

Revista Portuguesa de CIÉNCIA CRIMINAL

Diretor: Jorge de Figueiredo Dias | Ano 32 N.º 3 | Quadrimestral | setembro - dezembro 2022

SEPARATA



INSTITUTO DE DIREITO PENAL
ECONÓMICO E EUROPEU

| GESTLEGAL

*Tempus regit actum? Aplicação imediata e retroactividade da lei processual penal **

Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Junho de 2022

Sumário do Acórdão:

I. A actual CRP não enuncia directamente o critério de aplicação da lei processual penal no tempo, como sucede quanto à aplicação da lei criminal substantiva no art. 29.º da CRP;

II. Porém, a doutrina e a jurisprudência reconhecem que há normas de processo a que os mesmos princípios são extensíveis, designadamente, aquelas que condicionam a aplicação das sanções penais (*v. g.* as relativas à prescrição, ao exercício, caducidade e desistência do direito de queixa, à *reformatio in pejus*), mas também as normas que possam afectar o direito à liberdade do arguido (*v. g.* as relativas à prisão preventiva) ou, ainda, as que asseguram os seus direitos fundamentais de defesa, todas elas apelidadas de normas processuais penais materiais;

III. Todavia, aceitar que tais princípios afectam a determinação do momento-critério da determinação da lei processual penal aplicável não significa que para todas possa, simplesmente, transpor-se o dispositivo constitucional da aplicação retroactiva da lei de conteúdo mais favorável ao arguido, pois, há tipos diversos de normas processuais materiais e a modulação de influência dos referidos princípios

* Disponível em www.dgsi.pt.

constitucionais reflecte-se na sua aplicação consoante a sua especificidade problemática.

IV. A subordinação às regras do art. 29.^º da CRP, das situações de sucessão no tempo de normas de processo que condicionam a responsabilidade penal resulta duma simples operação de qualificação e subsunção, uma vez que elas se inserem, claramente, no âmbito de previsão daquele preceito constitucional, atenta a sua influência directa na punição criminal.

V. Já relativamente às normas processuais que asseguram os direitos fundamentais de defesa, como é a do regime de admissibilidade dos recursos, esses mesmos princípios implicam uma ponderação do momento-critério da determinação da lei competente que não conduza ou evite a diminuição de garantias.

VI. Mas já não assim no sentido inverso de aplicação imediata da lei nova mais favorável a processos pendentes com autêntica eficácia retroactiva, como sucederia num caso em que todos os elementos teoricamente elegíveis para momento-critério ou elemento de conexão para determinação da lei competente ocorreram no domínio de vigência da lei antiga, quer se escolha para tal o início do processo, a decisão de primeira instância, a prolação do acórdão recorrido, a interposição do recurso ou o termo do respectivo prazo;

VII. A regra de aplicação imediata da lei processual penal no tempo, constante do art. 5.^º do CPP, não dispensa a determinação do factor de conexão relevante, pelo que, no limite, na determinação da lei aplicável à admissibilidade dos recursos, o factor determinante é o momento em que é proferida a decisão recorrida.

VIII. Se, no momento da interposição de recurso, a decisão da Relação era irrecorrível, consequentemente, o recurso para o STJ é inadmissível. E não passou a ser admissível por efeito da entrada em vigor da lei nova, porque esta é de aplicação imediata, mas não tem efeito retroactivo.

IX. Havendo decisão confirmatória da Relação — dupla conforme, incluindo a confirmação *in mellius* (condenação em pena menos grave) —, só há recurso para o STJ de acórdãos que apliquem penas superiores a 8 anos de prisão;

X. No nosso sistema jurídico-penal actual, a pena de prisão suspensa não é pena de prisão efectiva é uma pena não privativa da liberdade.

Texto do Acórdão:

Recurso Penal

Processo: 1085/14.GAMTA.L1.S1

5.^a Secção Criminal

I. Relatório

1. Os arguidos AA, (AA), BB, (BB), CC, (CC), DD, (DD) e EE, (EE), interpuseram recurso do Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15/12/2021, que revogando o decidido na sentença de 07/05/2021, proferida pelo Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa, Juízo Local Criminal do Montijo — Juiz 2, julgou-os, nos seguintes termos:

“(...) acordam os Juízes da 3.^a Secção Criminal do Tribunal da Relação de Lisboa, em conceder provimento parcial ao recurso interposto pela Assistente, R...., S.A e decidem revogar a sentença recorrida na parte em que absolveu os arguidos CC, BB, DD, e EE e decidem:

- a) Alterar a matéria de facto provada nos termos atrás definidos.
- b) Condenar cada um dos arguidos CC e BB, como autores materiais da prática de um crime de receptação p. e p. pelo art. 231.^º n.^º 1 do cód. penal na pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de prisão, a qual se suspende na sua execução (art. 50.^º do cód. penal) por igual período, com a condição de cada um deles pagar à assistente R..., S.A o montante de 10.000,00 € (dez mil euros), no prazo de 12 (doze) meses, (art. 51.^º n.^º 1 do cód. penal).
- c) Condenar cada um dos arguidos DD, e EE, como autores materiais da prática de um crime de receptação p. e p. pelo art. 231.^º n.^º 1 do cód. penal na pena de 18 (dezoito) meses de prisão, a qual se suspende na sua execução (art. 50.^º do cód. penal) por igual período, com a condição de cada um deles pagar à assistente Raporal, S.A o montante de

5.000,00 € (cinco mil euros), no prazo de 12 (doze) meses, (art. 51.º n.º 1 do cód. penal).

2. Mais acordam os Juízes da 3.ª Secção Criminal do Tribunal da Relação de Lisboa, em conceder provimento ao recurso interposto pelo arguido, AA e decidem:

- a) *Suspender a execução da pena de prisão imposta, nos termos do disposto nos artigos 50.º, n.os 1, 2, e 5 e 51.º, n.º 1, al. a) do cód. penal, pelo período de 3 (três) anos sujeita à condição de o arguido, nesse prazo, proceder ao pagamento da quantia de 130.000,00 € (cento e trinta mil euros) à assistente, Raporal, S.A.*
- b) *Manter no mais a condenação [no pagamento de indemnização civil] proferida pelo tribunal recorrido.”.*

(...)

II. Fundamentos

1. De facto

(...)

2. De direito

2.1. Questão Prévia — Admissibilidade do recurso

No caso, como questão prévia, coloca-se a da admissibilidade dos recursos que os arguidos AA, BB, CC, DD e EE, interpuseram do acórdão recorrido.

Tal como se disse no Ac. de 7/11/2012, Proc. 1198/04.4GBAGD.C4.S1, em www.dgsi.pt, “Os parâmetros a ter em consideração na análise que se segue são a data do início do processo, a data da prática dos factos, as datas da decisão de 1.ª instância e do acórdão recorrido e a medida concreta da pena aplicada.”.

O presente recurso foi interposto de decisão da Relação de 15/12/2021, condenatória, em parte, e que revogara a decisão condenatória e

absolutória, também em parte, de 07/05/2021, proferida em 1.^a instância, sendo que ambas as decisões ocorreram na vigência do regime de recursos do CPP, na redacção dada, anteriormente, à entrada em vigor da mais recente alteração legislativa, determinada pela Lei n.^º 94/2021, de 21/12, que entrou em vigor 90 dias após a sua publicação, ou seja, em 21/03/2022.

Com efeito, à data da prática dos factos e do início do processo estava em vigor o regime de recursos penais conforme as alterações legislativas introduzidas pela Lei n.^º 20/2013, de 21 de Fevereiro.

Os factos julgados ocorreram no período compreendido “(...), *em datas não concretamente apuradas, mas situadas entre Janeiro de 2014 e 13 de Outubro de 2014*” — facto n.^º 11, da matéria de facto provada — e o processo teve início em 14 de Outubro de 2014.

Na primeira instância, o arguido AA, ora recorrente, foi condenado pela prática de um crime de abuso de confiança, previsto e punido pelo artigo 205.^º, n.^{os} 1 e 4, al. *b*), do Código Penal, na pena de 3 (três) anos de prisão, suspensa na sua execução; e, os arguidos BB, CC, DD e EE, ora recorrentes, foram absolvidos.

