

O PROCESSO SUMÁRIO E O SISTEMA DE RECURSOS NA PROPOSTA DE REVISÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

I – O PROCESSO SUMÁRIO

No que diz respeito ao processo sumário, a Proposta de Lei n.º 77/XII introduz algumas alterações significativas no respetivo regime legal, sendo certo que tais alterações têm impacto, não apenas na tramitação do referido processo, mas também, e principalmente, na lógica subjacente a esta figura processual.

De um modo geral, a Proposta reforça a tendência que tem vindo a marcar a evolução histórica mais recente do processo sumário, ou seja: a tendência para o constante alargamento do âmbito objetivo e subjetivo da respetiva aplicação.

Com efeito, na versão primitiva do CPP¹, o processo sumário tinha, pelo menos, três requisitos: **(i)** apenas era aplicável quando o crime em causa fosse punível com pena de prisão cujo limite máximo não fosse superior a três anos; **(ii)** teria de existir uma detenção em flagrante delito realizada por autoridade judiciária ou entidade policial e **(iii)** o detido em flagrante delito, à data dos factos, deveria ter completado os 18 anos².

Com a Lei n.º 59/98, de 25 de agosto, procedeu-se a um primeiro alargamento do escopo subjetivo do processo sumário, eliminando-se o requisito da idade mínima do detido. Procedeu-se também a um alargamento do seu escopo objetivo, admitindo-se a sua aplicação às situações em que, embora o crime em causa fosse punível com pena de

¹ Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro.

² *Vide*, por todos, FREDERICO COSTA PINTO, *Direito Processual Penal*, Associação Académica da Faculdade Direito Lisboa, 1998, p. 44.

prisão de limite máximo superior a três anos, o Ministério Público, na acusação, entendesse que não deveria ser aplicada, em concreto, pena superior ao referido limite³.

A Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, procedeu a nova ampliação do campo de aplicação do processo sumário, alargando o limite da pena abstratamente aplicável para os cinco anos e permitindo que a detenção em flagrante delito fosse realizada por qualquer pessoa⁴.

Assim, nesta linha contínua de alargamento do campo de aplicação do processo sumário, a Proposta de Lei n.º 77/XII vem agora eliminar o requisito do limite máximo da pena abstratamente aplicável.

Ou seja, enquanto que atualmente o processo sumário apenas pode ser aplicado quando o crime em causa for punível com pena de prisão cujo limite máximo não seja superior a cinco anos, a Proposta elimina tal requisito, determinando que a medida legal da pena, por si só, não seja impeditiva da utilização desta forma especial de processo.

A este propósito, reconhece-se que a prossecução das finalidades preventivas associadas às penas⁵, quer a finalidade preventivo-geral, quer a finalidade preventivo-especial, depende, em larga medida, da celeridade na realização e aplicação da justiça. Assim, em geral, e numa primeira análise, parece não existir qualquer obstáculo, quer constitucional, quer de política criminal, à opção do legislador de introduzir novas fórmulas de extensão e alargamento da aplicação do processo sumário.

³ *Vide*, por todos, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Tomo III, 2.ª Edição, 2000, Editorial Verbo, p. 20.

⁴ *Vide*, por todos, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, 2.ª edição, 2008, Universidade Católica Editora, p. 970.

⁵ *Vide*, por todos, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo I, 2.ª edição, 2007, Coimbra Editora, p. 78 e sgs.

Note-se que, de acordo com a Proposta, no limite, em processo sumário, a produção de prova deve estar concluída, decorridos 120 dias a contar da data da detenção⁶, o que revela que o processo sumário está especialmente orientado para a efectivação da referida celeridade processual.

Contudo, a referida extensão da aplicação do processo sumário deve assegurar sempre as exigências do princípio da descoberta da verdade material e as garantias de defesa dos arguidos. Ora, em nossa opinião, o regime do processo sumário constante da Proposta não parece assegurar aqueles valores, naquilo que diz respeito à questão da competência material do Tribunal e da assistência por Defensor.

a) A questão da competência material do Tribunal

A opção pela extensão do processo sumário a todas as formas de criminalidade, ou seja, a todos os tipos penais, independentemente da medida legal da pena (com as exceções previstas no artigo 381.º, n.º 2, da Proposta), constitui uma alteração profunda no paradigma desta figura.

As anteriores alterações do regime legal do processo sumário (brevemente *supra* referidas) constituíram alargamentos desta figura, mas respeitaram sempre o respetivo paradigma. Ou seja, até à presente data, o processo sumário constituiu sempre um mecanismo de prevenção e repressão da pequena e média criminalidade⁷.

⁶ Cfr. artigo 387.º, n.º 10, da Proposta.

⁷ Em 1996, estando já anunciada a intenção de reformar o Código de Processo Penal (o que viria a acontecer em 1998), escrevia assim PAULO DÁ MESQUITA, a propósito do processo sumário: *«penso que nesta matéria, antes do mais, se impõe admitir que a tramitação sob a forma sumária em princípio deve ser admissível para a*

Com a alteração que agora se propõe, o processo sumário passa a constituir um mecanismo de prevenção e repressão de todo o tipo de criminalidade, incluindo a criminalidade grave (com as exceções previstas no artigo 381.º, n.º 2, da Proposta).

