOS², da seguinte maneira:

¹ Já CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de Processo Criminal*, Coimbra, 1968, p. 262 e segs., propunha uma leitura restritiva do referido art. 447.º

² BELEZA DOS SANTOS, *A sentença condenatória e a pronúncia em processo penal*, em *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 63.º, p. 385 e segs.

“Compreende-se bem a razão de ser da independência que possui a sentença final na qualificação jurídica dos factos constantes da pronúncia ou equivalente.

Desde que esses factos constem da acusação formulada contra o réu, este tem possibilidade de organizar a sua defesa contra eles: não é colhido de surpresa por uma acusação que não esperava, por factos com que não contava e que, por isso, não pôde contestar a tempo.

Quanto à qualificação jurídica – isto é, à aplicação e interpretação da lei -, é manifesto que o réu não pode contar com aquela que o despacho de pronúncia adoptou.

Ela pode evidentemente ser alterada, sem que se prejudique os legítimos interesses do réu, a quem fica sempre aberto o caminho de discutir livremente a qualificação jurídica dos factos e de recorrer contra sentenças que façam uma apreciação ou interpretação da lei que julgue erróneas.

Seria exorbitante e injustificado que se atribuisse ao réu a vantagem de beneficiar com qualquer erro de apreciação jurídica feita no despacho de pronúncia ou equivalente. Da mesma maneira seria injustificado e vexatório que se vinculasse o tribunal que tem de julgar a certa interpretação da lei seguida pelo juiz que pronunciou”.

A norma tinha contra si diversas opiniões no plano «de jure condendo»³ e veio a ser posta em crise, por inconstitucionalidade, por se entender que violava

³ Exemplificativamente, SILVA e SOUSA, *Condenações penais de surpresa*, em *Revista dos Tribunais*, ano 67.º, p. 322, EDUARDO CORREIA, *Caso julgado e poderes de cognição do juiz*, em *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, Coimbra, 1983, p. 398 e segs.

as garantias de defesa do réu, na medida em que este não fosse prevenido da nova qualificação e lhe não fosse dada a oportunidade de se defender⁴.

Alteração da qualificação jurídica no Código de Processo Penal português de 1987

3. Os novos Códigos de Processo Penal, português, de 1987 e de Macau, de 1996, não contêm uma norma semelhante à do art. 447.º do Código de Processo Penal de 1929.

As normas com relação com a questão em apreço, dispõem o seguinte.

Código de Processo Penal de Macau de 1996:

«Artigo 1.º⁵

(Definições)

1. Para efeitos do disposto no presente Código, considera-se:

...

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

⁴ Cfr., neste sentido, os acórdãos do Tribunal Superior de Justiça (de Macau), de 23.10.96, 9.4.97, 30.4.97 e 29.10.98, respectivamente nos Processos n.ºs 518, 638, 461 e 903, na *Jurisprudência*, também respectivamente, no II tomo de 1996, I tomo de 1997, p. 400 e 517 e II tomo de 1998, p. 599.

⁵ É semelhante ao art. 1.º, alínea f), do Código português de 1987.

...»

«Artigo 339.º⁶

(Alteração não substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia)

1. Se do decurso da audiência resultar fundada suspeita da verificação de factos com relevo para a decisão da causa mas não descritos na pronúncia ou, se a não tiver havido, na acusação ou acusações, e que não importem uma alteração substancial dos factos descritos, o juiz que preside ao julgamento, oficiosamente ou a requerimento, comunica a alteração ao arguido e concede-lhe, se ele o requerer, o tempo estritamente necessário para a preparação da defesa.

2. Ressalva-se do disposto no número anterior o caso de a alteração ter derivado de factos alegados pela defesa.

Artigo 340.º

(Alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia)

1. Se do decurso da audiência resultar fundada suspeita da verificação de factos não descritos na pronúncia ou, se a não tiver havido, na acusação ou acusações, e que importem uma alteração substancial dos factos descritos, o juiz que preside ao julgamento comunica-os ao Ministério Público, valendo tal comunicação como denúncia para que ele proceda pelos

⁶ Os arts. 339.º e 340.º correspondem, com alterações de pormenor, aos arts. 358.º e 359.º do Código português de 1987, na redacção original.

novos factos, os quais não podem ser tomados em conta para o efeito de condenação no julgamento em curso.