Na segunda instância, a Relação manteve a decisão condenatória do arguido AA, reduzindo apenas, o valor da condição suspensiva; e, condenou os arguidos BB, CC, DD e EE, cada um, pela prática de um crime de receptação p. e p. pelo art. 231.^º, n.^º 1, do Código Penal, em penas de prisão suspensas na sua execução.

Todos os referidos arguidos interpuseram recurso desta última decisão da Relação, respectivamente em:

- a)* 01/02/2022, os arguidos BB e CC — autos fls. 1327 a 1352;
- b)* 01/02/2022, o arguido DD — autos fls. 1353 a 1376;
- c)* 02/02/2022, o arguido EE — autos fls. 1378 a 1381;
- d)* 02/02/2022, o arguido AA — autos fls. 1382 a 1395;

Por despacho proferido em 03/02/2022, o TRL admitiu os recursos assim interpostos — autos fls. 1398.

Em 07/02/2022, a Assistente R..., S.A, respondeu aos recursos interpostos pelos arguidos — autos fls. 1402 a 1425 — e, em 04/04/2022, o Exmo. Procurador-Geral Adjunto, junto do TRL, respondeu aos mesmos — autos fls. 1439 a 1444.

Verifica-se que, à excepção da resposta do Ministério Público, junto do TRL, todos os actos processuais relativos à interposição dos recursos ocorreram na vigência do regime dos recursos penais, previsto no CPP, tal como vigorava, conforme alteração legislativa ao abrigo da Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro. E, de igual modo, desde o início do processo e até às decisões quer da 1.ª instância quer da 2.ª instância, era esse o regime processual penal que se encontrava em vigor, pois, a Lei n.º 94/2021, de 21 de Dezembro, que alterou as condições da admissibilidade dos recursos, entrou em vigor 90 dias, após a sua publicação, ou seja, em 21/03/2022.

2.1.1. No que ao caso concerne, à data da interposição dos recursos, estabelecia o CPP, na versão da Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, o seguinte:

a. Artigo 432.º — Recurso para o Supremo Tribunal de Justiça

Recorre-se para o Supremo Tribunal de Justiça:

(...)

- b) *De decisões que não sejam irrecorríveis proferidas pelas relações, em recurso, nos termos do artigo 400.º;*

b. Artigo 400.º — Decisões que não admitem recurso

1. *Não é admissível recurso:*

(...)

- e) *De acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações que aplicarem pena não privativa de liberdade ou pena de prisão não superior a 5 anos;*
- f) *De acórdãos condenatórios proferidos, em recurso, pelas relações, que confirmem decisão de 1.ª instância e apliquem pena de prisão não superior a 8 anos;”.*

Com a alteração introduzida pela Lei n.º 94/2021, de 21 de Dezembro, que modificou as condições da admissibilidade dos

recursos, o art. 432.º e as als. *e*) e *f*), do n.º 1, do art. 400.º, passaram a ter a seguinte redacção:

c. Artigo 432.º — Recurso para o Supremo Tribunal de Justiça

1. Recorre-se para o Supremo Tribunal de Justiça:

- a) *De decisões das relações proferidas em 1.ª instância, visando exclusivamente o reexame da matéria de direito ou com os fundamentos previstos nos n.os 2 e 3 do artigo 410.º;*
- b) *De decisões que não sejam irrecorríveis proferidas pelas relações, em recurso, nos termos do artigo 400.º;*
- (...)

d. Artigo 400.º — Decisões que não admitem recurso

1. Não é admissível recurso:

(...)

- e) *De acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações, que apliquem pena não privativa da liberdade ou pena de prisão não superior a 5 anos, exceto no caso de decisão absolutória em 1.ª instância;*
- f) *De acórdãos condenatórios proferidos, em recurso, pelas relações, que confirmem decisão de 1.ª instância e apliquem pena de prisão não superior a 8 anos.*

Assim sendo, como questão prévia há que apreciar a questão da admissibilidade dos presentes recursos, face à alteração legislativa introduzida pela Lei n.º 94/2021, de 21 de Dezembro, havendo que decidir se é aplicável o novo regime, ou o anterior, vigente até 21/03/2022, tendo presente que o art. 5.º, do CPP, sobre a aplicação da lei processual penal no tempo, nas duas versões — a da Lei n.º 20/2013 e a da Lei n.º 94/2021 —, se manteve inalterável.

2.1.2. Apesar da actual Constituição da República (CRP) não enunciar directamente o critério de aplicação da lei processual penal no

tempo, como sucede quanto à aplicação da lei criminal substantiva no art. 29.º da CRP, reconhece a doutrina e a jurisprudência que há normas de processo a que os mesmos princípios são extensíveis, designadamente, aquelas que condicionam a aplicação das sanções penais (*v. g.* as relativas à prescrição, ao exercício, caducidade e desistência do direito de queixa, à *reformatio in pejus*), mas também as normas que possam afectar o direito à liberdade do arguido (*v. g.* as relativas à prisão preventiva) ou, ainda, as que asseguram os seus direitos fundamentais de defesa, todas elas apelidadas de normas processuais penais materiais — *v. g.* Ac. do STJ, n.º 4/2009, de 18/02/2009, Fixação de Jurisprudência, Proc. 08P1957; Ac. do STJ, de 07-11-2012, 1198/04.4GBAGD.C4.S1 e o Ac. do STJ, de 23/11/2016, Proc. 736/03.4TOPRT,P2.S1, em www.dgsi.pt, e o Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 551/2009, em www.tribunalconstitucional.pt — todos com abundante referência doutrinária.

Todavia, aceitar que tais princípios afectam a determinação do momento-critério da determinação da lei processual penal aplicável não significa que para todas possa, simplesmente, transpor-se o dispositivo constitucional da aplicação retroactiva da lei de conteúdo mais favorável ao arguido. Há tipos diversos de normas processuais materiais e a modulação de influência dos referidos princípios constitucionais reflecte-se na sua aplicação consoante a sua especificidade problemática.

A subordinação às regras do artigo 29.º, da CRP, das situações de sucessão no tempo de normas de processo que condicionam a responsabilidade penal resulta duma simples operação de qualificação e subsunção, uma vez que elas se inserem, claramente, no âmbito de previsão daquele preceito constitucional, atenta a sua influência directa na punição criminal.

Já relativamente às normas processuais que asseguram os direitos fundamentais de defesa, como é a do regime de admissibilidade dos recursos, esses mesmos princípios implicam uma ponderação do momento-critério da determinação da lei competente que não conduza ou evite a diminuição de garantias. O que está em causa é impedir que se agrave a situação processual do arguido, prevenindo um possível arbítrio ou excesso do poder estatal, impedindo que o poder legislativo do Estado diminua de forma direcionada e intencional o

nível de protecção da liberdade e dos direitos fundamentais de defesa dos arguidos em processos concretos já iniciados ou que o critério de determinação da lei competente a isso, objectivamente, conduzam.

Mas já não assim no sentido inverso de aplicação imediata da lei nova mais favorável a processos pendentes com autêntica eficácia retroactiva, como sucederia num caso em que todos os elementos teoricamente elegíveis para momento-critério ou elemento de conexão para determinação da lei competente ocorreram no domínio de vigência da lei antiga.

Efectivamente, quer se escolha para tal o início do processo, a decisão de primeira instância, a prolação do acórdão recorrido, a interposição do recurso ou o termo do respectivo prazo, todos ocorreram no domínio de vigência da lei antiga.

Estando a lei nova em *vacatio*, o despacho proferido sobre a admissão do recurso só tinha a lei antiga para aplicar e só essa poderia ter aplicado, salvo se houvesse fundamento para a recusa de aplicação da lei vigente com fundamento em inconstitucionalidade e, porventura, o processo heurístico repristinatório consequente não lograsse uma solução com solvabilidade constitucional, hipótese que não se coloca, e, por isso, não cabe aqui resolver.

(...)

2.1.3. Dos Recursos dos arguidos BB, CC, DD e EE.

A Assistente R..., S.A suscita a questão da inadmissibilidade dos recursos dos demais arguidos, face ao disposto na al. e), do n.º 1, do art. 400.º, do CPP.

