

IRRECORRIBILIDADE PARA O STJ:
REDUÇÃO TELEOLÓGICA PERMITIDA
OU ANALOGIA PROIBIDA?

ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DE 18 DE FEVEREIRO DE 2009

RESUMO: *Os autores avaliam criticamente e manifestam-se contra a jurisprudência aberta pelo Acórdão do STJ de 18 de Fevereiro de 2009 no sentido de, independentemente de inexistência de dupla conformidade, serem sempre irrecorribéis para o Supremo os acórdãos da Relação que apliquem pena de prisão não superior a 5 anos. Trata-se de solução que embora pretenda louvar-se na figura da redução teleológica, se traduz materialmente numa restrição do direito de defesa do arguido por via de analogia; e acaba por comprometer uma nova teleologia que a revisão de 2007 do Código de Processo Penal procurou incorporar no sistema de recursos penais: a de permitir o acesso ao Supremo nos casos em que a punição em pena de prisão efectiva ocorra só já na Relação.*

ABSTRACT: *The authors evaluate and show their opposition to the jurisprudence opened by the Supreme Court of Justice decision of 18th February 2009 which deemed that, regardless of lack of double conformity, Court of Appeals decisions applying imprisonment not exceeding 5 years are always unappealable. Although the Supreme Court declares that the decision is based on a principle of teleological reduction, in fact this is a case of limitation of the defendant's rights grounded on an analogical method. Moreover, the decision compromises a new teleology that the 2007 review of the Portuguese Criminal Procedure Code sought to incorporate in the criminal appeal system, which is to allow access to the Supreme Court in those cases where punishment of imprisonment is applied only in the Court of Appeals.*

PALAVRAS-CHAVE: *Recurso em processo penal; redução teleológica; analogia.*

KEYWORDS: *Appeal in criminal procedure, teleological reduction; analogy.*

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 18 DE FEVEREIRO DE 2009

(Processo n.º 09P0102, 3.ª Secção, www.dgsi.pt)

Acordam na Secção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça:

1. Por acórdão de 22/3/2006 da 4.ª Vara do Tribunal Criminal da Comarca de Lisboa, AA (...) foi condenado pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes p. e p. pelo art. 21.º-1 do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22/1, na pena de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de prisão.
Da decisão não foi interposto recurso.

2. Posteriormente, invocando o disposto no art. 371.º-A do CPP, na redacção da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, o arguido veio requerer a reabertura da audiência.

Reaberta a audiência e apreciados os elementos que considerou pertinentes, o Tribunal Colectivo decidiu suspender, por igual período, a execução da pena de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de prisão em que o arguido estava condenado.

Não se conformando, o Ministério Público recorreu para o tribunal da Relação, o qual, julgando procedente o recurso, revogou a suspensão da execução da pena de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de prisão anteriormente aplicada.

3. O arguido recorre para o Supremo Tribunal, com os fundamentos constantes da motivação que apresentou, que, no essencial, se reconduzem à adesão à decisão da 1.ª instância.

O magistrado do Ministério Público junto do tribunal *a quo* respondeu à motivação, e suscita a questão prévia da inadmissibilidade do recurso, invocando o disposto no artigo 400.º, n.º 1, alínea c), do CPP.

4. No Supremo Tribunal, o Ex.º Procurador-Geral Adjunto teve intervenção nos termos do artigo 416.º do CPP, considerando que nada obsta ao conhecimento e que o recurso não merece provimento.
Colhidos os vistos, o processo foi à conferência, cumprindo decidir:

5. Há, porém, como questão prévia suscitada pelo Ministério Público, que decidir sobre a admissibilidade do recurso.

A reformulação das condições de admissibilidade dos recursos para o STJ, decorrente da conjugação dos artigos 432.º e 400.º, n.º 1, e respectivas alíneas, do CPP após a revisão da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, tem

suscitado dificuldades de leitura e compreensão, com a consequente projecção em divergências na solução do problema.

Acresce que novas possibilidades abertas por novas soluções para questões específicas — como, por exemplo, o exercício da faculdade prevista pelo artigo 371.º-A do CPP — acrescentam complexidade, não apenas pelo âmbito dos meios processuais criados, como pelas consequências da coordenação com o regime dos recursos.

O caso sob apreciação constitui uma das (várias) espécies problemáticas na coordenação no âmbito do regime de recursos saído da revisão de 2007 do processo penal.

A coerência do anterior modelo no que respeita aos critérios de admissibilidade de recurso para o STJ, que se baseava em três módulos essenciais (natureza do tribunal *a quo*; natureza e gravidade do crime, avaliadas pelo critério da pena aplicável; “dupla conforme”, isto é, a confirmação da decisão pelo tribunal da relação), foi substituída por um sistema em que, aparentemente, desaparece o critério da natureza do tribunal *a quo*, e o critério da natureza do crime foi substituído pela medida concreta da pena efectivamente aplicada.

Esta diferente perspectiva introduziu factores acrescidos de dificuldades na interpretação, porque leituras imediatas, chegadas ao pé da letra, transportam desvios e incoerências sistémicas.

Divergências jurisprudenciais a propósito constituem o reflexo, inevitável, de aporias que resultam da não compatibilidade entre formulações e a imediata coerência interna do sistema e do modelo de recursos.

A recorribilidade para o STJ de decisões penais está prevista, específica e autonomamente, no artigo 432.º do CPP. De uma forma directa, nas alíneas a), c) e d) do n.º 1; e de um modo indirecto na alínea b), decorrente da não irrecorribilidade de decisões proferidas, em recurso, pelas relações, nos termos do artigo 400.º, n.º 1, e respectivas alíneas, do CPP.

Há, neste regime definido pelo conjunto das referidas normas, elementos que, aparentemente descoordenados, não podem deixar de ser harmonizados, salvo risco e efeito de uma séria contradição intra-sistemática.

A referência essencial para a leitura integrada do regime — porque constitui a norma que define directamente as condições de admissibilidade do recurso para o STJ — não pode deixar de ser a alínea c) do n.º 1, do artigo 432.º do CPP, que fixa, em termos materiais, uma condição e um limiar material mínimo de recorribilidade — acórdãos finais, proferidos pelo tribunal do júri ou pelo tribunal colectivo, que apliquem pena de prisão superior a cinco anos, visando exclusivamente o reexame da matéria de direito.