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 juiz que preside ao julgamento concede ao arguido, a requerimento deste, prazo para preparação da defesa não superior a 10 dias, com o conseqüente adiamento da audiência, se necessário.».

Face aos arts. 1.º, alínea f), 358.º e 359.º do Código de Processo Penal, português, de 1987, semelhantes, como se disse, às normas citadas, pôs-se, então o problema de saber se o tribunal podia livremente alterar, no julgamento, a qualificação jurídica constante da acusação.

A) Para uns, tratava-se de alteração de factos, podendo ou não ser substancial, o que impedia, sem mais, a alteração da qualificação jurídica.

Era o caso de G. MARQUES DA SILVA⁷.

⁷ G. MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Editorial Verbo, 1994, III, p. 269 e segs.

Entendia este autor, no seu manual escolar, que, no passado, a liberdade de qualificação jurídica dos factos pelo tribunal assentava na presunção inilidível do conhecimento da lei. A alteração verificada, para além de acentuar da estrutura acusatória do processo, prendeu-se, também, com a exigência de conhecimento da ilicitude que faz agora o Código Penal. Assim, acrescenta, «se nalguns casos é também objecto do conhecimento, no dolo, a norma que incrimina o facto, parece essencial que essa norma conste da acusação para que o arguido se possa defender, ou por outro modo, seria intolerável que o arguido pudesse ser surpreendido com uma condenação por um tipo legal de crime que desconhecia e lhe era indispensável conhecer para que tomasse consciência da ilicitude do facto».

Este autor apenas ressalvava os casos em que a alteração da qualificação não representasse uma alteração essencial do sentido de desvalor dos factos imputados ao arguido em termos de não pôr em causa a consciência da ilicitude do comportamento.

Para tais casos - que exemplifica com as normas que mantêm entre si uma relação de especialidade - qualquer alteração da qualificação, ainda que não essencial, deveria ser comunicada ao arguido e ser-lhe concedido tempo

para a defesa, nos termos do art. 358.º do Código de Processo Penal, que trata das alterações não substanciais dos factos⁸.

B) Para outros autores, como FREDERICO ISASCA⁹ ou A.Q. DUARTE SOARES¹⁰, seguindo alguma jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, o novo Código de Processo Penal era omissivo quanto à problemática em discussão, pelo que não estava em causa qualquer alteração de factos, sendo, pois, livre o tribunal na qualificação jurídica, em termos semelhantes aos previstos no Código de Processo Penal de 1929.

C) Para uma terceira corrente, intermédia, o novo Código de Processo Penal era omissivo quanto à questão, concordando que não estava em causa qualquer alteração de factos. Mas, ao contrário da tese anterior, entendiam como MARIA JOÃO ANTUNES¹¹ que a lacuna devia ser integrada pela

⁸ Do mesmo autor e no mesmo sentido cfr. *Objecto do processo penal: a qualificação jurídica dos factos, comentário ao Assento n.º 2/93, de 27/1/93*, em *Direito e Justiça* (Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa), 1994, volume VIII, tomo I, p. 91 a 116.

⁹ FREDERICO ISASCA, *Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português*, Livraria Almedina, Coimbra, 1995, p. 100 a 110.

¹⁰ A.Q. DUARTE SOARES, *Convolações*, em *Colectânea de Jurisprudência do STJ*, ano II, tomo III, p. 20.

¹¹ MARIA JOÃO ANTUNES, *Tráfico de menor gravidade – Alteração da qualificação jurídica dos factos – direito de defesa*, em *Droga, Decisões de Tribunais de 1.ª Instância, 1993, comentários*, Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga, Ministério da Justiça, Lisboa, 1995, p. 297 e 298.

aplicação analógica da norma referente à alteração não substancial dos factos, em nome da tutela efectiva do direito de defesa do arguido, pelo menos «quando a alteração da qualificação jurídica dos factos acarreta uma agravação da pena aplicável» devendo, pois, ser o arguido prevenido da nova qualificação jurídica para se poder defender.