Este preceito dispunha, na redacção emergente da Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, não ser admissível recurso: *e) De acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações, que apliquem pena não privativa da liberdade ou pena de prisão não superior a 5 anos.*

Sucede que o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 595/2018, publicado no Diário da República, 1.ª série, de 11/12/2018, declarou, com força obrigatória geral, “(...) a inconstitucionalidade da norma que estabelece a irrecorribilidade do acórdão da Relação que, inovadoramente face à absolvição ocorrida em 1.ª instância, condene os arguidos em pena de prisão não superior a cinco anos, constante do

art. 400.º, n.º 1, alínea e), do Código de Processo Penal, na redacção da Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, por violação do art. 18.º, n.º 2, da Constituição”.

Face a esta declaração de inconstitucionalidade parcial qualitativa com força obrigatória geral, ficou eliminado do ordenamento jurídico o segmento normativo que vedava o recurso de acórdãos em que a Relação, revertendo a absolvição obtida em 1.ª instância, aplicasse inovatoriamente ao arguido pena de prisão efectiva. Manteve-se, portanto, o segmento restante do preceito de que resulta continuar a ser inadmissível recurso de acórdãos da Relação que inovatoriamente aplicassem pena não privativa da liberdade.

É o sentido que, sem margem para dúvidas, se retira do dispositivo e da fundamentação do acórdão do TC e, até, do confronto com as declarações de voto e votos de vencido a ele apostas.

No caso presente, os arguidos BB, CC, DD e EE haviam sido absolvidos pela sentença de 1.ª instância e, a Relação, pelo acórdão recorrido, reverteu essa absolvição e condenou-os em penas de prisão, suspensas na sua execução, com a condição de pagarem determinadas quantias à Assistente.

Ora, pena de prisão suspensa não é pena de prisão efectiva. É, no nosso sistema jurídico-penal actual, uma pena não privativa da liberdade. Assim o entendeu, por exemplo, o acórdão de Fixação de Jurisprudência de 7/7/2016, Proc. n.º 2314/07.0TAMTS-D.P1-A.S1, em www.dgsi.pt e publicado no DR, I SÉRIE, 193, 07.10.2016, P. 3515-3524, a cuja fundamentação nos acolhemos.

Embora centrado na questão da noção de pena não privativa da liberdade para efeitos de transcrição no registo criminal, o acórdão sustentou-se na posição doutrinária e jurisprudencial de alcance geral que configura a pena suspensa no nosso sistema jurídico como uma verdadeira pena autónoma, ou seja, um meio autónomo de reacção jurídico-penal de carácter não detentivo, inserida no movimento político-criminal de luta contra a aplicação de penas privativas da liberdade.

Com efeito, naquele arresto se efectuou uma extensa e profunda análise doutrinária e jurisprudencial sobre a questão da “*autonomia da ‘pena suspensa’*”, e ali se disse que a jurisprudência era “(...), largamente maioritária, no sentido de considerar a condenação em pena

de prisão suspensa na sua execução uma pena autónoma da pena de prisão substituída e que é a pena de prisão suspensa que se executa, com todas as consequências jurídicas.”, fixando jurisprudência no sentido de que “A condenação em pena de prisão suspensa na sua execução integra o conceito de pena não privativa da liberdade referido no n.º 1 do art. 17.º da Lei n.º 57/98, de 18 de Agosto, com a redacção dada pela Lei n.º 114/2009, de 22 de Setembro”.

Para todos os efeitos, a pena de prisão suspensa na sua execução é uma pena de outra categoria, que não a de pena de prisão.

Deste modo, perante o normativo vigente à data em que foi profrido — o mesmo, aliás, que vigorava já à data da sentença de 1.^a instância — o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15/12/2021, era irrecorrível para o Supremo Tribunal de Justiça, por parte destes arguidos condenados em penas de prisão suspensas na sua execução.

2.1.3. Todavia, pode colocar-se uma outra questão, que se relaciona com a aplicação da lei processual no tempo, em matéria de recursos.

A Lei n.º 94/2021, de 21 de Dezembro, deu nova redacção à al. *e*), do n.º 1, do art. 400.º, do CPP, que passou a dispor não ser admissível recurso: *e) De acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações, que apliquem pena não privativa da liberdade ou pena de prisão não superior a 5 anos, exceto no caso de decisão absolutória em 1.ª instância.* — sublinhado nosso.

Face à nova redacção do preceito, que entrou em vigor 90 dias após a publicação — art. 16.º, da Lei n.º 94/2021 — passaram a ser recorríveis os acórdãos da Relação que revertam decisões absolutórias, ainda que aplicando pena não privativa da liberdade.

Ora, face a esta inovação legislativa e à regra de aplicação imediata da lei processual penal no tempo, constante do art. 5.º, do CPP, poderia colocar-se o problema da determinação da lei aplicável. É a via seguida no parecer do Exmo. Procurador-Geral Adjunto, neste STJ, que sustenta a recorribilidade do acórdão por parte dos arguidos, com base na aplicação imediata da lei nova.

Porém, a regra de aplicação imediata da lei processual nova não dispensa a determinação do factor de conexão relevante. Com efeito, na determinação da lei aplicável à admissibilidade dos recursos, o

entendimento doutrinal e jurisprudencial dominante é o de que o factor determinante é o momento em que é proferida a decisão recorrida.

Verifica-se, pois, que a recorribilidade se determina pela lei vigente no momento em que é proferida a decisão recorrida ou pela lei vigente no momento em que é proferida a decisão de 1.^a instância, o que para o caso é irrelevante, de acordo com a exaustiva exposição da doutrina e jurisprudência sobre o assunto, constante do Ac. de 7/11/2012, Proc. 1198/04.4GBAGD.C4.S1, em www.dgsi.pt, já citado.

Assim, no momento em que os recorrentes interpuseram o presente recurso, o acórdão de 15/12/2021 era irrecorrível e, consequentemente, o recurso que interpuseram para este Supremo Tribunal inadmissível. E não passou a ser admissível por efeito da entrada em vigor da lei nova, porque esta é de aplicação imediata, mas não tem efeito retroactivo.

Tanto basta para que os recursos interpostos por estes arguidos tenham agora de ser rejeitados.

3. Em suma, no presente recurso penal e relativamente a todos os arguidos recorrentes, está excluída a apreciação da matéria que respeita a qualquer qualificação jurídica dos factos, bem como relativamente a quaisquer outras questões que respeitem a essa matéria, designadamente sobre as alegadas nulidades ou constitucionalidades.

III. Decisão

Termos em que, acordando, se decide:

- a) Rejeitar os recursos interpostos pelos arguidos AA, BB, CC, DD e EE, por ser irrecorrível o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15/12/2021, conforme o disposto no art. 400.^º, n.º 1, als. e f), do CPP, na redacção anterior à Lei n.º 94/2021, de 21 de Dezembro;
- b) Fixar em 6 UC a taxa de justiça, a cada um dos arguidos, nos termos do art. 513.^º do CPP, do Código de Processo Penal e da tabela III, anexa ao Regulamento das Custas Processuais.

Lisboa, 23 de Junho de 2022

Anotação

1. O Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão em análise, foi chamado a apreciar o título prévio a questão da admissibilidade dos recursos interpostos pelos arguidos, em face da alteração legislativa introduzida pela Lei n.º 94/2021, de 21 de Dezembro. Impunha-se decidir se seria aplicável o novo regime legal ou o anterior (vigente até 21 de Março de 2022), tendo por referência o que o Código de Processo Penal (CPP) dispõe em matéria de aplicação da lei no tempo, no seu artigo 5.º.

A regra de base estabelecida nesse preceito é distinta da que rege a lei penal substantiva. Estabelece o artigo 2.º, n.º 1, do Código Penal (CP), que *as penas e as medidas de segurança são determinadas pela lei vigente no momento da prática do facto ou do preenchimento dos pressupostos de que dependem*. Já o artigo 5.º, n.º 1, do CPP, acolhendo o princípio *tempus regit actum*, dispõe que *a lei processual penal é de aplicação imediata, sem prejuízo da validade dos atos realizados na vigência da lei anterior*.