Em nossa opinião, em si mesma considerada, tal alteração de paradigma não se revela ilegítima, pois parece que ainda se integra na liberdade de conformação do legislador na concreta estruturação do processo. Em particular, não parece ser possível afirmar que a simples circunstância de se alargar o escopo de aplicação do processo sumário à criminalidade grave viole, imediatamente, e por si só, o princípio do processo equitativo, previsto no artigo 20.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa⁸ e as garantias de defesa dos arguidos, previstas no artigo 32.º, n.º 1, do mesmo diploma.

Contudo, já se revela especialmente criticável a opção da Proposta de manter a competência dos tribunais singulares para todo e qualquer processo sumário,

pequena e média criminalidade, cujo referente são os cinco anos de prisão, e por outro lado, não deve ser admitido o julgamento nesta forma de processo célere da grave criminalidade, a que correspondem penas cujo limite máximo excede os oito anos de prisão. Neste sentido, já se pronunciou a Associação Internacional de Direito Penal, nas Recomendações para um Processo Penal Justo aprovadas no Congresso Internacional de Direito Penal realizado de 4 a 10 de Setembro de 1994 no Rio de Janeiro, cujo n.º 23 pode servir de base a qualquer reforma nesta matéria: «nos crimes graves não deve recorrer-se a processos céleres, nem à discricionariedade do arguido (...)» - «Os processos especiais no Código de Processo Penal português – respostas processuais à pequena e média criminalidade», Revista Ministério Público, n.º 68, ano 17, Outubro/Dezembro, 1996, p.108.

⁸ Note-se que, nas palavras de RUI MEDEIROS, a exigência de um processo equitativo pode *«aplicar-se residualmente em qualquer situação em que se conclua que o processo não está estruturado em termos que permitam, num prazo razoável, a descoberta da verdade material e uma decisão da causa ponderada»* - Constituição Portuguesa Anotada, Jorge Miranda e Rui Medeiros, Tomo I, 2.ª Edição, 2010, Coimbra Editora, p. 441.

independentemente do limite máximo da pena abstratamente aplicável ao crime em causa, não obstante ter alargado o escopo objectivo de aplicação dessa forma especial de processo à criminalidade grave.

Com efeito, de acordo com o artigo 14.º, n.º 2, alíneas *a)* e *b)*, e artigo 16.º, n.º 2, alínea *c)*, da Proposta, o processo sumário continua a ser sempre julgado por um tribunal singular, mesmo quando tenha por objeto um crime punível com pena superior a cinco anos de prisão.

Tal circunstância é justificada, na Exposição de Motivos, da seguinte forma: *«a circunstância de a detenção em flagrante delito ser, na generalidade, acompanhada da existência de provas que dispensam a investigação e possibilitam uma decisão imediata justifica que, nesses casos, se privilegie a intervenção do tribunal singular para o julgamento em processo sumário, independentemente da pena abstratamente aplicável ao crime ou crimes em causa»*.

Eventualmente, tal afirmação poderá corresponder à realidade nos casos de pequena e média criminalidade.

Contudo, parece estar longe de se encontrar demonstrada nos casos de criminalidade grave. Nesses casos, não obstante a existência do flagrante delito, frequentemente não é possível uma “decisão imediata” (utilizando a terminologia da Exposição de Motivos), antes sendo exigida uma valoração especialmente atenta e ponderada da prova recolhida, tendo em atenção, nomeadamente, os motivos e representações do agente, as eventuais causas justificativas do facto, as eventuais relações de comparticipação e as eventuais perturbações do agente no momento da prática do facto.

Assim, não é possível afirmar que, em termos de apreciação e valoração da prova e formação da livre convicção do juiz, os casos de criminalidade grave, na situação em que exista flagrante delito, apresentem a simplicidade de análise que parece ser sugerida na Exposição de Motivos da Proposta.

Como tal, não parece adequado que os casos de criminalidade grave, mesmo existindo flagrante delito, passem a ser julgados, por princípio, por um tribunal singular pois, nesses casos, a regra da colegialidade tem evidentes benefícios em termos de correta análise e ponderação da prova produzida.

Como é óbvio, o facto de, nesses casos de criminalidade grave, as penas de prisão serem especialmente elevadas, podendo não admitir sequer, no caso concreto, a respetiva suspensão da execução, reforça a ideia de que a ponderação colegial da prova produzida em audiência de julgamento traduz o melhor instrumento para garantir, a um só tempo, a realização da justiça e os direitos fundamentais do arguido.

É certo que o atual artigo 16.º, n.º 2, alínea *a*), do CPP, admite, em casos excepcionais, o julgamento em tribunal singular, por crime punível com pena superior a cinco anos de prisão. Contudo, tal circunstância em nada prejudica o que se disse anteriormente, na medida em que se trata de casos sem qualquer expressão significativa.

