

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Mestrado em Direito e Prática Jurídica na especialidade de
Direito Penal

**As fragilidades dos recursos penais em processos-
crime dirigidos contra pessoas coletivas**

Em particular o acesso ao STJ ao abrigo do artigo 400.º,
n.º 1, alínea e), do Código de Processo Penal

Irene Teixeira de Oliveira

Sob orientação da Professora Doutora Teresa Quintela de Brito

dezembro de 2023

Agradecimentos

Na vida somos constantemente inspirados pelas pessoas que nos servem de exemplo, pelas que nos encorajam a continuar, pelas que nos amparam nos momentos de dúvida e incerteza e pelas que nos trazem a segurança do sorriso, no final de cada caminhada. A escrita de uma dissertação de mestrado, como parte integrante e fundamental de um percurso académico, não constitui uma exceção dos momentos em que a importância dessas pessoas se faz sentir e se revela essencial à finalização deste capítulo.

Por esse motivo, agradeço à minha família por acreditar sempre em mim, mesmo quando duvidei que conseguiria. Por me terem apoiado em todas as fases e incentivado a continuar a escrever, página sob página, até ao ponto final. São a minha força.

Agradeço também aos meus amigos que souberam preencher com uma gargalhada os momentos de angústia e incerteza que fazem parte deste processo e por me terem ajudado a ultrapassar a síndrome da página em branco. São a minha esperança.

Agradeço às pessoas com quem partilhei os primeiros anos da minha experiência profissional, desde que terminei a licenciatura em direito em 2019 e até ao momento presente, por me ensinarem a importância do direito na prática, sem me tirarem o tempo e o espaço necessários para o aprofundamento do conhecimento teórico. São o meu equilíbrio.

Agradeço à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e ao corpo docente do mestrado em direito e prática jurídica, na especialidade de direito penal, por me terem novamente aberto as portas, dois anos depois, sabendo sempre que “o bom filho a casa torna”.

Por último, agradeço à Professora Doutora Teresa Quintela de Brito que, através das suas aulas, despertou em mim o interesse pelas áreas de direito penal e processual penal menos exploradas ao longo da licenciatura - o direito penal dos recursos e o direito penal das pessoas coletivas. A paixão com que ensina fez-me gostar ainda mais destas temáticas e fez-me querer aprofundá-las nesta dissertação de mestrado. Agradeço, por isso, a honra de ter aceitado a orientação da presente dissertação de mestrado e os seus preciosos contributos.

Resumo

A presente dissertação de mestrado centra-se no tema dos recursos em processo penal, em particular, nos recursos para o STJ de arguidos que sejam pessoas coletivas, apresentados na sequência de uma decisão absolutória proferida pelo tribunal de 1.^a instância, seguida de uma decisão condenatória proferida pelo tribunal da Relação.

Centramos a nossa análise na redação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, conferida pela Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, que, por sujeitar a possibilidade de recurso à aplicação de uma pena de prisão, impedia que as pessoas coletivas pudessem recorrer para o STJ, quando confrontadas com uma primeira decisão de carácter condenatório proferido pelo tribunal da Relação, em sede de recurso.

Tendo como premissa este problema jurídico, que acarretava, a nosso ver, consequências do ponto de vista do direito ao recurso, do direito de acesso à justiça e do princípio da igualdade das pessoas coletivas como arguidas em processo penal, a metodologia adotada implicou a análise da redação legal referida e da sua sucessiva alteração, operada pela entrada em vigor da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, e um estudo das principais decisões jurisprudenciais proferidas pelo Tribunal Constitucional, expondo os argumentos apresentados e posicionando-nos em relação a estes, sempre que necessário.

Analizamos também algumas decisões jurisprudenciais do TEDH e dos tribunais da Relação portugueses que, não incidindo em concreto sobre o problema jurídico mencionado, ajudaram a compreender, de uma perspetiva mais ampla, os aspetos processuais que com ele se relacionam.

Por fim, procuramos posicionar-nos quanto à suficiência e adequação da atual redação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, no que respeita à sua aplicação aos entes coletivos, concluindo pela necessidade premente de se criar um regime processual específico para as pessoas coletivas, no que respeita ao recurso para o STJ, adaptado às necessidades decorrentes da sua natureza jurídica e às penas que lhe podem ser aplicadas.

Palavras-chave: Processo penal; Recursos; Supremo Tribunal de Justiça; Pessoa coletiva.

Abstract

This master's thesis focuses on appeals in criminal proceedings, in particular appeals to the SCJ from defendants who are legal entities, submitted following an acquittal by the court of first instance, followed by a conviction by the court of Appeal.

We focused our analysis on the Article 400(1)(e) of the CPC, as amended by Law 20/2013 of 21 February, which, by making the possibility of appeal subject to the imposition of a prison sentence, prevented legal entities from appealing to the SCJ when faced with a first conviction handed down by the court of appeal.

Based on this legal problem, which in our opinion had consequences from the point of view of the right to appeal, the right of access to justice and the principle of equality of legal persons as defendants in criminal proceedings, the methodology adopted involved an analysis of the legal wording referred to and its subsequent amendment, brought about by the entry into force of Law no. 94/2021, of December 21, and a study of the main case law decisions handed down by the Constitutional Court, setting out the arguments presented and positioning ourselves in relation to them, whenever necessary.

We also analysed some case law decisions from the ECHR and the portuguese courts of Appeal which, while not specifically addressing the legal problem mentioned, helped us to understand the procedural aspects related to it from a broader perspective.

Finally, we attempt to establish a position on the sufficiency and appropriateness of the current wording of Article 400(1)(e) of the CPP, with regard to its application to legal entities, concluding that there is an urgent need to create a specific procedural regime for legal persons with regard to appeals to the SCJ, adapted to the needs arising from their legal nature and the penalties that can be imposed.

Keywords: Criminal procedure; Appeals; Supreme Court of Justice; Legal entity.

Índice

Agradecimentos	3
Resumo	5
Abstract.....	7
Glossário.....	12
Introdução.....	14
CAPÍTULO I.....	18
A (in)admissibilidade do recurso para o STJ e a entrada em vigor da Lei n.º 20/2013 .	18
1.1. O artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP e os tipos de penas abrangidos pelo seu âmbito objetivo	18
1.2. As críticas apontadas pela doutrina e pela jurisprudência à redação conferida pela Lei n.º 20/2013 ao artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP: o direito ao recurso e o duplo grau de jurisdição.....	20
a) O acórdão do TC n.º 163/2015: a não inconstitucionalidade do artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP.....	23
b) O acórdão do TC n.º 429/2016: a inconstitucionalidade do artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP.....	24
c) O acórdão do TC n.º 595/2018: a declaração de inconstitucionalidade do artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP com força obrigatória geral.....	26
1.3. Conclusões preliminares	29
CAPÍTULO II.....	31
O contributo do direito internacional para a interpretação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP	31
2.1. O duplo grau de jurisdição da CEDH	31
2.2. O direito ao recurso do PIDCP	33
2.3. Conclusões preliminares	34
CAPÍTULO III.....	37
As garantias de defesa do arguido em sede de recurso: o pano de fundo do direito ao recurso	37
3.1. A relação existente entre os graus de recurso e as demais garantias de defesa conferidas ao arguido nesta fase processual	37
3.2. Conclusões preliminares	41
CAPÍTULO IV	43
O artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP e o recurso do arguido que seja pessoa coletiva	43