Tanto num caso como no outro, a regra de base é sujeita a certos desvios. No que respeita ao processo penal, o n.º 2 do referido artigo 5.º do CPP prevê dois desvios, duas hipóteses em que a lei nova não se aplica aos *processos iniciados anteriormente à sua vigência* — *sc.*, quando dessa aplicabilidade imediata puder resultar: “a) *Agravamento sensível e ainda evitável da situação processual do arguido, nomeadamente uma limitação do seu direito de defesa; ou b) Quebra da harmonia e unidade dos vários atos do processo.*”

2. No caso decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça estava em causa a alteração à alínea e) do artigo 400.º, n.º 1, do CPP. Na redacção anterior à entrada em vigor da Lei n.º 94/2021, de 21 de Dezembro, aquele preceito dispunha que “*não é admissível recurso de acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações que apliquem pena não privativa de liberdade ou pena de prisão não superior a 5 anos*”. Na redacção dada por esta lei, o preceito passou a dispor que “*não é admissível recurso de acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações, que apliquem pena não privativa da liberdade ou*

pena de prisão não superior a 5 anos, exceto no caso de decisão absolutória em 1.ª instância”.

A alteração legislativa surgiu na sequência do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 595/2018, de 11 de Dezembro, que declarou com força obrigatória geral a constitucionalidade da “*norma que estabelece a irrecorribilidade do acórdão da Relação que, inovadamente face a absolvição ocorrida em 1.ª instância, condena os arguidos em pena de prisão efetiva não superior a cinco anos, constante do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do Código de Processo Penal, na redação da Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro*”. A declaração de constitucionalidade respeitava apenas à recorribilidade da condenação inovatória em pena *privativa da liberdade* (não já à da condenação inovatória em pena não privativa da liberdade²), mas o legislador decidiu ir mais longe do que essa jurisprudência imporia, permitindo o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça de toda e qualquer condenação inovatoriamente proferida em recurso por um Tribunal da Relação³. Assim, o aditamento final à citada alínea e) — *exceto no caso de decisão absolutória em 1.ª instância* — passou a permitir o conhecimento pelo Supremo Tribunal de Justiça das condenações proferidas pelo Tribunal da Relação em pena não privativa da liberdade ou em pena de prisão não superior a cinco anos que se sucedessem a decisões absolutórias do Tribunal de primeira instância.

No caso dos autos, estava em causa a situação de quatro arguidos⁴ cuja absolvição pelo Tribunal de primeira instância foi revertida pelo Acórdão da Relação, que os condenou em penas de suspensão da execução da pena de prisão, com a condição de pagamento de determinadas quantias à assistente. À luz da anterior redacção do

² Cf. em especial os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 523/2021 e n.º 524/2021 (revogando os Acórdãos n.os 31/2020 e n.º 100/2021, respectivamente).

³ Cf. MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 5.ª ed., (no prelo, gentilmente cedido pela Autora), pp. 240-243.

⁴ Estava também em causa — e o Supremo Tribunal de Justiça julgou-o também inadmissível — o recurso de um quinto arguido. Este arguido fora já condenado na primeira instância, pelo que a irrecorribilidade, nesse caso, se fundou na alínea f) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP, que não foi alterada pela Lei n.º 94/2021, de 21 de Dezembro. Nesta parte, portanto, o acórdão não releva para a problemática aqui em análise.

artigo 400.º, n.º 1, alínea *e*), do CPP, aquela condenação inovatória não era passível de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, ao passo que a redacção nova já o permitiria. A questão que se colocava era, pois, a de saber se a lei nova seria aplicável aos recursos que, no momento da sua entrada em vigor, tivessem já sido interpostos mas não tivessem ainda sido admitidos pelo Tribunal *ad quem*.

Era a redacção antiga que vigorava quando o Tribunal da Relação proferiu a decisão recorrida, quando os recursos foram interpostos pelos arguidos, quando o Tribunal da Relação os admitiu e quando a assistente apresentou a sua resposta. Já vigorava a redacção nova quando o Ministério Público junto do Tribunal da Relação respondeu aos recursos, quando o Ministério Público junto do Supremo Tribunal de Justiça emitiu o seu parecer (onde aliás pugnou pela admissão dos recursos) e quando o Supremo Tribunal de Justiça se pronunciou sobre a sua admissibilidade.

Apesar de neste último momento se encontrar já em vigor a redacção ao abrigo da qual a decisão era recorrível, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu rejeitar os recursos, por entender que “a regra de aplicação imediata da lei processual nova não dispensa a determinação do factor de conexão relevante” e que, “na determinação da lei aplicável à admissibilidade dos recursos, o entendimento doutrinal e jurisprudencial dominante é o de que o factor determinante é o momento em que é proferida a decisão recorrida”.

Discordamos desse entendimento, pelas razões que expomos em seguida.

3. O Supremo Tribunal de Justiça decidiu não aplicar imediatamente a lei nova ao processo penal pendente (*processo iniciado anteriormente à sua vigência*), contornando a regra disposta no artigo 5.º, n.º 1, do CPP. Tratando-se de uma lei nova relativa à admissibilidade do recurso, entendeu o Tribunal que essa lei, para ser aplicável, teria de estar em vigor no momento em que foi proferida a decisão recorrida⁵. Numa análise simples, definindo o legislador uma regra de

⁵ O Tribunal afirmou expressamente que “o factor determinante é o momento em que é proferida a decisão recorrida”. A afirmação feita em seguida — de que,

aplicação imediata e os respectivos desvios, parece óbvia a conclusão de que a não aplicação da regra só se justificaria caso algum dos desvios se verificasse. Ora, no caso, o Tribunal não aplicou a regra, nem nenhum dos seus desvios, sem que ofereça justificação atendível, como procuraremos sustentar.

De facto, a conclusão alcançada pelo Supremo Tribunal de Justiça no Acórdão em análise repousa sobre um conjunto de premissas que nos parecem refutáveis. A primeira (em si mesma inócuia, mas sintomática de outras já determinantes para aquela conclusão) é a de que a Constituição enuncia directamente, no seu artigo 29.º, o critério de aplicação da lei penal substantiva no tempo.

Em rigor, como observa Pedro Caeiro, esse preceito não contém exactamente princípios gerais de aplicação da lei penal substantiva no tempo: contém uma proibição de retroactividade *in pejus* e uma imposição de retroactividade *in mellius*, que, valendo apenas para leis de determinado conteúdo (desfavorável num caso, mais favorável no outro), não podem ser vistas como princípios *gerais*⁶.

Princípio geral de aplicação da lei penal substantiva no tempo será o mesmo de todo o direito transitório — o princípio da não-transactividade, nos termos do qual os factos não devem ser regulados por normas que com eles não contactaram —, embora se lhe possam sobrepor outros princípios, radicados em outros interesses: um desses princípios é o da proibição da retroactividade *in pejus* (que coincidirá, de modo frequente mas não necessário, com o da não-transactividade); outro é o da imposição da retroactividade *in mellius* — princípios estes que não têm origem nem teleologia comuns⁷.

“no momento em que os recorrentes interpuseram o presente recurso, o acórdão de 15/12/2021 era irrecorrível” — tem já a natureza de uma mera constatação: sendo o momento determinante aquele primeiro (o da prolação da decisão recorrida), neste segundo (o da interposição) já a decisão era, inexoravelmente, irrecorrível.

⁶ PEDRO CAEIRO, “Aplicação da Lei Penal no Tempo e Prazos de Suspensão da Prescrição do Procedimento Criminal: Um «Caso Prático»”, in: *Estudos de Homenagem a Cunha Rodrigues — Volume I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 232 e ss.

⁷ Cf. *ibidem*, pp. 233 e ss. — com suporte em JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, Coimbra: Almedina, 1970, pp. 119 e ss., 141 e ss. (cf. também as pp. 19 e ss.).