Acresce que, de acordo com a Proposta, o processo sumário continua a poder ser aplicado nos casos em que a detenção em flagrante delito não foi realizada por uma autoridade judiciária ou entidade policial, tendo sido antes realizada “por outra pessoa”.

Tal circunstância suscita dificuldades de apreciação e valoração da prova em qualquer processo sumário, mesmo naqueles que tenham por objeto um crime punível com pena de prisão inferior a cinco anos⁹. Contudo, em casos de criminalidade grave, tais

⁹ Nesse sentido, ainda antes da revisão do CPP de 2007 (e, portanto, antes do alargamento do processo sumário às situações de flagrante delito por particular), HENRIQUE SALINAS MONTEIRO defendia o seguinte: «(...) só quando a detenção é efectuada em primeiro lugar por entidades policiais podemos falar de uma evidência probatória que merece a credibilidade suficiente para se poder prescindir das fases preliminares do processo. Quando, pelo contrário, é um particular quem procede à detenção em flagrante delito, não existe uma evidência probatória com credibilidade suficiente que

dificuldades assumem especial intensidade, o que, mais uma vez, aconselharia à manutenção da regra da colegialidade.

Mais: tendencialmente, na criminalidade grave, a moldura penal apresenta uma maior amplitude do que na pequena e média criminalidade, ou seja, existe uma maior amplitude entre o limite mínimo e o limite máximo da pena aplicável¹⁰. Tal circunstância implica que a operação de determinação da medida concreta da pena se revele significativamente mais complexa na criminalidade grave.

Ou seja, em geral, a operação de determinação da medida concreta da pena é sempre complexa, independentemente do tipo de crime que esteja em causa, desde logo porque se encontra vinculada por um conjunto muito extenso de critérios jurídicos, previstos nos artigos 71.º e 72.º do Código Penal, sendo certo que alguns desses critérios apresentam

justifique o julgamento imediato do detido (...) - «Breve nota sobre o conceito de detenção em flagrante delito por entidade policial enquanto pressuposto do processo sumário», *I Congresso de Processo Penal*, Coor. Manuel Guedes Valente, 2005, Almedina, p. 91. Ainda a este propósito, com comentário ao Acórdão da Relação do Porto de 7 de Março de 2001, e bem ilustrativo da elevada complexidade de análise, quer factual, quer jurídica, das situações de flagrante delito em que o arguido é detido inicialmente por particular e, de seguida, é entregue a entidade policial (mais uma vez ao abrigo da versão do CPP anterior a 2007, na qual, para efeitos de processo sumário, a detenção teria de ser realizada por autoridade judiciária ou entidade policial), veja-se RAQUEL BARRADAS DE FREITAS, «Detenção em flagrante delito e processo sumário: pressupostos e implicações», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 12, n.º 3, Julho-Setembro 2002, Coimbra Editora, p. 499 e sgs.

¹⁰ A título de exemplo, e no que diz respeito apenas à pena privativa da liberdade, enquanto que a ofensa à integridade física simples é punida com pena de prisão até 3 anos, a ofensa à integridade física grave é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos – cfr. artigos 143.º e 144.º do Código Penal.

um grau de indeterminação e abertura significativos, como é o caso paradigmático das «*exigências de prevenção*», as quais remetem, pelo menos em parte, para circunstâncias que não são típicas, ou seja, que não fazem parte do tipo de crime¹¹ (ou que, pelo menos, não se esgotam nos elementos típicos), como por exemplo a necessidade de ressocialização do agente (prevenção especial) e a necessidade de estabilização da confiança da comunidade na validade das normas jurídico-penais (prevenção geral)¹².

Contudo, na criminalidade grave, tal complexidade é acrescida pois, às circunstâncias anteriormente referidas, há que adicionar o facto de a moldura abstracta, dentro da qual o Tribunal terá de determinar a medida concreta da pena, ser substancialmente mais ampla, multiplicando de forma significativa as alternativas de decisão.

Também por esta razão, seria conveniente manter a competência material dos tribunais colectivos para a criminalidade grave, mesmo em caso de submissão a processo sumário, pois tal solução permitiria uma determinação da medida concreta da pena mais justa e eficaz.

Ainda a propósito da atribuição indiferenciada de competência aos tribunais singulares, no quadro do processo sumário, é necessário acrescentar mais duas notas:

¹¹ Nesse sentido, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, 1995, Coimbra Editora, p. 671.

¹² LOURENÇO MARTINS, Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça (Jub.), reconhece, em *Medida da Pena – Finalidades – Escolha*, 2011, Coimbra Editora, p. 515, que, no que diz respeito à medida da pena, existe um conjunto de factores que «*tornam a sua fixação em algo que sempre relevará de algum subjectivismo e da formação de cada um*». Ora, para além da possibilidade de recurso, parece que a regra da colegialidade constitui o melhor instrumento – no âmbito da criminalidade grave - para limitar os efeitos de tal (inevitável) subjectividade.