4.1. A (in)adequação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP na redação conferida pela Lei n.º 20/2013	43
4.2. O acórdão do TC n.º 128/2018: a escassa gravidade da pena de multa como justificação para a não inconstitucionalidade do artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP44	
4.3. Outros casos relevantes quando estejam em causa pessoas coletivas arguidos: o silêncio do legislador e do TC	48
4.4. Conclusão preliminares.....	51
CAPÍTULO V	55
O reenvio como forma de contornar a inadmissibilidade do recurso	55
5.1. O acórdão do tribunal da Relação de Évora de 2 de julho de 2013	55
5.2. O acórdão do tribunal da Relação de Coimbra de 19 de setembro de 2012	57
5.3. O acórdão do STJ de 22 de fevereiro de 2016: a uniformização de jurisprudência.....	59
5.4. Conclusões preliminares	62
CAPÍTULO VI	66
A (in)admissibilidade do recurso para o STJ e a entrada em vigor da Lei n.º 94/2021 .	66
6.1. O artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP na redação conferida pela Lei n.º 94/2021: a “cura para todos os males”?	66
6.2. Conclusões preliminares	72
CAPÍTULO VII.....	74
Posição do arguido pessoa coletiva após a alteração legislativa de 2021: a (in)adequação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP	74
7.1. A aparente consideração das pessoas coletivas arguidas no âmbito objetivo do artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP	74
7.2. Problemas que persistem após a alteração legislativa de 2021	75
7.3. Conclusões preliminares	83
Conclusões finais.....	87
Jurisprudência.....	95
Bibliografia.....	98

Glossário

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos Humanos

CA – Court of Appeal (Tribunal da Relação)

CC – Constitutional Court (Tribunal Constitucional)

CDH – Comité dos Direitos Humanos

CP – Código Penal

CPC – Criminal Procedure Code (Código de Processo Penal)

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

ECHR – European Convention on Human Rights (Convenção Europeia dos Direitos Humanos)

ICCPR – International Covenant on Civil and Political Rights (Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos)

PIDCP – Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos

SCJ – Supreme Court of Justice

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Introdução

A presente dissertação de mestrado centra-se no tema dos recursos em processo penal, em particular, nos recursos interpostos para o STJ por arguidos que sejam pessoas coletivas ou de natureza equiparada.

Em concreto, e centrando a nossa análise na redação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, o problema jurídico em causa reporta-se à inadmissibilidade do recurso de decisões condenatórias, proferidas pela Relação, em sede de recurso de decisões absolutórias de 1.ª instância, em especial quando estão em causa arguidos que sejam pessoas coletivas ou de natureza equiparada, e a compatibilidade dessa disposição legal com o direito ao recurso, enquanto garantia de defesa do arguido. Problema jurídico que pode ainda ser perspetivado de outra forma, nele se incluindo a impossibilidade de recorrer de decisões que representem uma dupla condenação, com diversidade sancionatória agravante. O problema jurídico em apreço, nas suas diversas facetas, será analisado tendo em conta a redação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, conferida pela Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro (doravante a “Lei n.º 20/2013”), e a alteração promovida pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro (doravante a “Lei n.º 94/2021”).

A escolha do referido tema tem por base a inegável importância do sistema de recursos para o direito processual e, em especial, para o direito processual penal, a qual é manifestada quer dentro de um processo específico (através da sua função endoprocessual), quer fora desse mesmo processo (através da sua função extraprocessual) e merece reconhecimento constitucional, no artigo 32.º, n.º 1, da CRP, como uma garantia de defesa do arguido.

Por um lado, os recursos permitem o controlo das partes processuais perante uma decisão que lhes é desfavorável e a apreciação dessa decisão por um tribunal hierarquicamente superior, possibilitando a correção de eventuais erros cometidos pelo tribunal *a quo* e contribuindo ainda, pelo menos tentativamente, para a uniformização da interpretação da lei. Por outro lado, os recursos são manifestação da transparência do processo penal perante a comunidade e permitem “medir o pulso” às opções legislativas vigentes, potenciando e encorajando o legislador, se e quando necessário, a eventuais alterações ou ao preenchimento de silêncios legislativos detetados.

O artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, na redação conferida pela Lei n.º 20/2013, foi alvo de muitas interpretações controversas, incluindo na jurisprudência do TC, colocando-se em causa a sua compatibilidade com o artigo 32.º da CRP, a qual se apresenta, a nosso ver, ainda mais duvidosa quando o preceito é aplicado a arguidos que sejam pessoas coletivas. Por esse motivo, aliar o tema dos recursos às especificidades processuais convocadas pela natureza coletiva do arguido, consubstanciou um desafio ainda maior, tendo em conta o escasso desenvolvimento jurisprudencial do TC neste contexto específico.

Com efeito, além da análise da redação conferida pela Lei n.º 20/2013, e dos argumentos apontados pelos diferentes acórdãos do TC que se pronunciaram sobre esta matéria, em sentidos divergentes, a metodologia adotada incluiu também a análise, sempre que necessário, de outras disposições de direito material, processual, internacional e constitucional, bem como a jurisprudência nacional e do TEDH que contribuem, de modo essencial, para aquela que nos parece ser a correta interpretação da norma em apreço.

Neste âmbito, o Capítulo I dedica-se à temática da (in)admissibilidade dos recursos para o STJ em processos penais, com incidência particular no artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, após a entrada em vigor da Lei n.º 20/2013, as principais críticas doutrinárias e jurisprudenciais que lhe foram feitas, atendendo, em especial, aos acórdãos n.º 163/2015, 429/2016 e 596/2018, todos proferidos pelo TC, e dos quais resultam diferentes conclusões a respeito da conformidade constitucional do referido preceito legal.

Seguidamente, o Capítulo II procura dar nota da importância das disposições da CEDH e do PIDCP para a interpretação deste preceito e o diferente grau de exigência que cada um destes instrumentos de direito internacional impõe, enquanto o Capítulo III pretende demonstrar a relação existente entre o direito ao recurso e as demais garantias de defesa do arguido, essenciais à compreensão da importância daquele direito e das suas restrições.

O Capítulo IV foca-se, mais especificamente, na posição da pessoa coletiva arguida, com recurso à análise do acórdão do TC n.º 128/2018, que se centra na aplicação da pena de multa, embora se salientem, neste Capítulo, outras situações, a nosso ver relevantes, e que parecem esquecidas pela jurisprudência.

No Capítulo V refere-se a forma de contornar a problemática suscitada por este artigo, desenvolvida pela jurisprudência das Relações, através do reenvio do processo, e a necessária uniformização de jurisprudência pelo STJ.

Por fim, o Capítulo VI dedica-se à entrada em vigor da Lei n.º 94/2021 que, alterando o paradigma, pode parecer, à primeira vista, a “cura para todos os males”. Procuramos, assim, fechar o ciclo da evolução do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, analisando a sua atual redação e procurando compreender se a posição da pessoa coletiva arguida, e do seu direito ao recurso, foram ou não protegidos por essa alteração legislativa, tarefa a que nos propomos no Capítulo VII da presente dissertação de mestrado.

O objetivo final da presente dissertação de mestrado é responder à questão colocada acima, extraindo conclusões a respeito da (in)admissibilidade dos recursos para o STJ quando estejam em causa arguidos que sejam pessoas coletivas ou de natureza equiparada, de forma a concluir pela (in)adequação do sistema de recursos penais para arguidos desta natureza jurídica e aferir da maior ou menor necessidade de criação de um regime específico, que possa corresponder às eventuais necessidades e especificidades destes arguidos.