Não sendo interposto de decisão do tribunal colectivo, ou sendo recurso de decisão do tribunal colectivo ou do tribunal do júri que não aplique pena de prisão superior a cinco anos, o recurso, mesmo versando exclusivamente o reexame da matéria de direito, segue a regra geral do artigo 427.º do CPP e deve ser obrigatoriamente dirigido ao tribunal da relação.

A repartição das competências em razão da hierarquia pelas instâncias de recurso está, assim, delimitada por uma regra-base que parte da confluência de uma dupla de pressupostos — a natureza e a categoria do tribunal a *quo* e a gravidade da pena efectivamente aplicada.

A coerência interna do regime de recursos para o STJ em matéria penal supõe, deste modo, que uma decisão em que se não verifique a referida dupla de pressupostos não deva ser (não possa ser) recorrível para o STJ. Com efeito, se não é admissível recurso directo de decisão proferida por tribunal singular, ou que aplique pena de prisão não superior a cinco anos, também por integridade da coerência que deriva do princípio da paridade ou até da maioria de razão, não poderá ser admissível recurso de segundo grau de decisão da relação que conheça de recurso interposto nos casos de decisão do tribunal singular ou do tribunal colectivo ou do júri que aplique pena de prisão não superior a cinco anos.

Como a propósito se refere em acórdão do STJ (de 25 de Junho de 2008, proc. 1879/2008), «desde que não haja condenação em pena não superior a cinco anos de prisão, não incumbe ao STJ, por não se circunscrever no âmbito dos seus poderes de cognição, apreciar e julgar recurso interposto de decisão final do tribunal colectivo ou do júri, que condene em pena não superior a cinco anos de prisão»; «o legislador, ao arredar da competência do Supremo o julgamento do recurso de acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações, que apliquem pena não privativa de liberdade, quis implicitamente significar, de harmonia com o artigo 9.º do Código Civil, na teleologia e unidade do sistema quanto a penas privativas de liberdade, que [...] apenas é admissível recurso de acórdão da relação para o Supremo quando a relação julgar recurso de decisão do tribunal colectivo ou do júri, em que estes tivessem aplicado pena superior a cinco anos de prisão».

É, pois, neste círculo hermenéutico que têm de ser interpretadas as normas do artigo 400.º, n.º 1, do CPP, quando determinam a irrecorribilidade (e, por antonímia, a recorribilidade) das decisões proferidas, em recurso, pelo tribunal da relação.

Desde logo a norma da alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º, que prevê a irrecorribilidade das decisões proferidas em recurso pela relação, que apliquem pena não privativa de liberdade.

A formulação da norma constava da Proposta de Lei n.º 109/X (DAR, II série, n.º 31, de 23/Dezembro/06) em termos diversos («são irrecorribéis» os acórdãos

proferidos, em recurso, pela relação, «que apliquem pena de multa ou pena de prisão não superior a cinco anos»), adaptando, por comparação com a anterior formulação e para os casos aí previstos, o critério da “pena aplicada” em lugar da “pena aplicável ao crime” (os Projectos de Lei n.º 237/X, DAR, II série, n.º 100, de 6/Abril/06; 368/X, 369/X e 370/X, DAR, II série, n.º 52, de 9/Março/07 não previam qualquer alteração para a alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º).

A redacção final foi votada, após proposta oral do PS (com a abstenção dos restantes Partidos), em última leitura no Grupo de Trabalho da Comissão Parlamentar, ficando a expressão constante da redacção fixada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto — «que apliquem pena não privativa de liberdade».

O Relatório dos trabalhos preparatórios, de 18 de Julho de 2007, fixando a alteração na sequência da «proposta oral», não deixa qualquer traço de fundamentação que justifique o desvio em relação ao primeiro texto proposto e a consequente «descontinuidade metodológica».

E, assim, também não deixa massa crítica nos procedimentos que permita obter deduções, com o peso de probabilidade necessário, sobre a vontade ou a intenção de legislador.

Isto é, não parece possível determinar se a formulação final e votada da norma constitui um «acidente» na metodologia da formação normativa, ou uma expressão concreta, firme e pensada da vontade do legislador.

A conclusão que poderá ser extraída de todo o processo legislativo, tal como deixou traço, será a de que se não manifesta nem revela uma intenção, segura, de alteração do paradigma que vem já da revisão do processo penal de 1998: o STJ reservado para os casos mais graves e de maior relevância, determinados pela natureza do tribunal de que se recorre e pela gravidade dos crimes aferida pelo critério da pena aplicável. É que, no essencial, esta modificação mantém-se no artigo 432.º do CPP, e se modificação existe, vai ainda no sentido da restrição: o critério da pena aplicada conduz, por comparação com o regime antecedente, a uma restrição no acesso ao STJ.

Não sendo razoavelmente possível, pelos elementos objectivos que o processo legislativo revela, identificar a vontade do legislador no sentido de permitir a conclusão de que na alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP disse mais do que quereria, não parece metodologicamente possível operar uma interpretação restritiva da norma.

Porém, a norma, levada isoladamente ao pé da letra, sem enquadramento sistémico, acolheria solução que é directamente afastada pelo artigo 432.º, n.º 1, alínea c), produzindo uma contradição intrínseca que o equilíbrio normativo sobre o regime dos recursos para o STJ não pode comportar.

Basta pensar que, na leitura isolada, estreitamente literal, um acórdão proferido em recurso pela relação, que aplicasse uma pena de trinta dias de prisão, não confirmando a decisão de um tribunal de Pequena Instância, seria recorrível para o STJ, contrariando de modo insuportável os princípios, a filosofia e a teleologia que estão pressupostos na repartição da competência em razão da hierarquia definida na regra-base sobre a recorribilidade para o STJ do artigo 432.º, n.º 1, alínea c), do CPP.

A contradição e a assimetria normativa e a consequente aporia intrasistematizada seriam, assim, tão patentes e tão intensas, que tornariam insuportável tal sentido.

Impõe-se, por isso, um acrescido esforço de interpretação.