No mesmo sentido, TERESA BELEZA¹², expendeu que o Código de Processo Penal, na sua redacção, pressupõe logicamente uma diferença entre alteração de factos e alteração da qualificação jurídica. E adiantando que hoje não é defensável a opinião de Beleza dos Santos, segundo a qual o arguido se defende fundamentalmente de factos e não de qualificações jurídicas, sugere que o Código de Processo Penal deveria ter previsto uma regra do tipo do art. 358.º, pelo que este deve ser aplicado por analogia.

Entretanto, o legislador português, por meio da Lei n.º 59/98, de 25.8, alterou o Código de Processo Penal e acrescentou um n.º 3 ao art. 358.º, nos termos do qual “o disposto no n.º 1 é correspondentemente aplicável quando o tribunal alterar a qualificação jurídica dos factos descritos na acusação ou na pronúncia”, resolvendo, assim, a querela doutrinal e jurisprudencial.

¹² TERESA BELEZA, *O objecto do processo penal: o conceito e o regime de alteração substancial dos factos no Código de Processo Penal de 1987*, em *Apontamentos de Direito Processual Penal*, AAFDL, 1995, III volume, p. 88 a 106 e *As variações do objecto do processo no Código de Processo Penal de Macau*, em *Revista Jurídica de Macau*, 1997, volume IV, n.º 1, p. 45.

Alteração da qualificação jurídica no Código de Processo Penal de Macau, de 1996

4. Vejamos como se deve resolver a questão em face do Código de Processo Penal de Macau.

Consideramos que a questão da alteração da qualificação jurídica não está regulada expressamente no Código. Na verdade, alteração substancial ou não de factos não é o mesmo que alteração da qualificação jurídica.

Mas não é sustentável que dada a omissão o tribunal seja livre na alteração da qualificação jurídica, mormente para infracção mais grave.

Por um lado, o legislador conhecia o consenso doutrinal que se estabeleceu nos anos finais da vigência do art. 447.º do Código de Processo Penal de 1929, no sentido que violava as garantias de defesa do arguido a livre alteração da qualificação jurídica, sem que lhe fosse dada a possibilidade de se pronunciar sobre a mesma.

Como explica G. MARQUES DA SILVA¹³ a «liberdade de qualificação pelo tribunal significava uma importante derrogação do princípio da acusação e do contraditório, já que o arguido acusado por violação de uma determinada

¹³ G. MARQUES DA SILVA, *Curso...*, p. 270.

norma poderia ser surpreendido pela condenação por outra sem que tivesse tido oportunidade de alegar as suas razões de facto e de direito sobre a norma que lhe foi aplicada».

Nem se entenderia que a acusação deva conter a indicação das disposições legais aplicáveis sob pena de nulidade [art. 265.º, n.º 3, alínea c), do Código de Processo Penal] e tal indicação não tivesse qualquer efeito vinculativo para o tribunal¹⁴.

Nem se diga que o arguido se defende fundamentalmente de factos e não de qualificações jurídicas.

«É que os contornos objectivos do facto relevante só podem determinar-se por referência a determinada norma e, por isso, a prova dos elementos factuais relevantes pressupõe a sua prévia referência à norma que estabelece o modelo de comportamento delituoso»¹⁵.

Tomemos o seguinte exemplo: o arguido é acusado de sequestro simples, previsto e punível pelo art. 152.º, n.º 1, do Código Penal, embora na acusação se alegue que a detenção ocorreu ente os dias 3 e 6 de determinado mês (durou, portanto, mais de 2 dias).

¹⁴ G. MARQUES DA SILVA, *Curso...*, p. 271.

¹⁵ G. MARQUES DA SILVA, *Curso...*, p. 270, nota (2).