Por um lado, no regime atual, de acordo com o artigo 390.º, n.º 1, do CPP, verificadas certas circunstâncias, como seja por exemplo o facto de não ter sido possível realizar, no prazo máximo legalmente previsto, as diligências de prova necessárias à descoberta da verdade, o tribunal reenvia os autos ao Ministério Público para tramitação sob outra forma processual. Ora, de acordo com o atual artigo 390.º, n.º 2, do CPP, se o tribunal remeter os autos ao Ministério Público para tramitação sob outra forma processual e este decidir acusar em processo comum, é possível que o tribunal competente para conhecer do processo reenviado seja o tribunal a quem foram inicialmente distribuídos os autos na forma sumária.

Contudo, de acordo com a Proposta, em casos de criminalidade grave, caso o tribunal remeta os autos ao Ministério Público para tramitação sob outra forma processual e este decida acusar em processo comum, em princípio, e salvo a utilização do artigo 16.º, n.º 3, do CPP, terá de ser suscitada a intervenção de um tribunal coletivo.

Ou seja, tratando-se de criminalidade grave, em caso de reenvio, o arguido passa a ter o direito a ser julgado num tribunal que lhe oferece mais garantias (tribunal coletivo).

Ora, tal circunstância pode incentivar a utilização de expedientes dilatórios por parte dos arguidos, nomeadamente através de uma inflação das diligências probatórias a serem requeridas, tudo com o propósito de conseguir o esgotamento do prazo de 120 a contar da data da detenção, uma vez que, verificada tal circunstância, o Tribunal deve remeter os autos para tramitação sob outra forma processual¹³.

Mais: estando em causa crimes puníveis com penas de prisão superiores a cinco anos (que são portanto especialmente elevadas e que, no caso concreto, podem nem sequer admitir a suspensão da sua execução), o tribunal singular terá muita dificuldade em

¹³ Cfr. artigo 387.º, n.º 10, da Proposta.

indeferir esses requerimentos de prova pois, considerando a magnitude das penas aplicáveis, a celeridade processual (embora valiosa em qualquer circunstância) não pode assumir uma importância prevaiente.

Por outro lado, se é verdade que o processo sumário tem sido associado, de forma natural, ao tribunal singular, também é verdade que, em rigor, nada exige que assim seja, nomeadamente em termos constitucionais. Em particular, o atual artigo 386.º do CPP, que determina que *«o julgamento em processo sumário regula-se pelas disposições deste Código relativas ao julgamento por tribunal singular»*, parece traduzir uma mera opção do legislador, que não resulta de qualquer imposição constitucional (explícita ou implícita).

Sendo assim, e em conclusão, parece que a alteração agora em discussão deveria consagrar, no mínimo, que, em relação a crimes puníveis com pena de prisão cujo limite máximo fosse superior a cinco anos, o processo sumário deveria ser da competência do tribunal coletivo.

Uma nota final: no que diz respeito ao referido alargamento do processo sumário à criminalidade grave, a Proposta apresenta uma fragilidade evidente, que consiste no facto de não existir qualquer evidência – e a Exposição de Motivos da Proposta não faz qualquer esforço de fundamentação a esse propósito - que, nos casos em que há flagrante delito e o crime é punível com pena de prisão superior a cinco anos, a submissão de tais casos a processo comum, a correr junto de um tribunal coletivo, introduza qualquer elemento de atraso intolerável.

Ou seja, não existe qualquer evidência que sejam esses os casos que, por regra, se prolongam indefinidamente em inquérito e julgamento.

Ao invés, os processos que se prolongam para além do razoável, quer em inquérito, quer em julgamento, e que portanto introduzem elementos de perturbação na confiança dos cidadãos na Justiça, são aqueles em que, de acordo com a experiência comum, não é

frequente ocorrer flagrante delito (não podendo, em princípio, ser submetidos a processo sumário). Em particular, são aqueles processos relacionados com criminalidade económico-financeira ou com criminalidade organizada que envolve a participação de um número elevado de arguidos.

b) A obrigatoriedade de assistência por Defensor

O artigo 382.º, n.º 1, da Proposta, determina que o Ministério Público assegura ao arguido, no quadro do processo sumário, a nomeação de defensor oficioso.

Contudo, no artigo 64.º da Proposta, a este propósito, apenas se determina que é obrigatória a assistência do defensor “nos interrogatórios feitos por autoridade judiciária”.

Ora, de acordo com o artigo 382, n.º 2, da Proposta, após ser apresentado ao Ministério Público na sequência da detenção em flagrante delito, o detido tem de decidir se exerce, ou não, o direito ao prazo para preparação da sua defesa.

Mais: tal decisão é tomada antes de o Ministério Público o interrogar¹⁴.

Fica assim a dúvida, face ao teor do referido artigo 64.º da Proposta, sobre a eventual obrigatoriedade de o Ministério Público nomear defensor ao detido, logo no momento em que este tem de decidir se pretende exercer, ou não, o direito ao prazo para a preparação da sua defesa.