Veremos que, apesar de um esforço legislativo em aprofundar o enquadramento jurídico-penal das pessoas coletivas, após o reconhecimento formal, em 2007, da sua responsabilidade por um catálogo de crimes previstos no CP (em complemento da responsabilidade penal de entes coletivos já prevista em diplomas avulsos), o direito processual penal dos entes coletivos tem evoluído a um ritmo mais lento, nem sempre permitindo acompanhar as novidades consagradas no CP.¹

Se em 2013 SANDRA OLIVEIRA E SILVA considerava que as soluções legislativas se sucediam “*numa espiral dialética de tal forma imparável que o tecido legislativo mais se assemelha a um cobertor demasiado curto – se puxado para as*

¹ “O CPP português guarda teimoso e inexplicável silêncio relativamente às pessoas colectivas. Teimoso e inexplicável, pois, mesmo considerando somente a situação imediatamente posterior à entrada em vigor do Código Penal (CP) de 1982, a responsabilidade penal de entes colectivos já estava prevista em um número (sempre crescente) de leis extravagantes (...). (...) o silêncio do legislador português atingiu um incomportável patamar de gravidade com a L 59/2007, de 4.09, que trouxe a responsabilidade criminal dos entes colectivos para o âmbito do Direito Penal primário e quanto a um catálogo (fechado) de crimes previstos no CP (artigo 11.º, n.º 2, do CP).”, BRITO, Teresa Quintela de, “Processo Penal de entes coletivos: algumas propostas de adaptação (urgente) do Código de Processo Penal português”, in: *Corrupção em Portugal. Avaliação legislativa e propostas de reforma*, (Org.) Paulo Pinto de Albuquerque / Rui Cardoso / Sónia Moura. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2021, pp. 478-479.

*orelhas, deixa inevitavelmente a nu os pés*², temos algumas reticências em considerar que a alteração legislativa de 2021 tenha colmatado todos os problemas que eram apontados ao regime da (in)admissibilidade de recursos para o STJ quando estejam em causa entes coletivos.

*Errar humanum est, sed persevere diabolicum*³, pelo que seria, a nosso ver, urgente e essencial que o legislador português pudesse, de forma consistente, estrutural e macro, dar a devida atenção processual às pessoas coletivas arguidas, em especial no que respeita ao seu direito ao recurso.

² SILVA, Sandra Oliveira e, “As alterações em matéria de recurso, em especial a restrição de acesso à jurisdição do supremo tribunal de justiça – garantias de defesa em perigo?”, in *As Alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma Reforma «Cirúrgica»?*, Org. André Lamas Leite. Coimbra Editora, 2013, p. 297.

³ Significa “errar é humano, mas persistir (no erro) é diabólico”.

CAPÍTULO I

A (in)admissibilidade do recurso para o STJ e a entrada em vigor da Lei n.º 20/2013

Importa salientar que, no sistema processual penal português, o princípio geral que serve de ponto de partida para qualquer discussão sobre a (ir)recorribilidade de decisões judiciais é o que consta do artigo 399.º do CPP, o qual não sofreu alterações desde a sua redação inicial e nos termos do qual:

“É permitido recorrer dos acórdãos, das sentenças e dos despachos cuja irrecorribilidade não estiver prevista na lei.”

Tendo em conta este princípio geral, compreende-se que o legislador pretendeu delimitar, pela negativa, o conjunto de decisões que admitem recurso. Estabelecendo as situações que não admitem recurso para o STJ, através do artigo 400.º do CPP, o legislador admite, *à contrario*, que as demais possam ser objeto de decisão pelo tribunal superior na hierarquia dos tribunais portugueses.

Na presente dissertação pretende-se analisar, em particular, as decisões das Relações que não admitem recurso para o STJ e, dentro destas, destacar-se a alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP (*«Decisões que não admitem recurso»*), tendo por referência as redações que foram conferidas a esta alínea pela Lei n.º 20/2013 e, posteriormente, pela Lei n.º 94/2021.

1.1. O artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP e os tipos de penas abrangidos pelo seu âmbito objetivo

Vejamus a letra do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, atenta a redação conferida pela Lei n.º 20/2013, segundo a qual não é admitido o recurso:

“(...) e) De acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações que apliquem pena não privativa de liberdade ou pena de prisão não superior a 5 anos”.

Da redação transcrita, que corresponde à versão desta alínea na redação conferida pela Lei n.º 20/2013, resultava que se o tribunal da Relação aplicasse pena não privativa da

liberdade ou pena de prisão não superior a 5 anos, mesmo que a decisão de 1.^a instância tivesse sido absolutória, o arguido condenado em recurso não teria a possibilidade de recorrer para o STJ. À *contrário*, sendo a decisão absolutória de 1.^a instância substituída por uma decisão condenatória da Relação, apenas seria admitido o recurso para o STJ se a decisão condenatória aplicasse pena de prisão igual ou superior a 5 anos.

Com efeito, no que respeita aos arguidos pessoas coletivas ou de natureza equiparada, tendo em conta que apenas se lhes pode ser aplicada uma pena não privativa da liberdade, a letra da alínea em apreço refletia um total desfasamento em face dos tipos de penas a que um arguido com essa natureza jurídica pode estar sujeito.

Consequentemente, e à luz da redação da alínea e) acima transcrita, sempre que um ente coletivo fosse confrontado com uma decisão condenatória proferida pelo tribunal da Relação, em sede de recurso, não poderia recorrer, na medida em que, tendo sido condenado em 1.^a instância, apenas lhe poderia ter sido aplicada pena não privativa da liberdade.

O legislador partia, assim, do pressuposto que todas as penas não privativas da liberdade constituem uma repressão dos direitos fundamentais do arguido semelhante, no que respeita à sua gravidade, à repressão para os direitos fundamentais resultante da aplicação de uma pena de prisão não superior a 5 anos.

Assim, tanto num caso, como no outro, mesmo sendo a decisão da Relação uma decisão inovadora, em face da absolvição em 1.^a instância, o legislador considerou que a solução legal introduzida no ano de 2013 não apresentava problemas de constitucionalidade.⁴

⁴ Note-se que, atendendo à redação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, seriam as próprias Relações que, por força da pena que decidiam aplicar, controlavam a recorribilidade da sua própria decisão. Este era um efeito perverso que não passava impune às críticas da doutrina. “*Cumprе ainda alertar o legislador para o facto de a actual redação da alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal colocar, muitas das vezes, a possibilidade de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça do arguido que foi absolvido na 1.ª instância na disponibilidade tanto do Ministério Público como das Relações. Com efeito, por um lado, sempre que o Ministério Público lança mão da faculdade prevista no artigo 16.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, subtrai, de imediato, um grau de recurso ao arguido (...); por outro lado, as Relações podem sempre cair na tentação de aplicar ao arguido absolvido na 1.ª instância pena menos grave do que aquela que resultaria da aplicação estrita das normas legais, por forma a impedir o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça.*”, SOUSA, Bruna Ribeiro de, “Da inconstitucionalidade da alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal (na redação da Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro)”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 138, abr-jun de 2014, pp. 172 e 173.

1.2. As críticas apontadas pela doutrina e pela jurisprudência à redação conferida pela Lei n.º 20/2013 ao artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP: o direito ao recurso e o duplo grau de jurisdição

Importa realçar, de forma a enquadrar as críticas doutrinárias e jurisprudenciais que foram feitas ao artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, o que dispõe a chamada “Constituição processual criminal”, que concentra um conjunto de disposições de natureza constitucional, estabelecendo os princípios materiais do processo criminal que são considerados basilares para o ordenamento jurídico português.