Uma norma legal, contra o seu sentido literal mas de acordo com a teleologia imanente à lei, pode exigir uma limitação que não está contida no texto, acrescentando-se uma restrição que é requerida em conformidade com o sentido da norma. Pode suceder, com efeito, que uma norma, lida «demasiado amplamente segundo o seu sentido literal», tenha de ser reconduzida e deva ser «reduzida ao âmbito de aplicação que lhe corresponde segundo o fim da regulação ou a conexão do sentido da lei», procedendo às «diferenciações requeridas pela valoração» e «exigidas pelo sentido e finalidade da própria norma» e pela finalidade ou sentido «sempre que seja prevalecente» de outra norma, que de outro modo seria seriamente afectada, seja pela «natureza das coisas» ou «por um princípio imanente à lei prevalecente num certo grupo de casos» (cf. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2.ª ed., p. 473-474).

Nestes casos, deverá o intérprete operar a “redução teleológica” da norma. A redução ou correção respeitará também o princípio da proporcionalidade e serve o interesse preponderante da segurança jurídica.

A perspectiva, o sentido essencial e os equilíbrios internos que o legislador revelou na construção do regime dos recursos para o STJ, com a prevalência sistémica, patente e mesmo imanente, da norma do artigo 432.º, e especialmente do seu n.º 1, alínea c), impõe, por isso, em conformidade, a redução teleológica da norma do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, de acordo com o princípio base do artigo 432.º, n.º 1, alínea c), do CPP, necessária à reposição do equilíbrio e da harmonia no interior do regime dos recursos para o STJ.

6. A disciplina introduzida pelo artigo 371.º-A do CPP, que veio admitir, a requerimento do interessado, a reabertura da audiência após o trânsito em julgado da decisão condenatória, para aplicação do regime que resulte de lei penal mais favorável entretanto publicada, faz nascer, também, algumas dificuldades na coordenação com o regime dos recursos.

Dificuldades que se traduzem em saber se o incidente previsto, nomeadamente a decisão que vier a aplicar o regime mais favorável, reordenando os termos da condenação *in melius*, está submetida ao regime geral dos recursos em processo penal previsto no artigo 427.º do CPP, ou ao regime relativo à admissibilidade das decisões «que apliquem» penas de prisão, segundo a repartição de competências entre as instâncias de recurso (relações e STJ).

Na verdade, à solução do problema importaria saber, por regra, se no incidente previsto no artigo 371.º-A do CPP, requerido após o trânsito em julgado da decisão, se decide, ou não, sobre o objecto do processo, para efeito de determinar se está excluído ou incluído na previsão da alínea b) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP — não conhecimento pela relação do objecto do processo.

No caso, porém, as circunstâncias e os elementos não impõem pronúncia autónoma sobre esta questão.

A solução a que se chegou pela redução teleológica da alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP, no sentido da convergência necessária com os limites verdadeiramente definidores da recorribilidade para o STJ, permite desenhar a solução, que será construída, ou *ad minus*, ou pela identidade de razão. Se a decisão final, proferida sobre o objecto do processo, não for recorrível para o STJ (pena de prisão não superior a cinco anos), a decisão que vier a ser tomada no incidente requerido nos termos do artigo 371.º-A do CPP, situando-se necessariamente naquele limite, ou respeitando apenas à questão da suspensão da execução — que só pode ter lugar relativamente a penas não superiores a cinco anos — não poderá ser, em semelhantes circunstâncias, recorrível para o STJ.

Nestes termos, rejeita-se o recurso.

Supremo Tribunal de Justiça, 18 de Fevereiro de 2009

Henriques Gaspar (relator)
Armando Monteiro

Anotação

1. Este Acórdão do STJ de 18 de Fevereiro de 2009 deu início a uma corrente que vem ganhando espaço na jurisprudência do STJ a propósito da configuração actual da disciplina legal do duplo grau de

recurso processual penal. Esta orientação defende que, independentemente da existência ou não de dupla conforme, são sempre irrecuráveis para o Supremo os acórdãos das Relações que *apliquem* pena de prisão não superior a 5 anos. Insinuada inicialmente pelo Ac. do STJ de 25-06-2008⁽¹⁾, tal linha jurisprudencial adquiriu um impulso decisivo com o aresto em anotação⁽²⁾. Entendeu-se nele que “a referência essencial para a leitura integrada do regime — porque constitui a norma que define directamente as condições de admissibilidade do recurso para o STJ — não pode deixar de ser a alínea c) do n.º 1 do art. 432.º do CPP, que fixa, em termos materiais, uma condição e um limiar mínimo de recorribilidade — acórdãos finais, proferidos pelo tribunal do júri ou pelo tribunal colectivo, que apliquem pena de prisão superior a cinco anos, visando exclusivamente o reexame da matéria de direito”; para mais à frente concluir que “a perspectiva, o sentido essencial e os equilíbrios internos que o legislador revelou na construção do regime dos recursos para o STJ, com a prevalência sistémica, patente e imamente, da norma do art. 432.º, e especialmente do seu n.º 1, alínea c), impõe por isso, em conformidade, a redução teleológica da norma do art. 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, de acordo com o princípio base do art. 432.º, n.º 1, alínea c), do CPP, necessária à reposição do equilíbrio e da harmonia no interior do regime dos recursos para o STJ”. Uma tal “redução teleológica” daquela alínea e) traduz-se, em derradeira e substancial análise, em *incluir nela a aplicação de penas privativas da liberdade de medida não superior a 5 anos*.

⁽¹⁾ Ac. do STJ de 25-06-2008, Proc. 08PI879, www.dgsi.pt, que todavia se deteve sobre um caso de condenação na 1.ª Instância seguido de absolvição na Relação: “Em caso de absolvição pela Relação, deve considerar-se que só é recorrível para o STJ o acórdão da Relação que se debruce sobre crime em que a pena aplicada pelo tribunal da 1.ª instância tenha sido superior a 5 anos de prisão”.

⁽²⁾ Seguido, entre outros, pelos Acs. do STJ de 22-04-2009 (Proc. n.º 3938/03), 07-07-2009 (Proc. n.º 2554/04.3TBACB), 10-02-2010 (Proc. n.º 80/09.3GTBRG), 23-06-2009 (Proc. n.º 157/09.5GTABF), 13-10-2010 (Proc. n.º 1252/07.0TABCL) e 16-12-2010 (Proc. n.º 152/06.6GAPNC), todos da 3.ª Secção e disponíveis em www.dgsi.pt. Em sentido contrário cf. os Acs. do STJ de 25-11-2010 (Proc. n.º 226/02.2GGLSB) e de 02-12-2010 (Proc. n.º 263/06.8JFLSB), ambos da 5.ª Secção.