¹⁴ É o que parece resultar do artigo 382.º, n.º 2, da Proposta, quando se afirma que «*se o arguido não exercer o direito ao prazo para preparação da sua defesa, o Ministério Público depois de, se o julgar conveniente, o interrogar sumariamente, apresenta-o imediatamente, ou no mais curto prazo possível, ao tribunal competente para julgamento (...)*»

A este propósito, considera-se que a decisão sobre o exercício daquele direito ao prazo para a preparação da defesa já constitui, ela mesma, um momento essencial da própria defesa do arguido.

Nessa medida, no momento em que tem de tomar aquela decisão, o arguido já deve estar representado por defensor, pelo que seria aconselhável que o artigo 64.º da Proposta estabelecesse a obrigatoriedade da assistência por advogado, a partir do momento em que o detido em flagrante delito é apresentado ao Ministério Público.

II – O SISTEMA DE RECURSOS

Entre outras alterações, a Proposta de Lei n.º 77/XII vem determinar a irrecorribilidade de *«acórdãos proferidos em recurso, pelas relações que apliquem pena não privativa de liberdade ou pena de prisão não superior a 5 anos»* [artigo 400.º, n.º 1, alínea e)].

Tal estipulação encontra, na alínea d) do artigo 400.º, n.º 1, da Proposta, uma solução simetricamente inversa, estabelecendo-se a irrecorribilidade de *«acórdãos absolutórios proferidos em recurso pelas relações, exceto no caso de decisão condenatória em 1.ª instância em pena de prisão superior a 5 anos»*.

Considera-se adequado o princípio segundo o qual devem ficar reservados para o Supremo Tribunal de Justiça os casos de maior gravidade, sendo certo que as alterações propostas (e acima referidas), aparentemente, enquadram-se dentro desta lógica.

Ou seja, o legislador entende que, nos casos em que a 1.ª instância ou a Relação nunca aplicaram uma pena de prisão superior a cinco anos, não existe uma gravidade suficiente que justifique a intervenção do Supremo Tribunal de Justiça.

Note-se que, no âmbito do processo penal, e em matéria de recursos para o Supremo Tribunal de Justiça, a jurisprudência do Tribunal Constitucional (cfr. Acórdão n.º

546/2011) já sustentou que «o sistema parece assentar em dois grandes critérios que orientaram as escolhas do legislador. Por um lado, terá o legislador entendido que o recurso para o Supremo (de decisões tomadas, também em recurso, pelas relações) deveria ser reservado aos casos de maior merecimento penal [...] Por outro lado, entendeu ainda o legislador que o recurso para o Supremo não deveria ser admitido sempre que sobre o caso tivessem já recaído dois juízos, proferidos pelas instâncias, de teor conforme».¹⁵

Dito isto, passemos à apreciação crítica destas duas propostas:

Quanto ao artigo 400, n.º 1, alínea *d*), da Proposta, parece que a mesma é razoável, não sendo a mesma susceptível de qualquer oposição.

Contudo, no que diz respeito à proposta constante da respetiva alínea *e*), parece-nos que a mesma não se justifica, na medida em que não assegura a respetiva compatibilidade com os “dois grandes critérios” que enquadram as opções do legislador em matéria de recursos no processo penal.

Por um lado, não está assegurada a situação de dupla conforme. Com efeito, pode suceder que o arguido tenha sido absolvido perante a 1.ª instância e, na sequência de recurso do Ministério Público, venha a ser condenado, pela Relação, em pena de prisão até cinco anos. Nessa circunstância, não existe dupla conforme e, ainda assim, por força daquela alínea *e*), o arguido fica impedido de recorrer para o Supremo Tribunal de Justiça.

Por outro lado, não está em causa uma situação de “menor gravidade” ou “menor merecimento penal”, que justificasse a inibição do recurso para o Supremo Tribunal de Justiça.

¹⁵ Sobre a forma como a jurisprudência do Tribunal Constitucional tem perspectivado a problemática do direito ao recurso em processo penal, *vide* MARIA JOÃO ANTUNES, NUNO BRANDÃO e SÓNIA FIDALGO, «A reforma do sistema de recursos em processo penal à luz da jurisprudência constitucional», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 15, 2005, p. 609 e sgs.

É certo que a determinação da gravidade ou do merecimento do caso, como critério para a seleção dos recursos elegíveis para o STJ, baseia-se, em primeira linha, na pena aplicada. O *quantum* da pena é o principal índice de gravidade ou merecimento do caso, sendo certo que uma pena de prisão até cinco anos, não sendo obviamente despicienda, também não será especialmente elevada.

Contudo, a questão da gravidade ou do merecimento do caso não se deve esgotar na medida (legal ou concreta) da pena, podendo tomar em consideração outros vetores.

Ora, no que diz respeito à alínea *e*) agora proposta, existe outro elemento (diferente da medida da pena em causa) que garante o merecimento do caso, revelando a sua gravidade e, portanto, justificando a sua recorribilidade para o STJ.