Na mesma linha, importa notar que a aplicação *imediata* da lei processual penal nova vale naturalmente para os processos futuros, mas igualmente para os processos pendentes, ou seja, para os “processos iniciados anteriormente à sua vigência”, conforme se retira, *a contrario*, da letra da lei do n.º 2 do artigo 5.º do CPP⁸. Assim, essa aplicação imediata no decurso de um processo penal — tomado o processo, para estes efeitos, como um ‘facto’ (e como um facto necessariamente de carácter duradouro)⁹ — é sempre, num certo sentido, *retroactiva*, visto que a lei antiga ainda contactou, também, com o processo; pela mesma razão, os casos em que excepcionalmente não deva aplicar-se a lei nova (*v. g.*, a fim de evitar um *agravamento sensível e ainda evitável da situação do arguido*) envolvem sempre uma aplicação em certo sentido *ultra-activa* ou *praeter-activa* da lei antiga, visto que a lei nova já contactou, também, com o processo. Nesse sentido se refere o mesmo Autor, respectivamente, a “eficácia retroactiva imprópria” da lei nova e a “eficácia ultra-activa imprópria” da lei antiga, constatando que, quando houver uma sucessão de leis processuais penais no tempo, o processo penal será sempre um “facto partilhado”¹⁰.

4. Mas mesmo decompondo o processo nos diversos actos que o integram, tomando como unidade de análise a específica questão processual aqui em causa e supondo-a, para este efeito, como autónoma, não pode deixar de concluir-se que a lei nova chegou a contactar com ela. É o que planamente decorre do próprio facto de ter sido prolatada a decisão que aqui se analisa. Embora os recursos devam ser interpostos perante o tribunal que proferiu a decisão recorrida e este decidida sobre a sua admissão, é ao tribunal *ad quem* que cabe a última

⁸ Cf. TIAGO CAIADO MILHEIRO, “Comentário ao artigo 5.º”, in: *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo I, Coimbra: Almedina, 2.ª ed., 2022, pp. 111 e ss.

⁹ E deixando de parte, por não relevançar para o caso em análise, a questão de saber se o que deveria relevançar, para os efeitos da intercessão da proibição de retroactividade *in pejus*, é o momento do início do processo ou o da prática dos factos que integram o seu objecto.

¹⁰ PEDRO CAEIRO, *op. cit.*, pp. 240 e ss.

palavra sobre a recorribilidade da decisão e, mais genericamente, sobre o preenchimento dos pressupostos da sua própria intervenção¹¹. Os actos processuais tocados pela questão que aqui está em causa e os efeitos para que tendiam¹², portanto, não se esgotaram no domínio da lei antiga.

Contra isso não depõe o facto, invocado pelo tribunal *ad quem*, de que, no momento da sua prolação pelo tribunal *a quo*, o despacho de admissão do recurso “só tinha a lei antiga para aplicar e só essa poderia ter aplicado”. Deve reconhecer-se sem rodeios que assim era. Porém, se isso expõe a decisão da Relação a censura, não chega para validar a do Supremo. Ambas pecaram, de um modo que pode dizer-se simétrico: a do tribunal *a quo*, prolatada na vigência da lei antiga, não deveria ter admitido o recurso e admitiu-o; a do tribunal *ad quem*, prolatada na vigência da lei nova, não deveria ter rejeitado o recurso e rejeitou-o¹³. Rejeitou-o, porém, não com

¹¹ Cf. os artigos 414.º, n.º 3, e 417.º, n.º 6, alínea *b*), do CPP.

¹² Repare-se: embora a decisão recorrida tenha sido prolatada ao abrigo da lei antiga e de também ao abrigo da lei antiga ter sido interposto o recurso, a produção dos respetivos efeitos — por via da apreciação feita pelo Supremo Tribunal de Justiça — já só terminou dentro do âmbito de eficácia da lei nova. E a produção de efeitos não pode deixar de relevar na determinação da exposição a esse âmbito de eficácia: cf., *v. g.*, embora por referência à lei administrativa, AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*. vol. I, Coimbra, 1976, pp. 520 e ss., acrescentando, aliás, que as situações não instantâneas “caem no âmbito temporal de eficácia da norma sucessiva, sem haver, portanto, rigorosamente, motivo algum para se falar aqui de retroactividade”.

¹³ No processo civil tende a sustentar-se, pelo menos em princípio, que uma lei nova que admite recurso de decisões que antes o não admitiam “não deve *aplicar-se* às decisões já *proferidas* à data da sua entrada em vigor”, sob pena de afronta à “força de caso julgado” que essa decisão adquirira (cf., *v. g.*, com ulteriores referências, ANTUNES VARELA/J. MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2004 (reimp.), p. 56), linha de entendimento mencionada no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07-11-2012, citado no Acórdão aqui em análise. Porém, quando não haja trânsito em julgado (como na situação em análise), o argumento residirá, não realmente na *força* de caso julgado da decisão recorrida, mas na “legítima *expectativa* criada à parte vencedora de [a] ver transitar em julgado” (Alberto dos Reis, *apud ibid.*, p. 56, n. 1, itálico nosso). Assim, em situações como aquela, mesmo no processo civil, o entendimento indicado parece consubstanciar mais um *desvio* à regra da aplicação imediata do que uma especificação do alcance da própria *regra*. De uma forma ou de

fundamento na invalidade do despacho de admissão proferido pelo tribunal *a quo*¹⁴, mas por aplicação directa do disposto (para o que aqui releva) no artigo 400.º, n.º 1, alínea *e*), do CPP, na redacção anterior à Lei n.º 94/2021, de 21 de Dezembro¹⁵.

Aceitando-se que a lei nova chegou a contactar com a questão processual em causa, nunca poderia aceder-se à noção, sustentada pelo Supremo Tribunal de Justiça, de que a sua aplicação imediata no caso teria “autêntica eficácia retroactiva”. Retroactiva sim, mas não autêntica. Antes uma retroactividade ‘imprópria’ ou, se se quiser, para um diálogo mais perfeito com os termos do Acórdão, ‘inautêntica’¹⁶. E esta diferença, que só em análise apressada poderá afigurar-se reduzida, conduz a resultados muito diferentes, visto que a circunstância de a lei nova também ter contactado com a questão faz dela — logo à luz do princípio geral da não-transactividade¹⁷ — uma candidata directa a regulá-la.

Em suma, os pressupostos de admissão do recurso interposto pelos arguidos foram modificados num momento processual em que a sua apreciação ainda era possível e, aliás, normal, porque não tinha sido ainda realizada pelo tribunal *ad quem*. Pode então concluir-se com

outra, o entendimento não é transponível para o processo penal, logo pela razão de que não é um processo de partes. Sendo a questão da responsabilidade penal uma questão *pública* e o “processo penal um assunto da comunidade jurídica” (MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal...* op. cit., p. 80), o assistente (que pode nem existir) nunca se concebe aí exactamente como um ‘vencedor’, nem a expectativa que porventura desenvolva como ‘legítima’ no sentido que vai pressuposto naquele entendimento.

¹⁴ Não se justifica aqui discutir — porque não acontecia no caso — se, não tendo a Relação admitido o recurso e tendo a intervenção do Supremo Tribunal de Justiça sido convocada através da reclamação prevista no artigo 405.º do CPP, ainda poderia considerar-se ter havido contacto com a lei nova; ou se, nesse caso, deveria antes ter-se como preenchida a parte final do artigo 5.º, n.º 1, do CPP (*sem prejuízo da validade dos actos realizados na vigência da lei anterior*). Seja como for, concluindo-se do segundo modo, isso, só por si, não afastaria necessariamente, segundo se crê, a imposição constitucional de retroactividade *in mellius* (cf. *infra*, no texto).

¹⁵ Cf. al. *a*) do Dispositivo.

¹⁶ Expressão de resto utilizada no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 287/90, § 20, com apelo à jurisprudência do seu congénere alemão.

¹⁷ Muito embora, como vimos, este princípio não se veja aqui realizado na íntegra, dada a parcial conexão com a lei antiga.

segurança que lei nova chegou a contactar com a questão da recorribilidade da decisão em causa, questão processual esta que, assim, esteve exposta, tanto à eficácia da lei antiga, como à eficácia da lei nova.

5. A regulação da questão, no entanto, não pode ser partilhada pelas diferentes leis a cuja eficácia ela esteve exposta, devendo forçosamente ser atribuída a uma ou a outra. Só que à questão de saber a qual delas deve ser atribuída prevalência já o princípio da não-transactividade não consegue responder. A esta questão responde um outro princípio, que é também um princípio geral do direito transitório: aquele segundo o qual a lei posterior derroga a lei anterior.