Não deixamos de nos rever na preocupação de racionalização do acesso ao Supremo que está por detrás desta nova linha jurisprudencial. Mas por maiores e mais fundas que sejam as reservas e as discordâncias que tenhamos em relação às opções normativas tomadas na revisão penal de 2007 e ao concreto conteúdo legal do regime de recursos através dela instituído⁽³⁾, não podemos compartilhar a solução restritiva do Acórdão do STJ de 18-02-2009. Pois que nos parece tratar-se de entendimento que não só não tem cobertura legal, como, mais do que isso, se nos afigura *contra legem*; e é, como tal, merecedor das judiciosas considerações que, precisamente a seu propósito, foram tecidas num outro recente aresto do nosso mais alto Tribunal: “aos tribunais não cabe discutir o critério legislativo, ou a falta dele, no que respeita às questões que podem ou não chegar ao Supremo Tribunal de Justiça pela via do recurso, umas mais graves que não lhe podem ser colocadas, outras de menor dimensão e que são sujeitas à sua reapreciação. Tal critério, bom ou mau, é definido no âmbito da competência da política legislativa, reservada à Assembleia da República”⁽⁴⁾.

Num caso como o apreciado pelo Ac. do STJ de 18-02-2009 — em que o arguido começa por sofrer em 1.ª instância a aplicação de pena não privativa da liberdade e depois é confrontado com decisão da Relação que lhe aplica pena de prisão efectiva — não há norma legal alguma que preveja a irrecorribilidade de tal condenação da Relação. E assim, concorde-se ou não com o sistema legal instituído, essa decisão da Relação está abrangida pelo princípio geral da *recorribilidade* previsto no art. 399.º do CPP.

Em contraponto ao Acórdão que anotamos, propomo-nos, portanto, explicitar as razões pelas quais nem do art. 400.º-1, e), nem do art. 432.º-1, c), interpretados isolada ou conjugadamente, pode resultar a irrecorribilidade dos acórdãos da Relação que, divergindo do decidido em 1.ª instância (*sc.*, em caso de inexistência de dupla conforme), apliquem efectivamente pena privativa da liberdade.

⁽³⁾ Cf. Jorge de Figueiredo Dias, “Sobre a revisão de 2007 do Código de Processo Penal português”, *RPCC*, n.º especial (*A Reforma do Direito Processual Penal Português em Perspectiva Teórico-Prática*), n.ºs 2 e 3 de 2008, p. 380 e ss.

⁽⁴⁾ Ac. do STJ de 25-11-2010 (nota 2).

2. O livro IX do CPP, dedicado aos *Recursos*, divide-se em dois títulos, o dos *Recursos Ordinários* (Título I) e o dos *Recursos Extraordinários* (Título II). O Título I decompõe-se, por sua vez, em 4 capítulos, relativos aos princípios gerais (I), à tramitação (II), ao recurso perante as Relações (III) e ao recurso perante o STJ (IV).

No Capítulo I, o legislador começa por determinar *quais as decisões judiciais suscetíveis de recurso ordinário* (arts. 399.º e 400.º), quem tem legitimidade para recorrer (art. 401.º), qual o âmbito do recurso e as suas possíveis limitações (arts. 402.º e 403.º), etc.

A sede normativa da questão da recorribilidade, mais precisamente da recorribilidade em segundo grau, é constituída pelas disposições constantes dos arts. 399.º e 400.º do CPP. Considerando a técnica legislativa empregada nestes preceitos, a irrecorribilidade só será de afirmar-se decorrer directamente de alguma das previsões do art. 400.º do CPP. Com efeito, o “princípio geral”, instituído no art. 399.º, é o da *recorribilidade*: “é permitido recorrer dos acórdãos, das sentenças e dos despachos cuja irrecorribilidade não estiver prevista na lei”. Assim, em regra, um acórdão admitirá recurso tanto quando seja proferido em 1.ª instância, como quando seja proferido em 2.ª instância. A partir do momento em que a lei deixou de vedar o duplo grau de recurso de forma terminante e absoluta, como sucedia na versão originária do CPP⁽⁵⁾, a irrecorribilidade depende da integração do caso em alguma das específicas circunstâncias das alíneas c) a f) do n.º 1 do art. 400.º; que não permitem o acesso ao Supremo Tribunal de Justiça em duplo grau de recurso.

Por sua vez, nos Capítulos III e IV é definida a *repartição de competência recursória* entre as Relações e o Supremo Tribunal de Justiça. Desde logo no que toca ao conhecimento de recursos interpostos das decisões proferidas *pelo tribunal de 1.ª instância*: uma leitura conjugada dos arts. 427.º e 432.º permite perceber uma atribuição preferencial de competência ao Tribunal da Relação. Este será, em regra,

⁽⁵⁾ Cf. art. 400.º-1, c), do CPP, na redacção do Decreto-Lei n.º 78/87, de 17/2: “Não é admissível recurso de acórdãos das relações em recursos interpostos de decisões proferidas em primeira instância”.

o tribunal competente para apreciar recursos de decisões, finais ou interlocutórias, da 1.ª instância. Só excepcionalmente (cf. a primeira parte do art. 427.º) será possível recorrer directamente da 1.ª instância para o Supremo. Isso sucederá apenas quando a Relação intervenha em 1.ª instância (art. 432.º-1, a)) ou quando o recurso questione acórdão final proferido pelo tribunal do júri ou pelo tribunal colectivo que tenha aplicado pena de prisão superior a 5 anos, visando exclusivamente o reexame de matéria de direito (art. 432.º-1, c); hipótese esta em que o recurso prévio para a Relação é expressamente proibido pelo art. 432.º-2⁽⁶⁾.

A alínea c) do n.º 1 do art. 432.º nada tem a ver, directa ou indirectamente, com a matéria da recorribilidade, nomeadamente, com a suscetibilidade de recurso para o STJ de um acórdão proferido pela Relação; e contribui somente para a determinação da divisão de competências entre a Relação e o Supremo no âmbito dos recursos de decisões finais de 1.ª instância. É este e só este o seu âmbito de aplicação.