Tal elemento consiste no facto de (potencialmente) estar em causa um arguido que, em 1.^a instância entrou em contacto direto e imediato com o Tribunal, tendo aí prestado declarações e tendo aí acompanhado toda a produção de prova e, nessas circunstâncias, veio a ser absolvido. Ora, esta proposta permite que esse mesmo arguido venha depois a receber a notícia da respetiva condenação, em pena que pode ir até cinco anos de prisão efetiva, num recurso que não assegura, sequer remotamente, o mesmo grau de imediação.

Tendo (potencialmente) sido absolvido por um tribunal que estabeleceu uma relação *directa* e *imediata*, não só com o próprio arguido, mas também com toda a produção de prova, o arguido acaba por ser condenado, em pena de prisão que pode atingir os cinco anos, por um tribunal que, pelo menos de forma *directa* e *imediata*, não estabeleceu qualquer relação com o arguido ou com a produção de prova.

Nessas circunstâncias, em nossa opinião, a aplicação daquela pena (que não sendo especialmente elevada, também não é despicienda) apenas poderia ser legitimada, caso se concedesse a oportunidade ao arguido de recorrer a uma terceira instância, a saber, o Supremo Tribunal de Justiça.

Caso contrário, do ponto de vista do destinatário concreto, mas também da comunidade em geral, aquela sempre seria uma aplicação de pena com um *deficit* de legitimação, considerando, exatamente, (i) a dissintonia entre as duas instâncias intervenientes, (ii) o facto de a instância que absolveu ter sido aquela que teve contacto *direto e imediato* com o arguido e com a produção de prova (iii) o facto de a pena aplicada ter uma gravidade significativa, embora não especialmente elevada.

Para além disso, a alínea e) agora analisada – potencialmente – pode gerar uma situação em que o arguido que, a final, vem a ser condenado numa pena efetiva de 5 anos de prisão, nunca teve direito a interpor recurso. Não teve direito a interpor recurso da 1.ª instância para a Relação porque, por exemplo, naquela foi absolvido, não tendo legitimidade processual para o efeito. E não tem direito a interpor recurso da Relação para o Supremo Tribunal de Justiça, exatamente, por conta da referida alínea e).

Pode-se dizer que situação idêntica ocorre com a atual versão do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP. É verdade. Mas nesse caso trata-se da aplicação de uma pena não privativa da liberdade e não de uma pena que pode atingir os cinco anos de prisão.

Nessa medida, parece ser conveniente manter inalterada a actual redacção do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP¹⁶.

¹⁶ Não se acompanha portanto MANUEL SIMAS SANTOS e MANUEL LEAL-HENRIQUES, em *Recursos Penais*, 8.ª edição, 2011, p. 43, quando afirmam que a actual redacção do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, ao permitir o recurso do acórdão condenatório da Relação em pena de prisão efectiva até 5 anos, quando não existe dupla conforme, abre «*injustificadamente o recurso de bagatelas penais para o STJ*». Conforme anteriormente explicado, entende-se que um caso em que o arguido é absolvido em primeira instância, na qual o princípio da oralidade e da imediação têm aplicação plena, e depois é condenado em pena de prisão até cinco anos

Duas notas finais a este propósito:

Primeira nota: é certo que, através do seu Acórdão de 18 de fevereiro de 2009, o Supremo Tribunal de Justiça¹⁷ veio estabelecer uma linha jurisprudencial que sustenta uma solução equivalente àquela que consta do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), da Proposta.

Em particular, aquele aresto determinou que, independentemente da existência de dupla conforme, são sempre irrecorríveis para o Supremo Tribunal de Justiça os acórdãos da Relação que apliquem pena de prisão não superior a 5 anos.

Para sustentar esta conclusão, o Supremo Tribunal de Justiça baseia-se no actual artigo 432.º, n.º 1, alínea c), do CPP, que determina que *«recorre-se para o Supremo Tribunal de Justiça [...] de acórdãos finais proferidos pelo tribunal do júri ou pelo tribunal colectivo que apliquem pena de prisão superior a 5 anos, visando exclusivamente o reexame de matéria de direito»*.

Contudo, esta linha jurisprudencial – que não é pacífica no Supremo Tribunal de Justiça¹⁸ – em nada prejudica o que se disse anteriormente.

Por um lado, parece-nos que esta linha jurisprudencial apresenta, exatamente, os mesmos problemas que foram apontados ao artigo 400.º, n.º 1, alínea e), da Proposta. Ou seja: as consequências práticas desta linha jurisprudencial do STJ podem implicar um enfraquecimento insuportável da legitimidade e da eficácia da sanção aplicada, na medida em que permite que um tribunal que não contactou *direta e imediatamente* com o arguido determine a sua condenação definitiva em pena de prisão, quando esse mesmo arguido

pelo Tribunal da Relação, no qual o princípio da oralidade e da imediação têm aplicações muito limitadas, não traduz, em termos materiais e valorativos, uma bagatela penal.

¹⁷ Processo 09P0102, in www.dgsi.pt

¹⁸ Em sentido divergente, veja-se Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de novembro de 2010 (Proc. n.º 226/02.2GGLSB).