Dado que o elemento constitutivo do crime é a detenção ou privação da liberdade de outrem, o arguido pode só se ter preocupado em arrolar meios de prova tendentes a demonstrar que não sequestrou a vítima, sem se ter preocupado em provar que a privação da liberdade durou menos de 2 dias, ou mesmo não ter arrolado quaisquer meios de prova, por aceitar o sequestro, mas não que este se prolongou por tal período.

Se na sentença viesse a ser condenado pelo crime qualificado do art. 152.º, n.º 2, alínea a) do Código Penal (sequestro durante mais de 2 dias), isto representaria uma condenação de surpresa, visto que na incriminação da acusação o tempo de sequestro não era relevante, mas na incriminação da sentença já era e de que maneira, pois a penalidade aplicável passou de 1 a 5 anos de prisão, para a de 3 a 12 anos de prisão! Exemplos como este podem multiplicar-se.

Mas ao lado da *defesa factual*, em que a mudança da incriminação prejudica a estratégia da defesa, evidente no exemplo dado, o arguido também procede (ou pode proceder) a uma *defesa jurídica*, tanto na contestação, como na alegação oral em julgamento (arts. 297.º e 341.º, n.º 1, do Código de Processo Penal).

Ora, é natural que, nessas peças processuais, o defensor do arguido se debruce sobre a construção jurídica da acusação que é feita ao arguido. Se na

sentença vem a ser condenado com base em outra construção jurídica, toda a estratégia da defesa ficou prejudicada e saiu frustrada por essa surpresa.

Conclui-se, assim, que a questão da alteração da qualificação jurídica não está regulada expressamente no Código e que o tribunal não é livre na alteração da qualificação jurídica.

5. Como se sabe, os casos não previstos na lei são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos, sendo que há analogia sempre que no caso omissis procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei (art. 4.º do Código de Processo Penal e art. 10.º, n.ºs 1 e 2 do Código Civil).

Os casos com algum paralelismo com a alteração da qualificação jurídica são os que se referem à alteração de factos descritos na acusação, previstos nos arts. 339.º e 340.º do Código de Processo Penal.

Quando ocorre uma *alteração substancial* dos factos, o juiz que preside ao julgamento comunica-os ao Ministério Público, valendo tal comunicação como denúncia para que ele proceda pelos novos factos, os quais não podem ser tomados em conta para o efeito de condenação no julgamento em curso (art. 340.º, n.º 1, do Código de Processo Penal).

Não é pacífica na doutrina e na jurisprudência qual a solução para estes casos de factos não autonomizáveis¹⁶, já se tendo defendido que o tribunal deverá proceder a uma absolvição da instância, a fim de que o Ministério Público proceda a inquérito pelos novos factos e deduza nova acusação que abranja todos os factos; ou que o tribunal deverá decretar uma suspensão da instância, para que o julgamento proceda depois de os novos factos terem sido investigados e objecto de nova acusação conjunta; ou prosseguir o julgamento com agravação da pena até ao máximo abstracto, sendo os novos factos objecto de julgamento separado¹⁷.

Por sua vez, quando se dá uma *alteração não substancial* dos factos, juiz que preside ao julgamento, officiosamente ou a requerimento, comunica a alteração ao arguido e concede-lhe, se ele o requerer, o tempo estritamente necessário para a preparação da defesa (art. 339.º, n.º 1, do Código de Processo Penal).

Pois bem, a analogia com a alteração da qualificação jurídica só pode ser a da *alteração não substancial* dos factos. Por um lado, porque a alteração da

¹⁶ Se os novos factos forem independentes dos que constituem o objecto do processo, terá de haver novo processo e o processo pendente prossegue.

¹⁷ Sobre estas matérias, ROBALO CORDEIRO, *Audiência de julgamento*, em *O Novo Código de Processo Penal, Jornadas de Direito Processual Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Livraria Almedina, Coimbra, 1995, p. 305 a 308, FREDERICO ISASCA, obra citada, p. 194 a 210 e TERESA BELEZA, *O objecto ...*, p. 92 e 102 a 104 e *As variações...*, p. 45 e 46 e 61 a 63.

qualificação jurídica é uma *alteração não substancial* da situação. Por outro, porque as soluções previstas para a *alteração substancial* dos factos seriam totalmente inadequadas à mera alteração da qualificação jurídica, enquanto que o remédio que a lei prescreve para a *alteração não substancial* dos factos é adequado à patologia relativa à alteração da qualificação jurídica.