Com efeito, é esse domínio aplicativo que ressalta do seu conteúdo, expressamente delimitado a acórdãos finais proferidos por tribunais de 1.ª instância. Logo por isso será questionável a extrapolação do seu alcance aplicativo, com vista a conformar — como elemento interpretativo decisivo — questões de recorribilidade de acórdãos de 2.ª instância.

O propósito de uma tal extrapolação colide, no entanto, ainda com um outro obstáculo, para nós intransponível. Referimo-nos à previsão da alínea b) do mesmo n.º 1 do art. 432.º. De facto, a projecção da alínea c) para lá do domínio dos acórdãos de 1.ª instância, alimentando uma solução de irrecorribilidade de segundo grau, é directamente impedida pela alínea b) do mesmo preceito: “recorre-se para o Supremo Tribunal de Justiça de decisões que não sejam irrecorribéis proferidas

⁽⁶⁾ O n.º 2 do art. 432.º, introduzido pela Lei n.º 48/2007, tomou posição na disputa jurisprudencial sobre a possibilidade de escolha do Tribunal *ad quem* (Relação / Supremo) por parte do recorrente; tendo, aliás, ido ao encontro da jurisprudência fixada pelo Acórdão do STJ n.º 8/2007, de 14-03-2007, *in*: DR, I, de 04-06-2007, p. 3683 e ss.

pelas relações, em recurso, nos termos do art. 400.^o. É na alínea b) e não na alínea c) que o n.º 1 do art. 432.^o se pronuncia sobre os recursos de acórdãos tirados em 2.^a instância, limitando-se a deferir ao STJ a competência para o seu conhecimento, *pressuposta que seja a sua não irrecorribilidade nos termos do art. 400.^o do CPP*.

É certo que esta alínea b) não parece senão limitar-se a dizer o óbvio, que o Supremo é o tribunal competente para conhecer um recurso interposto de um acórdão proferido, em recurso, pela Relação. Mas fá-lo de um modo que permite, ao menos, assinalar-lhe um efeito útil: o de tornar claro que o art. 432.^o pretende circunscrever o seu funcionamento apenas à delimitação das fronteiras de competência entre os tribunais superiores, deixando para outras disposições, mais concretamente para o art. 400.^o, para o qual remete de forma expressa na alínea b), a definição de quais os casos que, após apreciação em 2.^a instância pela Relação, admitem ainda recurso para o STJ.

3. Não nos parece, desta forma, fazer sentido o apelo à alínea c) do n.º 1 do art. 432.^o do CPP para alargar a amplitude da irrecorribilidade do art. 400.^o-1, e). E não só porque, atentas as limitações de alcance e conteúdo assinaladas, não vemos que o art. 432.^o-1, c) tenha a potencialidade aplicativa que o Ac. do STJ de 18-02-2009 nele parece querer descortinar. Mas também, além disso, porque o art. 400.^o-1, e) não abre o mínimo espaço para a intervenção normativa que esse Acórdão através dele procura realizar, mediante a qual é operada a sua “redução teleológica, de acordo com o princípio base do art. 432.^o, n.º 1, alínea c), do CPP”; assim se negando a admissibilidade de “recurso de segundo grau de decisão da relação que conheça de recurso interposto nos casos de decisão do tribunal singular ou do tribunal colectivo ou do júri que aplique pena de prisão não superior a cinco anos”.

Este exercício de *redução teleológica* extravasa já, todavia, o estrito domínio da interpretação, colocando-se, substancialmente, no plano metodológico da *analogia*. Note-se que no pensamento de Larenz, em que o Acórdão de 18-02-2009 se louva, a redução teleológica surge como um mecanismo de integração de *lacunas legais*, qualificadas como lacunas encobertas ou ocultas (“verdecker Lücken”); contrapostas às

lacunas descobertas ou expostas, “offener Lücken”) (7). Estão em questão, nas lacunas encobertas, casos em que uma regra legal carece de uma restrição contrária ao seu sentido gramatical, mas conforme à teleologia imanente da lei. A integração de uma tal *lacuna* é realizada através da adição da restrição exigida pelo sentido de tal teleologia. Por esta via, o âmbito de aplicação da norma é *restringido* de forma a coincidir com a teleologia ou com o sentido global da lei; razão pela qual a operação é designada por “redução teleológica” (8).

Antes de nos pronunciarmos sobre a bondade propriamente dita do procedimento metodológico desta orientação jurisprudencial não podemos deixar de manifestar a nossa dúvida sobre a legitimidade de redução da questão à figura da “redução teleológica”. Como acabámos de ver, a redução teleológica consiste no estreitamento da capacidade aplicativa de determinada norma legal de modo a que a mesma deixe de prescrever aquilo que o sistema normativo, na sua intencionalidade global, não quer que ela prescreva. No nosso caso, porém, a actividade aplicativa traduz-se numa ampliação do âmbito de aplicação do art. 400.^o-1, e), nele inscrevendo uma referência — que não existe ou sequer é minimamente sugerida pela letra do preceito — à aplicação de penas de prisão de medida não superior a 5 anos. Poderia falar-se com propriedade em “redução teleológica” se a operação incidisse sobre a previsão do art. 399.^o, fazendo recuar a sua esfera de actuação. Mas na medida em que a incidência ocorre directamente sobre uma disposição derogatória da regra geral da recorribilidade plasmada no art. 399.^o, no sentido de alargar o seu raio de acção, não há, em rigor, uma redução teleológica, antes sim, na terminologia própria deste modelo metodológico, uma *extensão teleológica* (9).

Como quer que seja, o que, em nosso modo de ver, se afigura decisivo é verificar se a disposição legal objecto do procedimento ora

(7) Karl LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.^a ed., Springer, 1991, p. 391.

(8) LARENZ, *cit.*, p. 391.

(9) Cf. Fernando José BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.^a ed., Coimbra Editora, 2010, p. 920.

em consideração — o art. 400.º-1, e), do CPP — dá cobertura à decisão que através dele é tomada. Ou seja, se o texto legal em questão permite integrar e justificar a irrecorribilidade em segundo grau de casos de condenação em pena de prisão efectiva não superior a 5 anos. A resposta parece-nos dever ser negativa.