(potencialmente) havia sido absolvido pelo tribunal de 1.^a instância que, com ele, estabeleceu esse contacto *direto e imediato*¹⁹.

Por outro lado, aquela linha jurisprudencial (para além dos problemas de legitimidade e eficácia anteriormente apontados) não parece ser juridicamente sustentável, à luz do regime legal vigente, em matéria de recursos.

A esse propósito, veja-se o comentário de FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO ao *supra* citado acórdão de 18 de fevereiro de 2009, do Supremo Tribunal de Justiça²⁰, no qual se demonstra, entre o mais, que (i) o artigo 432.º, n.º 1, alínea c), do CPP, não regula o problema da recorribilidade das decisões (o qual é regulado, exclusivamente, pelos artigos 399.º e 400.º do CPP), regulando, antes e apenas, o problema da repartição de competência recursória entre as Relações e o Supremo Tribunal de Justiça, (ii) o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça agora sob análise colide frontalmente com a alínea b), do n.º 1, do artigo 432.º, do CPP, o qual permite o recurso para aquele tribunal «*de decisões que não sejam irrecorríveis proferidas pelas relações, em recurso, nos termos do artigo 400.º*», (iii) o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça agora sob análise constitui uma analogia que é proibida, seja pelo artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa, seja

¹⁹ Note-se que, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de fevereiro de 2009, não se trata de um caso em que o arguido tenha sido absolvido em 1.^a instância e condenado, pela primeira vez, no Tribunal da Relação. Ao invés, o arguido havia sido condenado em 1.^a instância, em pena de prisão suspensa na execução, tendo o tribunal de recurso revogado a respectiva suspensão de execução e determinado o cumprimento efetivo da pena. Trata-se portanto de um caso em que a privação da liberdade (e já não a condenação) foi determinada, pela primeira vez, pelo Tribunal da Relação.

²⁰ «Irrecorribilidade para o STJ: redução teleológica permitida ou analogia proibida?», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 20, 2010, p. 623 e sgs.

pelo artigo 11.º do Código Civil e *(iv)* o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça agora sob análise viola a teleologia subjacente ao atual sistema legal dos recursos, instituído depois da reforma de 2007, e que pretendeu, exactamente, «assegurar a possibilidade de recurso àquele que, no decurso do processo, só já na Relação é que é condenado e/ou sofre a aplicação de pena privativa da liberdade»²¹.

Caso o artigo 400.º, n.º 1, alínea e), da versão actual do CPP, seja mantido inalterado (ou seja, caso não venha a ser adotada a versão constante da Proposta para esse mesmo artigo), tal circunstância significaria, necessariamente, uma rejeição, por via legislativa, da linha jurisprudencial consagrada no *supra* referido acórdão de 18 de fevereiro de 2009 do Supremo Tribunal de Justiça.

Segunda nota: conforme anteriormente referido, na lógica da Proposta, as alíneas e) e d), do n.º 1, do artigo 400.º, são simétricas, funcionando como um “jogo de espelhos”. A primeira impede o arguido de recorrer, caso a Relação o condene em pena não superior a 5 anos. A segunda impede o assistente (e o Ministério Público) de recorrer quando a Relação absolve o arguido que vem condenado em pena de prisão não superior a 5 anos.

Contudo, também se afirmou que não existem objecções à consagração da alínea d) proposta, mas que já existem objecções à consagração da alínea e) proposta.

Nessa medida, será necessário analisar se a consagração de uma das alíneas propostas e a rejeição da outra pode suscitar problemas de constitucionalidade, nomeadamente ao nível do princípio da igualdade (de armas e de oportunidades processuais) entre arguido e assistente.

²¹ *Idem*, p. 639.

A resposta parece ser negativa. Ou seja, a referida diferença de tratamento (*rectius*: a aceitação da alínea d) e a rejeição da alínea e), ambas do artigo 400.º, n.º 1, da Proposta) não parece suscitar problemas de constitucionalidade normativa.

A esse propósito, justifica-se a convocação dos recentes Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 546/2011 e 540/2012, nos quais pretendeu-se, exatamente, verificar se a versão actual do artigo 399.º e do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, suscita um problema de inconstitucionalidade normativa, entre o mais, por violação do princípio da igualdade, na medida em que permitem que o assistente recorra de um acórdão absolutório da Relação, quando o arguido havia sido condenado em primeira instância em pena não privativa da liberdade, mas impedem - numa situação simétrica - que o arguido recorra de um acórdão condenatório da Relação em pena não privativa da liberdade, mesmo que tenha sido absolvido em primeira instância.

No Acórdão n.º 546/2011, o Tribunal Constitucional decidiu não julgar inconstitucionais as normas em causa, afirmando claramente que o princípio da igualdade não implica, autonomamente, o *dever* de permitir uma nova instância de recurso ao arguido, face a decisões condenatórias da Relação em pena não privativa da liberdade, quando o assistente, em caso de decisão absolutória daquele tribunal, em pena da mesma natureza, tem oportunidade para interpor recurso. Diz o Tribunal Constitucional (conforme aliás já anteriormente mencionado) que o sistema de recursos em processo penal está orientado pelos critérios (i) do merecimento penal e (ii) da dupla conforme, tendo o legislador uma margem de liberdade de conformação para, perante os diversos cenários, verificar se os referidos critérios estão preenchidos.