Neste âmbito, salientamos o disposto no artigo 32.º da CRP, com a epígrafe «Garantias de processo criminal»⁵, e cujo n.º 1 prescreve o seguinte:

“O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso.”.

Apesar desta previsão expressa do direito ao recurso, como garantia de defesa do arguido, torna-se necessário compreender em que casos se considera que este direito sofre limitações que podem ser consideradas desconformes à Constituição. No fundo, importa perceber se o legislador constitucional pretendeu garantir o direito ao recurso ou o duplo grau de jurisdição e de que forma estas duas realidades se distinguem ou se entrecruzam.⁶

A questão central que se coloca é a de saber se a pronúncia de duas instâncias diferentes sobre a mesma causa (tribunal de 1.ª instância e tribunal da Relação) é ou não suficiente para assegurar o direito fundamental ao recurso, tal como previsto na Constituição. No fundo, pergunta-se: a garantia de defesa do arguido prevista no artigo 32.º, n.º 1, da CRP, é respeitada se for assegurada a “[p]ossibilidade de reexame efetuado

⁵ As garantias de defesa consagradas na Constituição, nas quais o legislador constitucional incluiu o recurso, pretendem assegurar, conforme explica a doutrina, o “*princípio da proteção global e completa dos direitos de defesa do arguido em processo criminal, englobando indubitavelmente todos os direitos e instrumentos necessários e adequados por forma a o arguido defender a sua posição processual, contrariando a acusação, sobretudo sempre considerando a desigualdade material entre a acusação e a defesa, que impõe a sua compensação, mediante específicas garantias, por forma a atenuar a «desigualdade de armas».*”, MAGALHÃES, Ana Sofia Correia, *A responsabilidade penal das pessoas coletivas sob o ponto de vista processual* [Em linha]. Minho. Universidade do Minho – Escola de Direito, 2015, p. 77, disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/60744/1/Tese+Mestrado+-+Vers%C3%A3o+Final+-+Ana+Correia+Magalh%C3%A3es.pdf>.

⁶ “*O tema da recorribilidade das decisões em matéria penal inclui a questão de saber se o âmbito deste direito fundamental ao recurso se identifica ou diferencia da garantia de um duplo grau de jurisdição, ou seja, se é ou não integralmente satisfeito com a possibilidade de exame do caso por duas instâncias decisórias distintas*”, MORÃO, Helena, “Whenever yet was you appeal denied?” – Sobre o direito do arguido ao recurso de decisões de recurso, in *Revista do Ministério Público*, n.º 158, abril-junho 2019, p. 38.

por órgão jurisdicional distinto e hierarquicamente superior ao que apreciou a causa pela primeira vez, com prevalência sobre este”⁷?

A maioria da jurisprudência do TC afirma que o direito ao recurso e o duplo grau de jurisdição correspondem a prismas distintos e que, apesar de interligados, não devem ser confundidos. Não obstante, as diferenças, ao nível das decisões do TC, surgem quando se passa desta premissa base à sua concretização prática e quando se questiona, em concreto, quando é que, apesar de se ter garantido o duplo grau de jurisdição, não se respeitou o direito ao recurso do arguido.

Partindo do “conhecido para o desconhecido”, podemos afirmar que o direito ao recurso apenas poderá ser respeitado se for conferido, pelo menos, um duplo grau de jurisdição. Por outras palavras, o duplo grau de jurisdição é pressuposto do direito ao recurso, isto é, sempre que há recurso e uma questão é reexaminada por um tribunal distinto e hierarquicamente superior é assegurado o duplo grau de jurisdição. No entanto, nem sempre o direito ao recurso será assegurado de modo integral pelo simples facto de duas instâncias jurisdicionais se terem pronunciado sobre a mesma causa⁸. O duplo grau

⁷ Acórdão do TC n.º 429/2016, 13 de julho de 2016, processo n.º 1002/14. Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160429.html>.

⁸ Neste contexto, importa convocar também alguma doutrina estrangeira, que denota que a interpretação que aqui se defende é igualmente propugnada por autores de outras jurisdições, designadamente no ordenamento jurídico colombiano, que se enquadra no sistema jurídico da América do Sul, sujeito, por isso, à Convenção Americana de Direitos Humanos. De acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos, em particular, o artigo 8.º, n.º 2, alínea h): “*Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.*”, Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada a 22 de novembro de 1969, na Costa Rica, disponível em <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Não obstante a redação deste artigo, alguma doutrina da América do Sul considera que “*(...) existe un gran déficit de protección de esta garantía mínima en los procesos penales, y una estructuración de los recursos que no consulta los derechos de los imputados, por lo que existe una reiterada omisión estatal en la protección y efectividad de los derechos humanos. Precisamente, Colombia es uno de los países donde aún no se disponen medidas legislativas idóneas que hagan plenamente efectivo el derecho a recurrir al fallo condenatorio, lo que plantea una posible responsabilidad internacional del Estado por vulneración de los derechos reconocidos en la Convención y la omisión de adoptar medidas legislativas que garanticen su protección y su efectividad.*”, GIRALDO, Gabriel Jaime Salazar, “La doble conforme como garantía mínima del debido proceso en materia penal – Reflexiones de cara al derecho a recurso contra el fallo condenatorio en el orden jurídico-penal colombiano”, in *Revista Ratio Juris Vol. 10 N.º 21 (julio-diciembre 2015)*, pp. 139 e 140, disponível em <http://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/view/21/56>. À luz do citado artigo da Convenção Americana de Direitos Humanos, o autor mencionado defende que: “*El derecho al recurso contra el fallo condenatorio y la doble instancia son, en esencia, derechos diferentes de cara al procedimiento penal; mientras el primero implica como núcleo esencial la posibilidad de revisión integral del fallo de condena en materia penal, el segundo tiene como núcleo la existencia de dos momentos de conocimiento, no sólo en razón de un fallo condenatorio sino de cualesquiera otro tipo de decisión judicial. Asimismo, la doble instancia se garantiza con recursos incluso de naturaleza extraor-inaria, situación contraria al derecho a recurrir el fallo de condena. Por ende, la obligación de los Estados Partes de*

de jurisdição pode não ser suficiente para assegurar o direito ao recurso, tal como pretendido pelo legislador constitucional.

E aqui surgem as primeiras discórdias, inclusive no seio do TC, na medida em que se torna necessário estabelecer e fixar, em prol da segurança jurídica, em que situações o duplo grau de jurisdição não se afigura suficientemente garantístico do direito ao recurso previsto no artigo 32.º, n.º 1, da CRP como uma garantia de defesa do arguido.⁹

Avançando ainda um pouco mais na concretização do problema jurídico a que nos reportamos: numa situação em que a 1.ª instância absolve o arguido da acusação que lhe era imputada e o tribunal da Relação, em sede de recurso, sendo-lhe conferida a possibilidade de reexame da causa, decide condenar o arguido, revertendo a decisão absolutória anteriormente tomada, foi assegurado o direito ao recurso do arguido ou o duplo grau de jurisdição?