À alteração da qualificação jurídica aplicar-se-á, portanto, por analogia, o disposto no n.º 1, do art. 339.º do Código de Processo Penal.

Acresce, ainda que, hoje, de acordo com o disposto no art. 3.º, n.º 3, do Código de Processo Civil «O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem».

Esta norma deve considerar-se aplicável em processo disciplinar, por via da dupla subsidiariedade do processo civil relativamente ao processo penal (art. 4.º do Código de Processo Penal) e deste relativamente ao processo disciplinar, nos termos já atrás descritos e a que também nos referimos no acórdão de 16.2.2000.

A questão de saber se qualquer alteração da qualificação jurídica obriga o juiz a comunicar a alteração ao arguido

6. Para os fins do caso dos autos, importa, agora, apurar se qualquer alteração da qualificação jurídica¹⁸ obriga o juiz a comunicar a alteração ao arguido e a conceder-lhe, se ele o requerer, o tempo para a preparação da defesa.

Na hipótese de a alteração implicar a aplicação de penalidade mais elevada é manifesto que o juiz tem sempre de observar o contraditório.

Nas hipóteses de a alteração implicar a aplicação de penalidade igual ou inferior à que constava da acusação, temos de distinguir.

Em regra, será necessário proceder à comunicação da alteração ao arguido, visto que a estratégia de defesa estruturada para determinada configuração jurídica não valerá para outra, mesmo que para infracção menos grave, em termos de penalidade aplicável em abstracto.

Por exemplo, se o arguido vem acusado de crime de furto, previsto e punível pelo art. 197.º, n.º 1, do Código Penal e na sentença vem a ser condenado pelo crime de burla, previsto e punível pelo art. 211.º, n.º 1, do Código Penal, é completamente surpreendido, apesar de se tratar de crimes a que cabe a mesma penalidade.

¹⁸ Salvaguardado o caso de a alteração ter derivado de factos alegados pela defesa, em que se deverá aplicar o disposto no n.º 2, do art. 339.º do Código de Processo Penal.

O mesmo se diga se o arguido vem acusado de crime de furto (punível com prisão até 3 anos ou pena de multa – art. 197.º, n.º 1, do Código Penal) e é condenado pelo crime de extorsão de documento (punível com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias – art. 216.º do Código Penal).

Já assim não será nos casos apontados por MAIA GONÇALVES¹⁹, em «que não é necessária a comunicação ao arguido quando a alteração da qualificação jurídica é para uma infracção que representa um *minus* relativamente à da acusação ou da pronúncia, pois que o arguido teve conhecimento de todos os seus elementos constitutivos e possibilidade de os contraditar. Aqui podem apontar-se os casos de convolção de furto ou de qualquer outro crime qualificado para o crime simples; de crime doloso para o crime por negligência e, de um modo geral, sempre que entre o crime da acusação ou da pronúncia e o da condenação há uma relação de especialidade²⁰ ou de consunção e a convolção é efectuada para o crime menos gravoso,²¹ *rectius* do crime especial ou qualificado para o simples ou para o que seria consumido pelo da acusação ou da pronúncia. Muitos exemplos se podem aqui apontar: Convolção de furto de valor elevado para furto simples; de roubo para furto; de homicídio ou de ofensas à integridade física cometidos dolosamente

¹⁹ MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado e Comentado*, Livraria Almedina, Coimbra, 11.ª edição, 1999, p. 647 e 648.

²⁰ Contra, ao que parece, G. MARQUES DA SILVA, *Curso...*, p. 272.

²¹ Os sublinhados são nossos.

para os mesmos crimes por negligência; de violação para coacção sexual; de homicídio para homicídio privilegiado, etc.».