A referida alínea e) dispõe que “*não é admissível recurso de acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações, que apliquem pena não privativa da liberdade*”. Por mais polissémico que este enunciado possa ser ⁽¹⁰⁾, o seu sentido textual não permite de forma alguma abarcar qualquer extensão à pena de prisão efectiva, qualquer que seja a sua medida, superior ou não superior a 5 anos. Ora, quando o sentido inculcado a determinada norma legal não tem expressão, por mínima ou remota que seja, no texto normativo, a actividade judicativa correspondente sai fora do âmbito da interpretação e invade o campo da analogia.

É esta, de há muito, a perspectiva do primeiro subscritor desta anotação acerca da temática em apreço: “O legislador penal é obrigado a exprimir-se através de *palavras*; as quais todavia nem sempre possuem um único sentido, mas pelo contrário se apresentam *polissémicas*. Por isso o texto legal se torna carente de interpretação (e neste sentido, atenta a primazia da *teleologia* legal, de concretização, complementação ou desenvolvimento judicial), oferecendo as *palavras* que o compõem, segundo o seu *sentido comum e literal*, um *quadro* (e portanto uma *pluralidade*) de *significações* dentro do qual o aplicador da lei se pode mover e pode optar sem ultrapassar os limites legítimos da interpretação. Fora deste quadro, sob não importa que argumento, o aplicador encontra-se inserido já no domínio da *analogia proibida*. Um tal quadro não constitui por isso critério ou elemento, mas limite da interpretação admissível em direito penal” ⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ *V. g.*, “pena não privativa da liberdade” só no sentido de pena principal não detentiva, *i. e.*, pena de multa principal; ou no sentido, mais lato, de pena de multa principal e ainda de pena de prisão, mas substituída por pena não privativa da liberdade.

⁽¹¹⁾ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral, I: Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2007, 8.º Cap., § 20.

Atenta a amplitude do princípio da legalidade criminal consagrado no art. 29.º-1 da CRP, no sentido de abranger tanto a dimensão substantiva, como a dimensão processual do direito penal ⁽¹²⁾, a posição assim assumida em relação à fronteira entre a interpretação e a analogia no âmbito do princípio da legalidade abrange directamente o caso que temos em mãos, no qual se discute a restrição do âmbito do direito de recurso do arguido. “Isto não significa que o recurso à analogia — como a qualquer outra fonte integrativa que desta tecnicamente se distinga — fique, contra o disposto no art. 4.º, completamente vedado em direito processual penal, mas só que ele fica vedado na medida imposta pelo conteúdo de sentido do princípio da legalidade e, portanto, sempre que o recurso venha a traduzir-se num enfraquecimento da posição ou numa diminuição dos direitos processuais do arguido (desfavorcimento do arguido, analogia ‘in malam partem’)” ⁽¹³⁾, como é a situação paradigmática, aqui em apreço, da retirada de um grau de recurso ao arguido ⁽¹⁴⁾.

Isto dito, não nos restam dúvidas que o procedimento adoptado no Acórdão do STJ de 18-02-2009 para negar a recorribilidade para o STJ de acórdãos da Relação que não confirmem decisão da 1.ª instância e apliquem pena de prisão efectiva não superior a 5 anos configura substancialmente um alargamento, por via da *analogia*, do âmbito de aplicação da alínea e) do n.º 1 do art. 400.º do CPP, que obedece à seguinte sequência lógica:

Do art. 432.º-1, c), resulta a impossibilidade de recorrer directamente da 1.ª instância para o Supremo no caso de recurso restrito à matéria de direito interposto de acórdãos finais proferidos pelo tribunal singular ou ainda pelos tribunais colectivo e do júri que apliquem pena não privativa da liberdade ou pena de prisão não superior a 5 anos. Porém, no art. 400.º-1, e), só se prevê a irrecorribilidade de segundo grau de condenações que apliquem pena não privativa da liberdade. Há uma congruência entre o art. 400.º-1, e), e o art. 432.º-1, c), no

⁽¹²⁾ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, FDUC, 1988-9, p. 68 e s.

⁽¹³⁾ *Idem, ibidem*.

⁽¹⁴⁾ Cf. Ac. do STJ n.º 4/2009, DR, I Série, 19 de Março de 2009, p. 1752 e ss.

que respeita à aplicação de penas não privativas da liberdade; mas naquele — inexplicavelmente, acrescenta-se — nada se dispõe sobre as penas privativas da liberdade. Ora — e aqui está a analogia! —, se não é admissível recurso directo da 1.ª Instância para o Supremo em caso de pena de prisão não superior a 5 anos, então, por identidade ou até por maioria de razão, não deve ser também admissível recurso da Relação para o Supremo quando a pena de prisão não exceda os 5 anos. Assim, à luz da jurisprudência em apreciação, onde no art. 400.º-1, e), se lê “não é admissível recurso de acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações, que apliquem pena não privativa da liberdade” deve passar a ler-se “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*”!

Uma vez que constitui expressão de um procedimento metodológico proibido em processo penal, o do recurso à analogia para implementar solução normativa limitadora do direito de defesa do arguido ⁽¹⁵⁾, não parece que esta jurisprudência deva ser sufragada. Mas, mesmo quem não se reveja neste relevo processual penal que atribuímos à vertente da proibição da analogia “in malam partem” própria do princípio da legalidade criminal, terá necessariamente que chegar a esta nossa conclusão por uma outra via. Concretamente, por força do disposto no art. 11.º do Código Civil, que veda a aplicação analógica em caso de normas excepcionais. Reconhecida a natureza analógica do *iter* decisivo adoptado pela jurisprudência aberta pelo Acórdão de 18-02-2009, deverá igualmente reconhecer-se a sua incidência sobre uma norma que, por derogar o princípio geral da recorribilidade (art. 399.º), tem carácter de norma excepcional e em relação à qual, precisamente por isso, não pode haver lugar a aplicação analógica (art. 11.º do Código Civil).

4. Cremos haver ainda razões para considerar que a jurisprudência iniciada pelo Acórdão de 18-02-2009 soçobra num outro plano, de índole *material* e que toca directamente no seu âmago.