Note-se que o artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP apenas pode passar no crivo da constitucionalidade se considerarmos que, não apenas o duplo grau de jurisdição, como o direito ao recurso se encontram assegurados. Só nesse caso, poderemos afirmar que a margem de discricionariedade conferida ao legislador, para efeitos da limitação do direito de recurso, foi exercida com integral respeito pelo disposto no artigo 32.º, n.º 1, da CRP.

Neste contexto, importa destacar duas importantes decisões do TC, que se pronunciaram em sentidos antagónicos sobre o artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, na redação conferida pela alteração legislativa de 2013, permitindo introduzir alguns argumentos à problemática em questão.

la Convención es garantizar el derecho al doble conforme y no la doble instancia.”, GIRALDO, Gabriel Jaime Salazar, “La doble conforme como garantía mínima del debido proceso en materia penal – Reflexiones de cara al derecho a recurso contra el fallo condenatorio en el orden jurídico-penal colombiano”, in *Revista Ratio Juris Vol. 10 N.º 21 (julio-diciembre 2015)*, p. 162, disponível em <http://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/view/21/56>, sustentando, assim, que o recurso de uma decisão condenatória integra o núcleo do direito ao recurso, tal como este se encontra consagrado na Convenção Americana de Direitos Humanos.

⁹ “*Para se verificar que a garantia de jurisdição concretiza o direito ao recurso, é indispensável – e como tal tem sido reconhecido pela jurisprudência do Tribunal Constitucional – que a apreciação do caso por dois tribunais de grau distinto se apresente como tutela suficiente das garantias de defesa constitucionalmente consagradas*”, Acórdão do TC n.º 429/2016, de 13 de julho de 2016, processo n.º 1002/14, Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160429.html> .

a) O acórdão do TC n.º 163/2015: a não inconstitucionalidade do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP

Em primeiro lugar, analisemos o acórdão do TC n.º 163/2015¹⁰, o qual confirmou a decisão sumária que declarou a não inconstitucionalidade do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, por violação do artigo 32.º, n.º 1 da CRP, que estabelece o direito ao recurso, tendo para o efeito aderido aos fundamentos invocados pelo TC no acórdão n.º 49/2003¹¹ e no acórdão n.º 682/2006¹² que, apesar de proferidos em momento anterior à alteração legislativa de 2013, foram considerados pertinentes e aplicáveis à luz da redação introduzida por essa alteração legislativa.

Com efeito, os argumentos que se apresentam de seguida, relativos à não inconstitucionalidade do preceito em apreço foram confirmados pelo TC no acórdão n.º 163/2015, embora remontem aos acórdãos proferidos anteriormente e acima indicados, em particular, ao acórdão n.º 49/2003:

- a) A decisão proferida pelo tribunal da Relação permitia respeitar a garantia do duplo grau de jurisdição, na medida em que representava a segunda decisão jurisdicional sobre a mesma causa, tomada por um tribunal de hierarquia superior, o que implicava uma maior qualidade potencial da mesma;
- b) De acordo com os argumentos invocados nesta jurisprudência do TC, a garantia do duplo grau de jurisdição tinha de coincidir com a garantia do direito ao recurso, não podendo impor que a primeira decisão condenatória, independentemente da instância em que é proferida, fosse sempre reexaminada;
- c) A interpretação expressa na alínea anterior levava, no entender do TC, a resultados inadmissíveis – a decisão condenatória proferida, pela primeira vez pelo STJ, na sequência de um recurso de uma decisão absolutória proferida pelo tribunal da Relação, que confirmasse a absolvição decidida em 1.ª instância, teria sempre de ser recorrível;

¹⁰ Acórdão do TC n.º 163/2015, de 4 de março de 2015, processo n.º 939/14, Relator: Conselheira Catarina Sarmiento e Castro, disponível em [TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 163/2015 . \(tribunalconstitucional.pt\)](https://www.tribunalconstitucional.pt/tribunalconstitucional/pt/acordao/163/2015).

¹¹ Acórdão do TC n.º 49/2003, de 29 de janeiro de 2003, processo n.º 81/02, Relator: Conselheira Maria dos Prazeres Beleza, disponível em [TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 49/2003 . \(tribunalconstitucional.pt\)](https://www.tribunalconstitucional.pt/tribunalconstitucional/pt/acordao/49/2003).

¹² Acórdão do TC n.º 682/2006, de 13 de dezembro de 2006, processo n.º 844/06, Relator: Conselheiro Benjamim Rodrigues, disponível em [TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 682/2006 . \(tribunalconstitucional.pt\)](https://www.tribunalconstitucional.pt/tribunalconstitucional/pt/acordao/682/2006).

- d) A restrição imposta pelo artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP era constitucionalmente admitida, tendo como objetivo evitar a paralisação do STJ, devido à sobrecarga de processos, e encontrava-se justificada pelo facto dos crimes em causa terem uma gravidade não acentuada (sendo por isso punidos com uma pena de prisão não superior a 5 anos ou pena não privativa da liberdade);
- e) Invocava-se ainda o disposto no artigo 2.º, n.º 2 do Protocolo Adicional n.º 7 da CEDH, afirmando-se que este diploma permite que os ordenamentos jurídicos nacionais possam estabelecer restrições ao direito ao duplo grau de jurisdição, entre as quais a que resultava do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP.

A estes argumentos, o acórdão do TC n.º 682/2006, apenas acrescentou que o artigo 32.º, n.º 1, da CRP prevê exatamente, com o mesmo alcance e sentido, a garantia de defesa, no que respeita ao direito ao recurso do arguido que resulta do texto da CEDH, razão pela qual não existia fundamento para a invocação do diploma internacional como forma de ampliar o direito ao recurso constitucionalmente previsto.

b) O acórdão do TC n.º 429/2016: a inconstitucionalidade do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP

Vejamos, em segundo lugar, o acórdão do TC n.º 429/2016, que considerou, no caso concreto, que o segundo grau de jurisdição não era suficiente para assegurar o direito ao recurso constitucionalmente previsto. O TC sustentou a sua conclusão nos seguintes fundamentos:

- a) Atendendo a que a primeira decisão fora de cariz absolutório e apenas no tribunal da Relação o arguido se viu confrontado com a aplicação de uma pena, as consequências jurídicas do crime (o fundamento e a medida da pena) não foram objeto de reapreciação, consubstanciando questões novas;
- b) Apesar do arguido ter direito ao contraditório, em sede de alegações de recurso, os seus fundamentos de defesa têm em consideração os elementos sustentados pela acusação e não os elementos da decisão jurisdicional, que o arguido apenas conhece quando o tribunal da Relação profere o acórdão, determina quais os factos

que considera provados e não provados e os fundamentos para a escolha e determinação da medida da pena¹³;

- c) No caso em apreço estava em causa a condenação do arguido em pena de prisão não superior a 5 anos, pelo que o TC considerou que a racionalização do acesso ao STJ não poderia justificar a limitação absoluta dos direitos fundamentais de defesa do arguido;
- d) Ainda que se pudesse referir a existência de uma assimetria do regime processual penal em favor da defesa do arguido, tal assimetria não podia, no entender do TC, obstar ao recurso de decisões como a que estava em causa nesta apreciação da constitucionalidade, na medida em que a defesa se encontra numa posição de desigualdade de partida por comparação com a acusação¹⁴.