O tipo legal de crime e a infracção disciplinar

7. A técnica legislativa do direito criminal recorre ao tipo legal de crime, neles descrevendo «o legislador aquelas expressões da vida humana que em seu critério encarnam a negação dos valores jurídico-criminais, que violam, portanto, os bens ou interesses jurídico-criminais.

Neles vasa a lei como em moldes os seus juízos valorativos, neles formula de maneira típica a antijuridicidade, a ilicitude criminal. Depois, umas vezes formulados esses tipos legais de crimes, impõe-os ao juiz como quadros, a que este deve sempre subsumir os acontecimentos da vida para lhes poder atribuir a dignidade jurídico-criminal»²². É isto que se designa por tipicidade, ligada ao princípio do “nullum crimen sine lege”, previsto no art. 29.º, 1.º parágrafo da Lei Básica.

Ora, como ensinava MARCELLO CAETANO,²³ «enquanto o ilícito criminal se traduz na formulação exacta e precisa da conduta proibida,

²² EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1968, I volume, p. 275 e 276.

²³ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Livraria Almedina, Coimbra, 9.ª edição, 1980, Tomo II, p. 810.

originando tipos legais de infracção fora de cujo esquema não é admissível a punibilidade, é disciplinarmente ilícita qualquer conduta do agente que transgrida a concepção dos deveres funcionais válida para as circunstâncias concretas da sua posição e actuação.

Pode normalmente ser qualificada como *infracção disciplinar* qualquer conduta de um agente que caiba na definição legal: a infracção disciplinar é *atípica*. Só em certos casos a lei define as condições de existência da infracção, criando então um tipo»²⁴. É o dever infringido que individualiza a infracção.

Quer isto dizer que, no direito disciplinar o dever funcional cuja violação é imputada ao arguido, representa valor jurídico semelhante ao tipo em direito criminal.

O caso dos autos

8. Na acusação constava:

«8º

Com os comportamentos acima descritos, o arguido violou:

²⁴ Neste sentido, também, L. VASCONCELOS DE ABREU, *Para o Estudo do Procedimento Disciplinar no Direito Administrativo Português Vigente: as Relações com o Processo Penal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, p. 30.

- Quanto aos factos referidos no n.º 1, o art.º 18 do Regulamento Interno da Polícia Judiciária de Macau...

9º

A primeira infracção, que consubstancia a **violação do dever de zelo**, é passível de pena de multa, nos termos da alínea e) do n.º 2 do art.º 313 do ETAPM».

Os factos referidos no n.º 1 eram «Nos dias 20, 23, 25, 26 e 29 de Abril de 2000, o arguido ausentou-se do Território, sem ter dado ao seu superior directo conhecimento dessa ausência e, muito menos, ter requerido a necessária autorização».

Na decisão:

«Ora, o dever de comunicação de ausência do território decorre, “*a fortiori*” do disposto no artigo 83º., n.º 3 do ETAPM, aprovado pelo Dec.Lei n.º 87/98/M, de 21 de Dezembro e tutela o interesse jurídico da facilidade de contacto dos trabalhadores da Administração Pública, não contendo este dever, de mera comunicação, com o direito à liberdade de deslocação, circulação e viagem reconhecido aos residentes da Região Administrativa Especial de Macau e, como tal, consagrado no artigo 33º. da Lei Básica.

...

Com o descrito comportamento, o arguido violou o dever de zelo (na medida em que não comunicou as ausências do território) a que se refere o artigo 279º., n.º 2 alínea b) e 4 ao que corresponde, em abstracto, a pena de multa, nos termos do artigo 313º., n.º 2 alínea e)».

Temos, assim, que na acusação foi imputada ao arguido violação do n.º 1, do art.º 18 do Regulamento Interno da Polícia Judiciária de Macau²⁵, que consubstanciaria a violação do dever de zelo, passível de pena de multa, nos termos da alínea e) do n.º 2 do art.º 313 do ETAPM.