Ora, no que diz respeito à avaliação das alíneas d) e e), do n.º 1, do artigo 400.º da Proposta, parece que as razões apontadas para defender a existência de um “merecimento penal” (que justificaria o recurso para o STJ) na situação em que o arguido é condenado

em pena privativa da liberdade, pela primeira vez, pelo Tribunal da Relação, não existem com a mesma intensidade (com a mesma gravidade valorativa) no caso em que o arguido é absolvido, pela primeira vez, pelo Tribunal da Relação.

Desde logo porque, havendo dissintonia, em ambos os casos atrás referidos, entre a 1.^a instância e a Relação, apenas no primeiro caso se procede, com base nessa mesma dissintonia, à aplicação de uma pena privativa da liberdade.

Parece portanto que o merecimento penal de ambos os casos – alíneas d) e e), do n.º 1, do artigo 400.º da Proposta – é diferente, pelo que o respectivo tratamento diferenciado não será violador do princípio da igualdade, aliás, na linha do que foi decidido pelo Acórdão n.º 546/2011, do Tribunal Constitucional.

Contudo, no Acórdão n.º 540/2012, o Tribunal Constitucional veio alterar a posição assumida no anterior Acórdão n.º 546/2011 (*supra* analisado). Nesse acórdão mais recente, o Tribunal Constitucional vem sustentar que a interpretação da versão actual do artigo 399.º e do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, no sentido em que permite que o assistente recorra de um acórdão absolutório da Relação, quando o arguido havia sido condenado em primeira instância em pena não privativa da liberdade, mas impede que o arguido recorra de um acórdão condenatório da Relação em pena não privativa da liberdade, mesmo que tenha sido absolvido em primeira instância, redunda em norma materialmente inconstitucional, entre o mais, por violação do princípio da igualdade.

Contudo, tal Acórdão em nada prejudica a solução agora preconizada (recorde-se: acolher a alínea d) do n.º 1, do artigo 400.º da Proposta e manter a alínea e) do n.º 1, do artigo 400.º, da actual versão do CPP).

Com efeito, no Acórdão n.º 540/2012, o Tribunal Constitucional proferiu aquela declaração de inconstitucionalidade, na medida em que entendeu que «o princípio da igualdade no âmbito do processo criminal tem de ser perspectivado em consonância com a específica natureza

de um processo que assegura ao arguido todas as garantias de defesa, “podendo significar aí, não que os sujeitos do processo devam ter estatutos processuais absolutamente idênticos e paritários, simetricamente decalcados, mas essencialmente que o arguido poderá, por vezes, beneficiar de um estatuto formalmente «privilegiado», como forma de compensar uma presumida fragilidade ou maior debilidade relativamente à acusação, no confronto processual penal”. O que significa também que “o arguido não deve ter menos direitos do que a acusação, mas não que não possa ter mais” (LOPES DO REGO, “Acesso ao direito e aos tribunais”, Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional, Aequitas/Editorial de Notícias, 1993, pp. 76 e 70 e s., com especial referência ao Acórdão n.º 132/92, e à declaração de voto aposta ao Acórdão n.º 8/87 pelo Conselheiro Vital Moreira, disponível em www.tribunalconstitucional.pt)».

E acrescenta ainda o Tribunal Constitucional que *«em geral, é de concluir que, “dada a radical desigualdade material de partida entre a acusação (normalmente apoiada no poder institucional do Estado) e a defesa”, há “uma orientação do processo penal para a defesa”, que o vincula a assegurar todas as garantias, o que vale por dizer que é um processo que tem nos direitos do arguido “um limite infrangível” (cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra Editora, 2007, anotação ao artigo 32.º, ponto II. e, ainda, Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 54/87, 150/87 e 356/91, disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt)».*

Ora, daqui conclui-se que, em processo penal, o princípio da igualdade implica que *«a posição dos sujeitos processuais seja nivelada dentro das garantias de defesa e em favor da mesma defesa»* (Acórdão 540/2012), pelo que não será legítima uma solução legislativa que facilite a estabilização das sentenças condenatórias do arguido (limitando as suas possibilidades de recurso) e, em situações simétricas, potencie a impugnação pelo assistente das sentenças absolutórias, protelando a discussão dos factos imputados ao arguido.

Ora, a solução que agora se propõe – acolhimento da alínea d) do n.º 1, do artigo 400.º da Proposta, facilitando a estabilização das sentenças absolutórias do arguido, e manutenção da alínea e) do n.º 1, do artigo 400.º, da actual versão do CPP, possibilitando

a impugnação das decisões condenatórias em pena privativa da liberdade tomadas, pela primeira vez, pela Relação – está perfeitamente alinhada com aquela jurisprudência do Tribunal Constitucional.