¹³ Neste contexto: “(...) se o arguido foi absolvido pelo tribunal recorrido, não pôde exercer, nessa altura, o seu poder de recorrer, por falta de legitimidade para tal, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 401.º do Código do Processo Penal, uma vez que não se trata de uma decisão proferida contra ele. Negar-lhe agora a faculdade de impugnar a primeira decisão condenatória, ditada pelo tribunal ad quem no seguimento do recurso promovido pela acusação, equivale, pura e simplesmente, a negar-lhe o próprio direito ao recurso. Pergunta-se, afinal, em que momento do processo foi assegurado à defesa a possibilidade de contestar a decisão condenatória em si junto de outro órgão jurisdicional, tendo em vista a sua substituição por outro. A não ser que se ache, como se sugeriu ironicamente na doutrina, que o direito ao recurso do arguido, como garantia de defesa, foi exercido pela acusação.”, MORÃO, Helena, “Whenever yet was your appeal denied? – Sobre o direito do arguido ao recurso de decisões de recurso, in *Revista do Ministério Público*, n.º 158, abril-junho 2019, pp. 41 e 42.

¹⁴ Este Acórdão do TC teve vários votos de vencido, dos quais se destaca o voto de vencido do Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro, que considerou que, no caso em apreço, se encontrava violado, inclusive, o direito a um duplo grau de jurisdição: “*De facto, a garantia do duplo grau só pode funcionar se a decisão do recurso for em toda a extensão uma nova definição da situação decidida pelo tribunal recorrido, ou seja, um reexame da matéria apreciada pela decisão recorrida e não o julgamento de questões novas. Daí que admitir o jus novorum, como é o caso da determinação da medida concreta da pena, seja afastar o duplo grau, permitindo que o tribunal ad quem se pronuncie primariamente sobre questões não decididas pelo tribunal a quo.*”.

Adicionalmente, e por acrescentar ainda outros argumentos relevantes, destacamos também o voto de vencido do Conselheiro Pedro Machete, que alude à jurisprudência do TEDH e à CEDH como parâmetros orientadores e fundamentos da sua posição: “*Contrariamente a toda a jurisprudência constitucional anterior, entende a maioria que o artigo 32.º, n.º 1, da Constituição deve agora ser interpretado no sentido de que o direito ao recurso corresponde à faculdade de pedir sempre e em qualquer circunstância a reapreciação por um tribunal superior de uma primeira decisão desfavorável, nomeadamente se se tratar de uma condenação que implique a privação da liberdade do arguido, e que, nestes termos, tal direito se reconduz ao «conteúdo essencial das garantias de defesa do arguido» (...). A verdade, porém, é que as garantias de defesa do arguido não são consumidas pelo direito ao recurso nem este constitui, por si só, condição suficiente de uma defesa efetiva. Que é assim comprova-o, desde logo, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o próprio regime da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em que a garantia do direito ao recurso em processo penal se reconduz ao direito a um duplo grau de jurisdição (cfr. o artigo 2.º do Protocolo n.º 7, transcrito no n.º 17). Ou seja, mesmo quando consagrado o direito ao recurso nos termos defendidos pela decisão que fez vencimento, tal não constitui garantia de uma tutela suficiente da defesa do arguido; e, inversamente, mesmo quando reconduzido o direito ao recurso (apenas) ao direito a um segundo grau de jurisdição – como tem sucedido na ordem constitucional portuguesa – não se pode dizer que as garantias de defesa do arguido não se encontrem asseguradas. A consequência a retirar é óbvia: sendo o direito ao recurso uma garantia essencial da defesa do arguido, o “conteúdo essencial” – conceito carecido, neste contexto, de explicação adequada – de tal garantia não se reconduz ao direito ao recurso.*”

De facto, se num primeiro momento o TC não viu qualquer problema de constitucionalidade na inadmissibilidade do recurso para o STJ, nas situações previstas no artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, com base nos argumentos referidos *supra*, este entendimento foi sofrendo alguma alteração, tendo o TC alterado, pelo menos parcialmente, a sua posição. Deste modo, pelo menos nos casos em que a decisão condenatória proferida pela primeira vez por um tribunal da Relação, na sequência de uma decisão absolutória proferida em 1.ª instância, aplicasse uma pena privativa da liberdade, o TC passou a considerar que o artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP não assegurava o conteúdo essencial do direito ao recurso constitucionalmente previsto no artigo 32.º, n.º 1, da CRP.

c) O acórdão do TC n.º 595/2018: a declaração de inconstitucionalidade do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP com força obrigatória geral

No acórdão n.º 595/2018, de 13 de novembro de 2018¹⁵, o TC foi chamado a apreciar o artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, em sede de fiscalização abstrata da constitucionalidade, tendo em conta que o referido artigo já fora declarado inconstitucional, em sede de fiscalização concreta, em três casos distintos¹⁶ e

Por último, destaca-se ainda o voto de vencido da Conselheira Catarina Sarmento e Castro, segundo o qual: “*Considero, aqui, como então, que o entendimento do direito ao recurso consagrado no artigo 32.º da CRP (entendido como existência de um duplo grau de jurisdição, indissociável da garantia da existência de uma hierarquia dos tribunais, prevista no artigo 210.º da CRP; implicando o reexame da causa por um órgão jurisdicional superior) não obriga o legislador a consagrar um novo (aqui triplo) grau de jurisdição, mesmo nas circunstâncias delimitadas pela norma em apreciação. E isso mesmo resultava da jurisprudência citada: cumprindo-se o duplo grau de jurisdição, estaria na disponibilidade do legislador limitar um triplo grau, sem que isso violasse o direito ao recurso.*”. Este último voto de vencido acrescenta ainda que, ainda que se possa considerar que existem fragilidades no sistema português de recursos penais, estas resultam de outras disposições legais que não foram colocadas à apreciação do TC e que, de acordo com a Conselheira Catarina Sarmento e Castro, não dizem respeito à questão da recorribilidade das decisões penais, mas estão antes relacionadas com o processo justo e equitativo e que, por não terem sido convocadas, não podem ser apreciadas pelo TC nesta decisão nem podem ser ultrapassadas com a interpretação propugnada pela maioria.

¹⁵Acórdão do TC n.º 595/2018, de 13 de novembro de 2018, processo n.º 273/2018, Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180595.html>.

¹⁶ Acórdão do TC n.º 429/2016, de 13 de julho de 2016, processo n.º 1002/14, Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160429.html> e decisões sumárias do TC n.º 664/2016, de 19 de outubro de 2016, processo n.º 35/2016, Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarías/20160664.html> e n.º 132/2018, de 20 de fevereiro de 2018, processo n.º 1467/17, Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarías/20180132.html>.

relativamente a um determinado sentido normativo (não na totalidade dos sentidos normativos que podiam ser retirados deste preceito).

Com efeito, conforme esclarece o referido acórdão:

“Resulta claro que este enunciado não foi julgado inconstitucional em toda a sua amplitude nas decisões que estão na base do presente processo de repetição do julgado. O juízo de inconstitucionalidade proferido no âmbito desses processos de fiscalização concreta refere-se apenas aos casos em que a Relação, revertendo uma absolvição em 1.ª instância, condenou o arguido a uma pena de prisão efetiva não superior a cinco anos.”

Após descrever o percurso legislativo do sistema de recursos em processo penal, desde o CPP de 1987, o TC enuncia, como ponto de partida para a fundamentação da sua decisão:

“Constituindo uma garantia essencial de defesa, constitucionalmente reconhecida, o direito ao recurso representa, portanto, um inegável limite à liberdade conformadora do legislador quanto à delimitação das decisões de que cabe recurso e quanto à definição do regime de recursos em processo penal.”