A aplicação da lei nova ao caso sempre decorria, portanto, muito simplesmente — ainda que não houvesse regra transitória explícita no sentido da aplicação imediata da lei nova —, da regra *lex posterior derogat legi priori*¹⁸. Tudo o que situa a resposta ao problema logo num plano estritamente infraconstitucional, sem que se mostre necessário convocar a imposição de aplicação retroactiva da lei (adjectiva) mais favorável ou qualquer outro parâmetro constitucional capaz de afastar, por si só ou em articulação com ela, a aplicação daquela regra de direito transitório. Nesse sentido sustenta Maria João Antunes que, numa hipótese como esta, aplicar a lei antiga significa “contrariar o disposto no CPP quanto à aplicação da lei processual penal no tempo”¹⁹.

6. Seja como for, também nos parece que a aplicação da lei processual penal nova seria aqui constitucionalmente imposta.

Quanto à questão de saber se as normas que definem a admissibilidade de recursos em processo penal estão subordinadas ao princípio da legalidade criminal consagrado na Constituição, o Acórdão²⁰ começa por reconhecer que há normas de processo a que esse princípio se

¹⁸ Cf. PEDRO CAEIRO, *op. cit.*, p. 242.

¹⁹ MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal...*, *op. cit.*, p. 34.

²⁰ Aparentemente acompanhando a exposição feita no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 247/2009.

aplica: “designadamente, aquelas que condicionam a aplicação das sanções penais (*v. g.* as relativas à prescrição, ao exercício, caducidade e desistência do direito de queixa, à *reformatio in pejus*), mas também as normas que possam afectar o direito à liberdade do arguido (*v. g.* as relativas à prisão preventiva) ou, ainda, as que asseguram os seus direitos fundamentais de defesa, todas elas apelidadas de normas processuais penais materiais”.

Prosegue, porém, o Acórdão no sentido de que isso “não significa que para todas possa, simplesmente, transpor-se o dispositivo constitucional da aplicação retroactiva da lei de conteúdo mais favorável ao arguido”: “A subordinação às regras do artigo 29.º, da CRP, das situações de sucessão no tempo de normas de processo que condicionam a responsabilidade penal resulta duma simples operação de qualificação e subsunção, uma vez que elas se inserem, *claramente*, no âmbito de previsão daquele preceito constitucional, atenta a sua influência directa na punição criminal. Já relativamente às normas processuais que asseguram os direitos fundamentais de defesa, como é a do regime de admissibilidade dos recursos, esses mesmos princípios implicam uma ponderação do momento-critério da determinação da lei competente que não conduza ou evite a diminuição de garantias” (italico nosso).

Para além de ser estranho que, aparentemente, a proibição de *reformatio in pejus* — cujo fundamento material é assegurar o direito ao recurso²¹ — seja reconduzida ao primeiro grupo mas as normas que definem o regime de admissibilidade dos recursos a um grupo diferente, o Acórdão parece traçar a fronteira entre a aplicabilidade e a inaplicabilidade do princípio da legalidade criminal por apelo a um critério de ‘clareza’ da subordinação da regra processual a esse princípio. Sustentar que o princípio da legalidade criminal se aplica em processo penal “na medida imposta pelo seu conteúdo de sentido”²² pressuporá admitir que nem todas as regras processuais justificam a sua aplicação e que, em relação àquelas que a justifiquem, a aplicação não assuma necessariamente os mesmos contornos; mas não que

²¹ Cf. MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal...*, *op. cit.*, p. 236.

²² Cf. *ibidem*, pp. 30 e 32 e ss.

uma questão e a outra dependam da nitidez da subordinação da norma processual penal ao princípio constitucional.

De resto, o Acórdão em análise acaba por atribuir à segunda espécie de normas — as que “asseguram os [d]ireitos fundamentais de defesa” —, para o efeito de determinar do seu estatuto constitucional, um fundamento que, ainda que adquira aí o seu significado último em associação ao direito de defesa, é próprio do princípio da legalidade criminal, na sua vertente de proibição de retroactividade *in pejus*: “O que está em causa é impedir que se agrave a situação processual do arguido, prevenindo um *possível arbítrio ou excesso do poder estatal*, impedindo que o poder legislativo do Estado diminua de forma direccionada e intencional o nível de protecção da liberdade e dos direitos fundamentais de defesa dos arguidos em processos concretos já iniciados ou que o critério de determinação da lei competente a isso, objectivamente, conduzam”²³.

Vejamos. Superada a visão de que o princípio da legalidade criminal não teria, de todo, aplicação quanto às normas processuais penais, pode dizer-se que a distinção, para que depois se avançou, entre normas processuais penais materiais e formais, embora tenha representado um progresso²⁴, enferma de uma certa circularidade, porque vai já, em grande medida, impregnada da própria conclusão que visaria autorizar: a da subordinação ou não de certa norma processual penal àquele princípio²⁵. O problema pode enunciar-se assim: o princípio da legalidade criminal aplica-se às normas processuais penais materiais porque estas normas são normas processuais a que se justifica aplicar o princípio da legalidade criminal. Adequado será então perguntar desde logo se se justifica subordinar

²³ Itálico nosso. Prossegue então o acórdão: “Mas já não assim no sentido inverso de aplicação imediata da lei nova mais favorável a processos pendentes com autêntica eficácia retroactiva, como sucederia num caso em que todos os elementos teoricamente elegíveis para momento-critério ou elemento de conexão para determinação da lei competente ocorreram no domínio de vigência da lei antiga.”

²⁴ Cf. u. g. AMÉRICO A. TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, 3.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 347 e ss.; já criticando o estado de coisas anterior, cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1974, pp. 110-112.

²⁵ Cf. PEDRO CAEIRO, *op. cit.*, p. 243, com ulteriores referências.

determinadas normas processuais penais (no caso, normas que delimitam a recorribilidade) ao princípio da legalidade e (para o que aqui releva e sem perder de vista a sua autonomia em relação ao princípio da legalidade propriamente dito) à imposição de retroactividade *in mellius*.

Esta imposição, diversamente do que acontece com a proibição de retroactividade *in pejus*, não radica no desígnio de proteger o indivíduo contra o arbítrio do Estado na sua intervenção punitiva, mas no reconhecimento de que essa intervenção punitiva, ainda que observasse aquela proibição e fosse a essa luz legítima, se torna *desnecessária* quando o legislador, em momento posterior ao da ocorrência dos factos relevantes, tenha mudado, em sentido favorável ao indivíduo, a valoração que deles faz²⁶. No caso, a circunstância de o legislador ter mudado a sua valoração no sentido de permitir o recurso de decisões que anteriormente o não admitiam torna desnecessária a aplicação da regra anterior que estabelecia a irrecorribilidade.

Ainda que a irrecorribilidade de tais decisões não infringisse (segundo o Tribunal Constitucional) o direito ao recurso consagrado no artigo 32.º, n.º 1, da Constituição, a ampliação desse direito no plano do direito ordinário, central como ele é para a defesa do arguido — o que vai atestado na própria dignidade constitucional que ali se lhe atribui (e independentemente do alcance exacto que ali se lhe reconheça)²⁷ — é apta a convocar a imposição de retroactividade *in mellius* consagrada no artigo 29.º, n.º 4, *in fine*, da Constituição.

7. Por outro lado, supor que a imposição constitucional de retroactividade *in mellius* de determinada norma processual nova dependesse de a norma processual antiga ser ela própria inconstitucional (isto é, inconstitucional por razões exógenas às que confluem na problemática

²⁶ Cf. MARIA JOÃO ANTUNES, *Penas e Medidas de Segurança*, Coimbra: Almedina, 2.ª ed., 2022, p. 18; e *Direito Processual Penal...* op. cit., p. 33; AMÉRICO A. TAIPA DE CARVALHO, op. cit., pp. 132 ss.