⁽¹⁵⁾ Figueiredo DIAS, *Direito Processual Penal*, cit., p. 69.

A construção aí empreendida assenta no pressuposto de que ao sistema de recursos ordinários vai imanente uma teleologia de tendencial recusa de acesso ao Supremo de casos de pequena e média gravidade. E assim parece ser, com efeito. O que todavia é aqui desconsiderada é a incorporação no sistema de recursos moldado pela revisão de 2007 de uma ideia que até aí lhe era estranha: a da necessidade de 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. Tendo o regime legal sido conformado pela Lei n.º 48/2007 também em função deste propósito, a solução avançada por aquela jurisprudência não só, contra o que alega a seu favor, não vai ao encontro da teleologia imanente ao actual sistema legal dos recursos, como parece contrariá-la frontalmente.

Diferentemente do que se sustenta no Acórdão de 18-02-2009, do nosso ponto de vista o procedimento legislativo que culminou na actual redacção do art. 400.º-1, e), é suficientemente revelador da intencionalidade normativa que se lhe encontra associada. É certo que a documentação dos trabalhos legislativos parlamentares não expressa as razões que levaram a Assembleia da República a dar-lhe a redacção que ele hoje conhece, por contraposição àquele que constava da Proposta de Lei n.º 109/X ⁽¹⁶⁾. Mas não podemos concordar com a afirmação de que “não parece possível determinar se a formulação final e votada da norma constitui um «acidente» na metodologia da formação normativa, ou uma expressão concreta, firme e pensada da vontade do legislador”.

Temos para nós que esta decisão legislativa se inscreve no contexto de uma discussão doutrinal e jurisprudencial que vinha fazendo o seu curso nos anos anteriores à revisão do Código de Processo Penal e representa uma tomada de posição legislativa nesse debate ⁽¹⁷⁾. Estava em causa,

⁽¹⁶⁾ “Não é admissível recurso de acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações, que apliquem pena de multa *ou pena de prisão não superior a cinco anos*” (itálico nosso).

⁽¹⁷⁾ Cf. Maria João ANTUNES / Nuno BRANDÃO / Sónia FIDALGO, “A reforma do sistema de recursos em processo penal à luz da jurisprudência constitucional”, *RPCC*, 2005, n.º 4, p. 614.

designadamente, a questão da recorribilidade para o STJ de casos em que tendo o arguido sido absolvido em 1.ª instância, fosse depois condenado pela Relação⁽¹⁸⁾. A lei-então vigente não permitia o acesso ao Supremo quando ao crime fosse *aplicável* pena de multa ou pena de prisão não superior a 5 anos (art. 400.º-1, e), na redacção da Lei n.º 59/98, de 25/8). Por isso se discutiu, inclusivamente perante o Tribunal Constitucional⁽¹⁹⁾, a solvabilidade constitucional dessa recorribilidade⁽²⁰⁾.

Mesmo perante o juízo de não inconstitucionalidade várias vezes formulado pelo Tribunal Constitucional, o legislador parlamentar, seguramente conhecedor da controvérsia, entendeu justificar-se a admissibilidade de recurso para o Supremo nesses casos de condenação prececedida de absolvição ou de aplicação de pena não detentiva quando a pena determinada pela Relação implicasse a privação da liberdade do arguido. Assim se explica o abandono da redacção que constava do art. 400.º-1, e), da Proposta da Lei n.º 109/X e a adopção do texto actual. Dirigindo-se a alínea f) do art. 400.º-1 aos casos em que há convergência de posições entre a 1.ª instância e a Relação, a alínea e) aponta às situações em que se instala uma divergência entre as instâncias. A Unidade de Missão da Reforma Penal, que esteve na base da Proposta de Lei n.º 109/X, parece ter considerado que, havendo dissenso entre as instâncias, não se justificava o acesso ao Supremo se a pena aplicada pela Relação fosse de multa ou prisão até 5 anos. Outro foi, porém, o entendimento da Assembleia da República, que optou por cingir a recorribilidade às situações de aplicação de pena não privativa da liberdade, manifestando, ao menos implicitamente, o propósito de franquear o acesso ao Supremo nos casos mais graves, isto é, de apli-

⁽¹⁸⁾ Fortemente crítico dessa possibilidade, José Manuel Damião da CUNHA, *O Caso Julgado Parcial. Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção num Processo de Estrutura Acusatória*, Universidade Católica, 2002, p. 515 e ss.

⁽¹⁹⁾ Cf. Acs. do TC n.ºs 49/2003, 255/2005 e 487/2006.

⁽²⁰⁾ Pela não inconstitucionalidade, os referidos Acs. do TC n.ºs 49/2003, 255/2005 e 487/2006, e José Manuel VILALONGA, "Direito de recurso em processo penal", in: Maria Fernanda Palma (org.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004, p. 369; pela inconstitucionalidade, Miguel Ângelo LEMOS, "Um sistema de recursos inconstitucional?", in: <http://www.fd.uc.pt/ma/doc2.pdf>.

cação de pena privativa da liberdade em condenação ditada pela Relação que não constitua confirmação do decidido pela 1.ª instância⁽²¹⁾.

Bem ou mal, imposta ou não constitucionalmente, foi essa a opção tomada pelo legislador parlamentar no exercício legítimo da sua reserva de competência legislativa (art. 165.º-1, c), da CRP). Uma opção que é fruto de uma intencionalidade normativa que confere ao sistema legal dos recursos ordinários uma teleologia específica, que pode ou não andar a par, e normalmente não andar, daquela outra finalidade que, segundo a Proposta de Lei n.º 109/X, comandou a modelação do duplo grau de recurso, a de reservar a intervenção do STJ para os "casos de maior merecimento penal".

5. Sendo o regime legal penetrado por aquela teleologia, sendo a sua malha normativa tecida em função da mesma e não se divisando nela qualquer inconstitucionalidade⁽²²⁾, não vemos razão para admitir um procedimento judicativo que torne inócuo e inoperante o propósito legislativo. É essa a razão maior da nossa discordância em relação à corrente que no Supremo Tribunal de Justiça, a partir do Acórdão de 18-02-2009, vem entendendo ser inadmissível, sem mais, o recurso interposto de condenação proferida pela Relação com aplicação de pena de prisão não superior a 5 anos.