Seguidamente, o TC procede à importante distinção conceptual entre o direito ao recurso e o direito ao duplo grau de jurisdição, concluindo que os dois conceitos não devem ser equiparados, sob pena de interpretação restritiva do direito ao recurso, que não tem fundamento constitucional.

Salienta ainda o TC o conteúdo inovador da decisão proferida pelo tribunal da Relação que reverte a decisão absolutória proferida pelo tribunal de 1.ª instância e que condena o arguido, com afetação dos seus direitos fundamentais. Nestes casos, o TC considera que, não só o direito ao recurso previsto no artigo 32.º, n.º 1, da CRP, como o próprio duplo grau de jurisdição, se encontram beliscados:

“Nestas circunstâncias, a irrecorribilidade do acórdão do tribunal de 2.ª instância tem como consequência que a tão relevante matéria da determinação da espécie e medida da pena seja apreciada uma única vez – pelo tribunal de recurso – e escape, assim, ao controlo de uma segunda instância (...). Nessa parte, não se encontra garantindo, na verdade, um duplo grau de jurisdição.”

É ainda acrescentado pelo TC um argumento de outra ordem de razão, que cumpre destacar, e que se relacionada com a eficácia do recurso como barômetro de eventuais erros judiciários:

“Ademais, tendo o direito ao recurso, enquanto garantia de defesa, uma função primordial precisamente na prevenção da condenação injusta, não se exigindo dupla conforme na norma em apreço, a probabilidade de haver erro judiciário é naturalmente maior –ceteris paribus– do que nas situações em que a Relação confirma a decisão de primeira instância.”

Como bem refere o TC, o argumento acima identificado, num raciocínio *ad consequentiam*, impediria qualquer fixação da irrecorribilidade de decisões condenatórias inovadoras proferidas pela Relação, sem qualquer distinção quanto à espécie de pena aplicada. Seguindo esta linha orientadora, o TC considerou que a lesão do direito ao recurso é tanto menor quanto menor for a gravidade da pena aplicada, pelo que será necessariamente inferior quando a Relação decida aplicar uma pena não privativa da liberdade. Sem prejuízo de manifestarmos a nossa discordância quanto a esta conclusão, o TC afirma que:

“O desvalor constitucional que se identifica na impossibilidade de interpor recurso da condenação em pena de privação da liberdade proferida pelo tribunal de recurso em reversão da absolvição de 1.^a instância, não tem paralelo nos casos em que à revogação da sentença absolutória proferida em primeira instância se segue a aplicação de uma pena de multa.”¹⁷

Pelos motivos expostos, e nos casos em que a Relação aplique pena privativa da liberdade, condenando o arguido de forma inovadora, na sequência de absolvição fixada em 1.^a instância, o TC considera que:

¹⁷ Contrariamente ao entendimento que obteve vencimento no acórdão em apreço, pronunciou-se Manuel da Costa Andrade, à data juiz do TC, mediante declaração de voto, segundo a qual: *“No estádio atual das coisas, não me sobram dúvidas quanto à inconstitucionalidade de uma norma que recusa ao arguido o recurso de decisão da Relação que, revertendo uma sentença absolutória da primeira instância, condena o mesmo arguido numa pena de prisão efetiva. Esta é, de resto, a constelação típica em que o problema ganha uma expressão paradigmática e se reveste de maior e mais óbvio relevo prático-jurídico. (...) Nesta linha e vistas as coisas à luz do direito ao recurso – sc. posta em parênteses a questão lógica e normologicamente posterior da determinação da sanção –, não me parece que haja uma diferença decisiva ditada pela natureza da pena, em definitivo aplicada. Do ponto de vista teleológico e político-criminal, em matéria de recurso há uma grande comunicabilidade entre a condenação em prisão efetiva e, por exemplo, a condenação em multa. O que me leva a acreditar – e esperar – que em ulteriores pronunciamentos, o Tribunal Constitucional reequacione o alargamento do alcance do seu exame e dos seus juízos na direção que fica sugerida. Pelo menos, na direção da multa aplicada a pessoa singular.”*

“Em suma, ao negar o acesso a uma reapreciação por um tribunal superior (no caso o Supremo Tribunal de Justiça) a norma atinge o direito ao recurso de forma excessivamente gravosa porquanto de consequências fundamentais na posição jurídica do arguido, designadamente na sua liberdade. É, por isso, inconstitucional por violar o artigo 32.º, n.º 1, conjugado com o artigo 18.º, n.º 2 da Constituição.”

1.3. Conclusões preliminares

Do exposto resulta, em primeiro lugar, que a redação da alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP, conferida pela alteração legislativa operada em 2013 teve como principal objetivo o de limitar o acesso, em recurso, ao STJ, considerando-se que este tribunal apenas deveria analisar questões de maior gravidade¹⁸.

Não obstante a busca de maior celeridade processual¹⁹ e de não sobrecarga do STJ, a solução legislativa de 2013 não passou impune às críticas da doutrina²⁰ e ao escrutínio do TC.

¹⁸ Antes da alteração legislativa de 2013, a alínea d) do n.º 1 do artigo 400.º apenas proibia o recurso de decisões absolutórias da Relação, proferidas em recurso, na sequência de decisões absolutórias de 1.ª instância (ou seja, apenas quando as duas instâncias tivessem o mesmo sentido decisório, existindo uma dupla conforme). Esta solução, quando comparada com a alínea e) do mesmo artigo, era considerada pela doutrina como potencializadora de desigualdades entre a defesa e a acusação, uma vez que a alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP, na versão anterior à alteração operada em 2013, não permitia o recurso para o STJ dos acórdãos proferidos pelas Relações, em recurso, que aplicassem pena não privativa da liberdade. Vejamos: quando a decisão da 1.ª instância condenasse o arguido em pena não privativa da liberdade, existindo uma posterior condenação pela Relação, o recurso do MP ou do assistente era possível, mediante aplicação do artigo 400.º, n.º 1, alínea d) do CPP, *à contrario*. No entanto, quando a decisão de primeira instância absolvesse o arguido e a decisão da Relação o condenasse em pena não privativa da liberdade, o arguido já não tinha a possibilidade de recorrer, atento o disposto na alínea e) do referido artigo do CPP. Eram consideradas situações simetricamente apostas com tratamentos distintos, sendo colocada em causa a sua constitucionalidade pela doutrina, por força da violação do princípio da igualdade.

¹⁹ Neste contexto, há ainda quem faça referência, a par da procura de maior celeridade processual, a necessidade de garantir a verdade material, como argumento para defender a necessidade de restringir o direito ao recurso, incluindo o direito ao recurso nos casos em discussão. Não obstante, a celeridade processual e a verdade material são seguramente objetivos diferentes e com tempos de concretização, em muitos casos, distintos. Neste sentido, veja-se: SANTOS, Manuel Simas, “Revisão do processo penal: os recursos” [Em linha]. Intervenção em Sessão subordinada ao tema: “Do processo penal interno ao processo penal internacional: alguns aspectos críticos”, integrada no Simpósio de Direito Processual Penal, organizada pela Escola de Direito da Universidade do Minho. Minho. 25 de janeiro de 2007. Disponível em <https://repositorio.umaia.pt/bitstream/10400.24/232/1/SS12.pdf>, p. 9.