²⁷ Fazendo das normas que definem a (ir)recorribilidade em processo penal, portanto, para quem todavía pretenda manter aquela conceitualização, ‘normas processuais penais materiais’.

da aplicação no tempo) ²⁸ significaria esvaziar de conteúdo a imposição de retroactividade *in mellius*, bem como, *mutatis mutandis*, a proibição de retroactividade *in pejus*. Seria, por exemplo, como dizer que a condenação de uma pessoa pela prática de uma conduta que não era criminalizada no momento em foi cometida só estaria sujeita à proibição constitucional de retroactividade *in pejus* se a norma incriminatória mais tarde aprovada enfermasse de inconstitucionalidade por violação *v. g.* do princípio da igualdade ou do princípio da proporcionalidade. Àquela espécie de hipóteses — como condenações por condutas que não eram criminalizadas quando foram cometidas — visa precisamente o princípio da legalidade obstar e só para isso, a bem dizer, é necessário. A legitimidade da nova norma à luz de outros parâmetros constitucionais, assim como a sua razoabilidade político-criminal e a sua bondade infra-constitucional, são questões estranhas ao princípio da legalidade ²⁹.

Visam estas apodícticas considerações simplesmente firmar bem a noção de que a não inconstitucionalidade (de novo: segundo o Tribunal Constitucional) da norma antiga que impedia o recurso nada diz sobre a existência de uma imposição constitucional de aplicar a norma nova que veio permiti-lo, nem de algum modo empresta legitimidade material à conclusão de que deveria aplicar-se a lei antiga que o impedia.

8. Feitas estas primeiras considerações relativas à proibição de retroactividade *in pejus* e à imposição de retroactividade *in mellius*, importa agora que nos detenhamos mais particularmente na regra da aplicação imediata da lei processual penal nova e nos seus desvios.

²⁸ O acórdão em análise não apresenta semelhante argumento. Não deixa, no entanto, de assinalar o julgamento de não inconstitucionalidade feito pelo Tribunal Constitucional acerca da norma do artigo 400.º, n.º 1, alínea *e*), do CPP, que aí estava em causa, o que, parece-nos, justifica sublinhar a autonomia entre *essa* questão de constitucionalidade e aquelas outras que a aplicação de tal norma no tempo suscita.

²⁹ Vincando, a outro propósito, a descontinuidade entre a “bondade material” de uma norma nova e a sua sujeição à proibição constitucional de retroactividade *in pejus*, também NUNO BRANDÃO, “Suspensão da Prescrição do Procedimento Contrato-Ordenacional e COVID-19: Retrospectiva sobre o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 500/2021”, *Revista Portuguesa de Direito Constitucional* n.º 2 (2022), pp. 36 e ss.

Aquela proibição e aquela imposição são axiologicamente comprometidas, valendo apenas, como vimos, em relação a normas com determinado conteúdo e somente a essas. Já no que diz respeito à regra *lex posterior*, a aplicação da norma nova não depende da verificação de que é mais favorável do que a antiga. A regra *lex posterior* dá, muito simplesmente e como já se referiu, o devido relevo ao facto de a nova norma constituir uma expressão actualizada da vontade do legislador democraticamente eleito.

Embora a aplicabilidade da regra *lex posterior* não dependa do concreto conteúdo da lei nova, nos termos indicados, não pode daí retirar-se sem mais que aquela regra seja axiologicamente neutra, na medida em que a lei actual se presuma corresponder, naquele momento, à regulação mais adequada da matéria em causa: não forçosamente por ser mais favorável em face de valores e interesses dados, mas ‘melhor’ num mais lato sentido de concertação de interesses conflituantes³⁰. Independentemente disso, a mera circunstância de a lei nova constituir a expressão mais actual da vontade do legislador infunde na regra que impõe a sua aplicação imediata a axiologia própria do princípio da maioria³¹, que radica no princípio democrático consagrado no artigo 2.º da Constituição.

Isso permite até cogitar se a observância da regra da aplicação imediata da lei nova não é, pelo menos em certos casos, constitucionalmente devida. Por exemplo quando, como no caso em análise, o legislador não tenha aprovado uma norma transitória especial, nem esteja em causa a determinação do alcance de limites ou desvios legalmente colocados à própria regra da aplicação imediata³² (pois nesses casos os limites e desvios constituem, eles próprios, uma expressão actual da vontade do

³⁰ Cf. AFONSO QUEIRÓ, *op. cit.*, pp. 520 e 522, falando, a este propósito, embora novamente por referência à lei administrativa, das “novas concepções sobre a justiça” subjacentes às leis novas e por aí explicando que elas possam ser “presumidas mais justas e progressivas”.

³¹ Mesmo considerado o carácter relativo e limitado que se imputa a esse princípio: cf. *v. g.* (quanto a este carácter, não quanto à posição ensaiada no texto) JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Participação e Descentralização. Democratização e Neutralidade na Constituição de 76*, Coimbra: Almedina, 1982, pp. 60 e 79 e ss.

³² Seja o do artigo 5.º, n.º 1, *in fine*, do CPP, sejam os do n.º 2 do mesmo preceito.

legislador, o que lhes garante estatuto idêntico ao da regra em face do princípio da maioria). Repare-se que o Supremo Tribunal de Justiça deu como assente que a regra da aplicação imediata da lei nova é em primeira linha convocável, mas depois interpreta de modo restritivo, sem razão aparente para fazê-lo, o conceito de ‘contacto’ entre a lei nova e o facto a regular. Isso afigura-se discutível em face do princípio da legalidade criminal na sua vertente de *lex certa*³³; mas o que mais releva para o ponto de vista que se procurava agora expor é que o contacto, a conexão, enquanto “*ponte* entre os factos da vida e a lei aplicável”, não é, como ensina Baptista Machado, questão que “dependa do arbítrio ou da «política legislativa»”: “Não, (...) antes parece ser imposta *ab extrinseco*, por força dum postulado ou princípio básico relativo ao âmbito de eficácia duma lei: o princípio por nós chamado da «não-transconexão» [ou da «não-transactividade»]”; de sorte que “acharem-se ou não os factos concretos em contacto com certa lei (caírem ou não no âmbito de eficácia desta lei), terem ou não com a mesma lei a conexão do tipo escolhido, isso em nada depende da Regra de Conflitos”³⁴.

De todo o modo, os interesses geralmente invocados — se convincentemente ou não é aspecto que aqui não importa — para justificar a irrecorribilidade de certas (inúmeras) decisões em processo penal (*v. g.*, o da celeridade, o de não sobrecarregar o mais alto tribunal judicial com a apreciação de casos bagatelares)³⁵ são aqueles que, na nova valoração do legislador, ficaram subalternizados em relação ao direito de defesa que inclui o recurso, pelo que nunca poderiam ser mobilizados em abono da atribuição de prevalência à lei antiga mais restritiva — e, para além desses, não sobra outro que pudesse plausivelmente fazê-lo.

³³ Considerando que o Tribunal faz apelo a uma interpretação do disposto no artigo 5.º, n.º 1, do CPP, no sentido de ser necessário o estabelecimento de um factor de conexão para a escolha da lei aplicável, pode questionar-se a respectiva conformidade com o princípio da legalidade criminal em matéria processual penal (artigos 29.º, n.º 1, e 32.º, n.º 1, da Constituição), por poder estar em causa interpretação que extravase a moldura semântica do texto da lei. Defendendo que o Tribunal Constitucional deve ser chamado a “fiscalizar o processo interpretativo de obtenção da norma penal”, cf. MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição, Lei Penal e Controlo de Constitucionalidade*, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 81-82.

³⁴ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de Eficácia...* *op. cit.*, pp. 122-126.

³⁵ MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal...* *op. cit.*, p. 238.

9. Como também já referimos, é nos desvios aos princípios gerais que as especificidades do direito penal se manifestam — e se manifestam com intensidade peculiar. No âmbito processual, sobretudo com o afastamento da lei nova quando dela resultar um *agravamento sensível e ainda evitável da situação processual do arguido*. Quer se veja neste desvio uma concretização exclusiva e plena da proibição de retroactividade *in pejus* no âmbito do direito processual, quer se veja nele antes uma concretização (preponderante ou exclusiva) do direito de defesa constitucionalmente consagrado³⁶ — questão que, não sendo irrelevante em abstracto, não se afigura aqui decisiva, porque o direito de defesa inclui explicitamente o direito ao recurso —, será para todos segura a sua dignidade constitucional³⁷.

No caso em apreço, verifica-se prontamente que nenhuma das excepções à aplicação imediata da lei nova previstas no n.º 2 do artigo 5.º do CPP está preenchida. Verifica-se, aliás, precisamente o oposto do que se prevê numa dessas excepções, a da alínea *a*): da lei nova não só não resulta um *agravamento sensível e ainda evitável da situação processual do arguido, nomeadamente uma limitação do seu direito de defesa*, como o que dela resulta é um *melhoramento* da sua situação processual, traduzido numa ampliação do seu direito ao recurso, visto que uma decisão anteriormente irrecorrível passa a admitir recurso.