Na decisão foi imputada ao arguido violação do disposto no artigo 83º., n.º 3 do ETAPM que consubstanciaria a violação do dever de zelo a que se refere o artigo 279º., n.º 2 alínea b) e 4 e a que corresponde, em abstracto, a pena de multa, nos termos do artigo 313º., n.º 2 alínea e) do ETAPM.

No art. 18.º, n.º 1, do Regulamento Interno da Polícia Judiciária dispõe-se que «A ausência dos funcionários da PJ do Território passa a ser controlada pelos responsáveis das várias subunidades, sendo obrigatório a permanência de, pelo menos, 60% dos seus efectivos».

²⁵ Que não está publicado no Boletim Oficial [art. 3.º, alíneas 2) e 5) da Lei n.º 3/1999] e que parece ser da autoria (cfr. fls. 115 a 135) de quem não possui competência regulamentar [arts. 50.º, alínea 5) e 64.º, alínea 5) da Lei Básica], pelo que não poderia fundamentar a violação de dever funcional, integrador de infracção disciplinar.

Enquanto que no art. 83.º, n.º 3, do ETAPM, inserido no Capítulo II, do Título III, relativo a férias, se estabelece que «O trabalhador deve fornecer previamente ao serviço a que pertence os elementos que permitam contactá-lo durante o gozo de férias, em qualquer momento, dentro ou fora do Território».

Tem razão a entidade recorrida, ora recorrente, ao apontar que a penalidade da infracção em causa era a mesma, a de multa, tanto na acusação, como na decisão, ao contrário do que afirmam, tanto o acórdão recorrido, como o ora recorrido.

E, por outro lado, tanto na acusação, como na decisão, era imputada ao arguido a violação do dever de zelo, a que cabia a pena de multa.

Porém, parte da qualificação jurídica foi alterada e a alteração deu-se precisamente no elemento caracterizador da falta disciplinar: a norma que lhe imporia a comunicação ao seu superior, quando ausente de Macau.

Mas apesar de a convolação não ter sido para infracção mais grave, o arguido não foi ouvido sobre a alteração da qualificação jurídica de uma das normas, que o acto administrativo recorrido considerou que ele havia violado.

E deveria tê-lo sido.

Como se disse atrás, a propósito do processo criminal, aplicável no processo disciplinar, nos termos já expostos, nas hipóteses de a alteração implicar a aplicação de penalidade igual ou inferior à que constava da acusação, em regra, será necessário proceder à comunicação da alteração ao arguido, visto

que a estratégia de defesa estruturada para determinada configuração jurídica não valerá para outra, mesmo que para infracção menos grave, em termos de penalidade aplicável em abstracto.

Na acusação imputava-se ao arguido a violação de norma que prevê o controlo da ausência dos funcionários da PJ pelos responsáveis das várias subunidades²⁶.

Na decisão final, a mencionada norma foi substituída por uma que prevê a necessidade de o funcionário fornecer elementos que permitam contactá-lo durante o gozo de férias, em qualquer momento, dentro ou fora de Macau.

O arguido não teve oportunidade de discutir no processo disciplinar se a sua conduta violou o disposto no art. 83.º, n.º 3, do ETAPM, sendo certo que, ao que parece, esta norma foi aplicada por analogia, já que a situação do arguido não era a de gozo de férias, o que reforçaria a necessidade de audição do prejudicado com tal interpretação.

E o arguido deveria ter tido oportunidade de ser ouvido a tal respeito, uma vez que, como se disse, no direito disciplinar o dever funcional cuja violação é imputada ao arguido representa valor jurídico semelhante ao tipo em direito criminal.

²⁶ No n.º 2 do mesmo artigo é que se previa que a ausência de Macau tivesse de ser requerida.

Não tendo sido, praticou-se a nulidade insuprível da falta de audiência do arguido, a que se refere o art. 298.º, n.º 1, do ETAPM.

IV – Decisão

Face ao expendido, nega-se provimento ao recurso.

Sem custas.

Macau, 18.7.2001

Viriato Manuel Pinheiro de Lima

Sam Hou Fai

Chu Kin

Fui presente

Song Man Lei