⁽²¹⁾ Neste sentido, considerando também ter havido uma autêntica decisão legislativa, e não propriamente um "acidente" de percurso legislativo, Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, 2.ª ed., Universidade Católica, 2008, art. 400.º, 8; e Miguel Ângelo 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*, vol. III, Coimbra Editora, 2010, p. 935 e s.: "A intenção do legislador, numa primeira aproximação, parece ser de louvar: evitar que uma pessoa condenada a pena privativa da liberdade pela primeira vez na relação, em consequência de um recurso interposto pela acusação, não possa recorrer dessa sentença condenatória".

⁽²²⁾ Nesta alusão à constitucionalidade do sistema referimo-nos apenas à recorribilidade em segundo grau concedida ao arguido, não abrangendo a nossa afirmação qualquer pronunciamento sobre a conformidade constitucional da hipótese inversa (irrecorribilidade de segundo grau oposta ao arguido) ou de um segundo grau de recurso eventualmente conferido aos outros sujeitos processuais, ministério público e assistente.

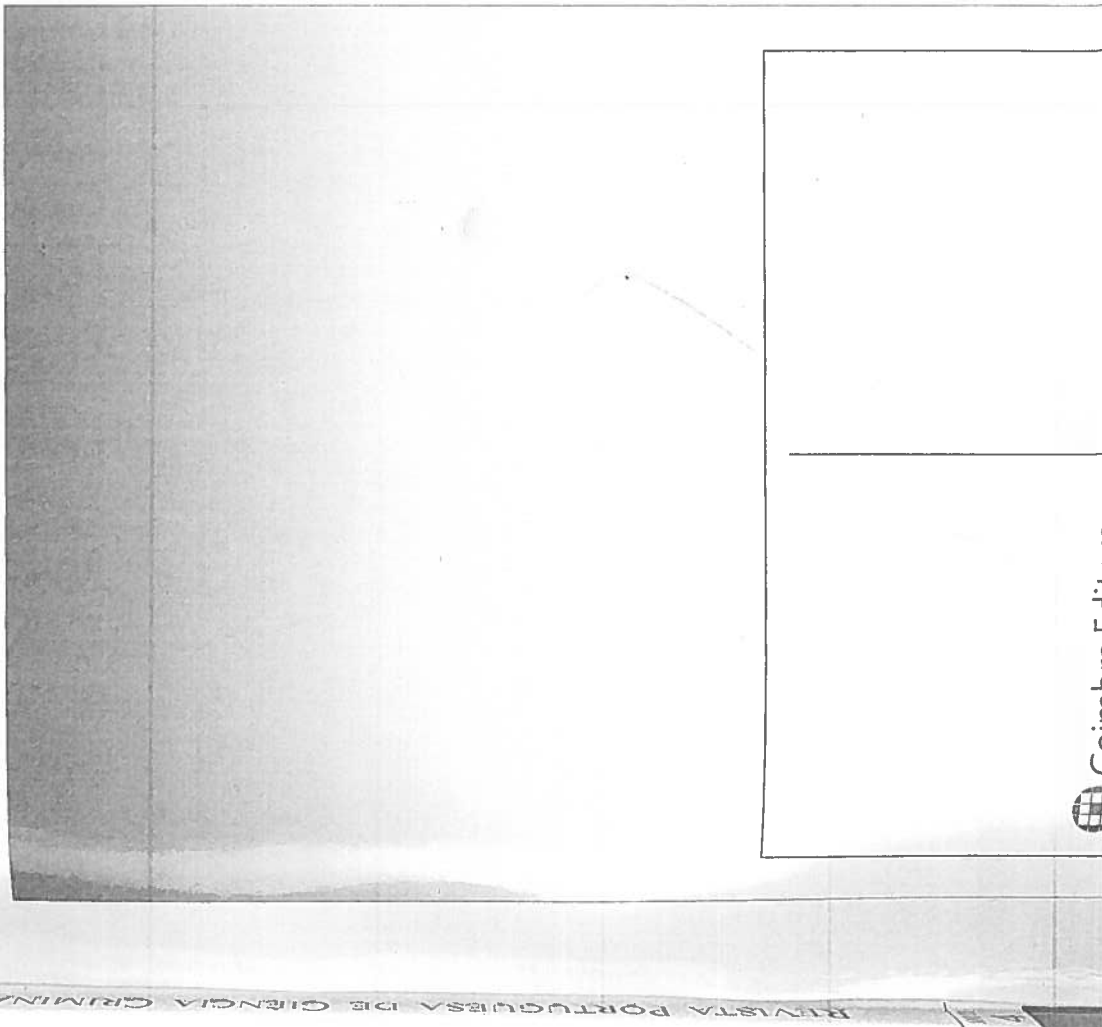
Contra essa jurisprudência pode objectar-se o relevo indevido que atribui ao art. 432.º-1, c), e o funcionamento conferido ao art. 400.º-1, e), muito para além do seu enunciado gramatical, para restringir o direito de defesa do arguido. Pode contrapor-se ainda que só o consêgue fazer através de um procedimento que, embora sob a capa da figura da redução teleológica, materialmente se traduz numa aplicação analógica, a qual, além de legal e constitucionalmente inadmissível, é levada a cabo sem que haja efectiva lacuna que careça de ser suprida. Mas o seu “pecado capital” radica, em nosso juízo, na desconsideração a que vota a intencionalidade legislativa que deu corpo à actual redacção do art. 400.º-1, e), do CPP; impondo uma solução que, apesar de invocar o argumento da redução teleológica, mais do que não fazer jus à teleologia do sistema, decisivamente a compromete.

Jorge de Figueiredo Dias
Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

Nuno Brandão
Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

REVISTA PORTUGUESA DE CIÊNCIA CRIMINAL

ANO 20 • N.º 4 • Outubro-Dezembro 2010 • DIRECTOR: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS
Periodicidade trimestral • Preço deste número: Euros 13,50 (IVA incluído)




REVISTA PORTUGUESA DE CIENCIA CRIMINAL

APOIO AO CLIENTE

Torres de Lisboa
Rua Tomás da Fonseca

ISSN 0871-8563
Depósito legal n.º 93 935/95

 Coimbra Editora