Quis o legislador, com a alteração feita à alínea *e*) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP, que o arguido dispusesse sempre de pelo menos um grau de recurso, independentemente da natureza (privativa ou não privativa da liberdade) da pena aplicada. Isso não acontecia na redacção anterior, que negava ao arguido o único grau de recurso de que poderia dispor quando, após uma absolvição em primeira instância,

³⁶ Cf., exprimindo entendimentos distintos, *v. g.*, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 247/2009 e n.º 551/2009; AMÉRICO A. TAIPA DE CARVALHO, *op. cit.*, pp. 362 e ss.; MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal...* *op. cit.*, pp. 32-33; o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 263/2009.

³⁷ Que, de todo o modo, até certo ponto sempre seria assegurada pelos imperativos constitucionais gerais de segurança jurídica e de protecção da confiança (que também se reconduzem ao artigo 2.º da Constituição, embora numa dimensão diferente da anteriormente considerada): cf. de novo, *v. g.*, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 287/90.

fosse condenado em segunda instância na sequência de um recurso interposto pelo Ministério Público e/ou pelo assistente³⁸.

Suportado nas premissas, acima criticadas, de que (i) as normas que definem o regime da admissibilidade dos recursos estão subordinadas às exigências constitucionais relevantes para a aplicação intertemporal da lei penal em termos menos exigentes do que aqueles a que estão subordinadas outras normas processuais e de que (ii) isso permite ou mesmo exige um passo interpretativo adicional relativamente à simples constatação de que a lei nova contactou com a questão a regular, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça em análise importa então da sua jurisprudência anterior, proferida por referência à excepção da alínea *a*) do n.º 2 do artigo 5.º do CPP, a noção de que é necessário determinar um “factor de conexão relevante”³⁹. Um factor *outro*, note-se, que não o de a questão em causa ter, pelo menos em parte, estado exposta à eficácia de uma lei nova mais favorável: um momento processual até ao qual pudesse considerar-se razoável ou de algum modo transigível — por que razões, também no Acórdão se não explícita — bloquear a retroactividade imprópria dessa nova lei.

Se já para determinar o alcance daquela excepção esta espécie de raciocínio é questionável, para determinar o da regra propriamente

³⁸ Solução há muito criticada na doutrina: cf. *v. g.* MIGUEL ÂNGELO MANERO DE LEMOS, “O direito ao recurso da decisão condenatória enquanto direito constitucional e direito humano fundamental”, *in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 923 e ss.; mais recentemente, *v. g.* HELENA MORÃO, “«Whenever yet was your appeal denied?» — sobre o direito do arguido ao recurso de decisões de recurso”, *Revista do Ministério Público* n.º 158 (2019), pp. 37 e ss.

³⁹ Cf. o ponto 9 do Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 4/2009 e o Acórdão de 07-11-2012, ambos referidos no Acórdão em análise. No acórdão que aqui se analisa, o Supremo Tribunal de Justiça fixou então um factor de conexão (a prolação da decisão da Relação) que diverge tanto daquele que foi fixado no Acórdão n.º 4/2009 (a prolação da decisão da primeira instância), como das alternativas aventadas nos votos de vencido ali apostos (*v. g.*, a constituição como arguido). A divergência quanto ao específico momento fixado é compreensível em face da diferença de propósitos do exercício interpretativo no âmbito de um e do outro acórdão; mas é, por isso mesmo, já sintomática de que esse exercício não era perfeitamente transponível. Cf. MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal... op. cit.*, p. 33, afirmando que ele “já não vale para os casos em que a lei nova alarga a recorribilidade da decisão de segundo grau”.

dita ele é simplesmente imprestável. Quando a lei nova, além de já dever prevalecer sobre a antiga por constituir *lex posterior* que chega a contactar com a questão e que portanto deve ser logo aplicada, for ainda mais favorável ao arguido na sua substância, a limitação do alcance da regra da aplicação imediata por via da fixação de um ‘factor de conexão’ não só não tem do seu lado qualquer justificação axiológica, como tem contra si, no mínimo, a de o regime menos favorável da lei antiga se ter tornado, na valoração actualizada do legislador, desnecessário — convocando, em termos que aqui se nos mostram ‘impostos pelo seu conteúdo de sentido’⁴⁰, a imposição de retroactividade *in mellius*. Por outras palavras ainda: se o legislador faz recuar a regra da aplicação imediata da lei nova apenas perante certos agravamentos da situação processual do arguido, quando a lei nova, que também teve contacto com a questão a regular, melhorar essa posição processual, a sua aplicação imediata impõe-se *a fortiori*.

Pense-se numa hipótese simétrica à do caso que aqui se analisa, em que a decisão da Relação fosse recorrível no momento em que foi proferida, naquele em que o recurso foi interposto e naquele em que o tribunal *a quo* o admitiu, mas em que vigorasse já uma lei nova, ao abrigo da qual a decisão se tornara irrecorrível, no momento de o Supremo Tribunal de Justiça se pronunciar sobre a admissibilidade do recurso. Na nossa visão das coisas⁴¹, a regra da aplicação imediata da lei nova, na hipótese formulada, imporia *prima facie* a rejeição do recurso. Porém, pode com grande segurança antecipar-se — desde logo, atenta a fundamentação do Acórdão do Supremo Tribunal de

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 32-33.

⁴¹ E, possivelmente, na do próprio Supremo Tribunal de Justiça, que no seu Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 4/2009 não sugeriu (o que poderia justificar-se, mesmo não sendo a situação ali em causa rigorosamente simétrica à que aqui se discute) que a aplicação imediata de lei nova menos favorável pudesse ficar excluída logo por inexistência de *conexão*. Cf. v. g. o ponto 7 daquele acórdão, afirmando que “o princípio *tempus regit actum*, muito ligado e justificado pelo lado instrumental da natureza do processo, cede quando — mas por ser uma excepção, apenas quando — existam fundamentos que se radiquem na dimensão processual-material ou nas exigências de praticabilidade decorrentes da imposição inafastável de congruência sistemática. A posição processual do arguido constitui um dos pólos de referência teleológica do afastamento da regra *tempus regit actum*”.

Justiça n.º 4/2009 — que a aplicação da lei nova seria afastada e o recurso considerado admissível. Não porque a lei nova não fosse a candidata principal a regular a questão, mas *apesar* de o ser: porque da sua aplicação no caso resultaria um *agravamento sensível e ainda evitável da situação processual do arguido*.

10. Em suma, a fundamentação do Supremo Tribunal de Justiça no Acórdão em anotação revela-se equívoca e indesejável no plano infraconstitucional. Equívoca, porque afasta a aplicação imediata de uma lei processual penal nova a cuja eficácia a questão processual em causa esteve exposta, sem que qualquer dos dois desvios à dita regra se verifique; enfim, sem razão atendível. Indesejável, porque representa uma decisão de sinal contrário à *ratio* do artigo 5.º, ou seja, produz o efeito oposto àquele que o legislador pretendeu salvaguardar com a formulação de um dos desvios ali previstos.

Trata-se também de uma decisão problemática no plano constitucional, quer para quem veja na problemática da aplicação da lei processual penal no tempo implicações relevantes para as garantias de defesa do arguido, nomeadamente para o direito ao recurso (artigo 32.º, n.º 1, da Constituição), quer para quem considere que ela convoca directamente a imposição de aplicação retroactiva da lei mais favorável (artigo 29.º, n.º 4, *in fine*, da Constituição).

Assim, entendemos que o tribunal *ad quem* deveria ter admitido os recursos com fundamento na aplicação imediata da lei processual penal nova que entrou em vigor antes de ser proferido o despacho relativo à sua admissibilidade e — para quem todavia considerasse aqui afastada a regra da aplicação imediata — em razão de a lei nova ter conteúdo mais favorável aos arguidos.

Miguel João Costa

Professor Auxiliar Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Ana Pais

Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra



GESTLEGAL

www.gestlegal.pt • editora@gestlegal.pt