²⁰ Neste contexto, veja-se, a título de exemplo: “*Sendo as vias de recurso em segundo grau cada vez mais apertadas e persistindo o parâmetro da pena aplicada como critério de irrecorribilidade, temo que a função (fundamental!) de orientação da jurisprudência que ao Supremo cumpre desempenhar resulte seriamente comprometida. Talvez que, para lá dos recursos de fixação de jurisprudência, se devesse ter ponderado a introdução de uma cláusula de recorribilidade que encontramos noutros domínios processuais, a manejar com uma larga discricionariedade pelo Supremo, que viabilizasse o conhecimento*

Com efeito, foram apresentados acórdãos do TC que se pronunciaram a respeito da conformidade constitucional deste artigo, tendo chegado a conclusões distintas. Se, por um lado, o acórdão do TC n.º 163/2015 propugnou a não inconstitucionalidade do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, considerando que a restrição do acesso ao STJ constante desta alínea era conforme à CRP, na medida em que o direito ao recurso se bastava com a garantia do duplo grau de jurisdição; por outro lado, o acórdão do TC n.º 429/2016 pronunciou-se em sentido contrário, distinguindo as duas realidades (o direito ao recurso do direito ao duplo grau de jurisdição), considerando que a impossibilidade do arguido recorrer da primeira decisão condenatória proferida, em sede de recurso, pelo tribunal da Relação, era incompatível com a CRP.

Concordamos com esta importante distinção entre o direito ao recurso e a garantia do duplo grau de jurisdição, acrescentando que a CRP não refere o duplo grau de jurisdição como garantia de defesa do arguido, razão pela qual consideramos que nem sempre a apreciação de uma causa por dois tribunais de hierarquias distintas permite assegurar o direito constitucionalmente consagrado.

O acórdão do TC n.º 595/2018, analisado em último lugar, tem a nosso ver especial importância, por considerarmos que reúne os argumentos que impulsionaram, como veremos, a alteração legislativa de 2021, tendo considerado, com força obrigatória geral, o artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP inconstitucional, pelo menos na interpretação em que impede o recurso para o STJ de uma decisão condenatória inovadora proferida pela Relação, que aplicasse pena privativa da liberdade.

*de questões de inequívoco relevo jurídico em que a sua intervenção pudesse favorecer a boa aplicação do direito. O contrapeso que esta nova via recursória poderia constituir, no confronto com a tendência restritiva que o duplo grau de recurso vem conhecendo, parece que não foi ponderado pelo legislador.”, DIAS, José de Figueiredo, “Por onde vai o Processo Penal Português: por estradas ou por veredas?”, in *As Conferências do Centro de Estudos Judiciários*, coord. António Pedro Barbas Homem, 2014, Almedina, pp. 79 e 80.*

CAPÍTULO II

O contributo do direito internacional para a interpretação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP

Como aflorado pelos acórdãos analisados e também pela declaração de voto do Conselheiro Pedro Machete ao acórdão n.º 429/2016, a interpretação do sistema de recursos penais português deve ser compatível com as disposições de direito internacional que vinculam o Estado português, designadamente com o disposto na CEDH e no PIDCP, pelo que se torna relevante incluir na análise desta problemática o disposto nestes diplomas legais internacionais.

2.1. O duplo grau de jurisdição da CEDH

Com efeito, dispõe o artigo 2.º do Protocolo Adicional n.º 7 da CEDH, aprovada para ratificação por Portugal pela Lei n.º 65/78, de 13 de outubro, sob a epígrafe «*Direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal*»:

“1. Qualquer pessoa declarada culpada de uma infração penal por um tribunal tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade ou a condenação. O exercício deste direito, bem como os fundamentos pelos quais ele pode ser exercido, são regulados pela lei.

2. Este direito pode ser objecto de exceções em relação a infrações menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição.”²¹

Da letra deste artigo da CEDH podemos retirar uma regra, constante do n.º 1, de que todas as decisões jurisdicionais devem poder ser sujeitas a um reexame por parte de uma

²¹ A parte final deste artigo – “são regulados pela lei” – é alvo de diferentes interpretações. Por um lado, defende-se que esta parte final apela à possibilidade dos Estados restringirem, em certos casos, os graus de jurisdição a que um arguido pode aceder, por via do recurso. Por outro, e naquela que tem sido a visão defendida pelo CDH, a parte final deste artigo permite apenas aos Estados definirem as modalidades segundo as quais os tribunais superiores podem rever a sentença condenatória e a declaração de culpabilidade proferida em sede de recurso de decisão absolutória.

jurisdição superior²² e, seguidamente, uma exceção, constante do n.º 2 do mesmo artigo, que permite que, em alguns casos, a “*declaração de culpabilidade ou a condenação*” não sejam reexaminadas. De entre as situações excepcionais constantes do n.º 2, destaca-se precisamente o caso em que a decisão de condenação surge na sequência de um recurso contra a absolvição do arguido e, nesse sentido, inclui justamente as situações que cabem no artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP.

O artigo 2.º do Protocolo Adicional n.º 7 da CEDH consubstancia uma solução de consenso, que visa abarcar as visões dos diferentes sistemas processuais penais europeus, uns de cariz mais inquisitório, outros de pendor mais acusatório, permitindo alguma margem de conformação aos legisladores nacionais através da previsão das exceções mencionadas no n.º 2 do referido artigo, as quais se reconduzem a situações em que a CEDH considera que o direito ao duplo grau de jurisdição não se encontra violado²³.

Todavia, e sem descurar esta base conciliatória, consideramos que a CEDH estabelece o direito ao duplo grau de jurisdição como uma garantia de defesa do arguido, fixando “*o núcleo duro da garantia e não a sua formulação ótima ou a sua máxima amplitude*”.²⁴

²² Referindo-se a esta disposição de direito internacional, “*Where appeal procedures are available, states are required to ensure that natural and legal persons within their jurisdictions continue to enjoy the same fundamental guarantees under Art. 6 before the appellate courts as they do before the courts of first instance. Article 2 Seventh Protocol ECHR is also relevant in this regard. This provision guarantees, to both natural and legal persons, the right to review of a criminal conviction or sentence by a higher tribunal*”, KEMPEN, Piet Hein van, “*The Recognition of Legal Persons in International Human Rights Instruments: Protection Against, and Through, Criminal Justice?*”, in: *M. Pieth & R. Ivory (eds.), Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 9, New York/ Dordrecht/ Heidelberg/ London: Springer 2011, p. 355-389, disponível em [The Recognition of Legal Persons in International Human Rights Instruments: Protection Against and Through Criminal Justice? by Piet Hein van Kempen :: SSRN](#).

²³ “*A par dos sistemas acusatórios de matriz continental, que na linha da tradição inquisitória admitem amplas possibilidades de recurso, concebendo-o como momento normal do processo e garantia institucional de uma correta administração da justiça, existem sistemas adversariais ou de acusatório puro, que introduziram tardiamente os recursos e continuam a perspetivá-los como remédio jurídico contra erros de decisão ou de processo desfavoráveis à defesa, resistindo à tendência para atribuir simétrica faculdade à acusação. (...) É manifesto que a Convenção não quis sobrepor-se às ordens internas na regulamentação regras e tradições dos vários Estados-membros.*”, SILVA, Sandra Oliveira e, “*Direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal*”, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Volume III, Org. Paulo Pinto de Albuquerque. Universidade Católica Editora, pp. 2374 e 2375.

²⁴ SILVA, Sandra Oliveira e, “*Direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal*”, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Volume III, Org. Paulo Pinto de Albuquerque. Universidade Católica Editora, p. 2375. Considerando o previsto no artigo 2.º do Protocolo 7 da CEDH como uma garantia mínima, acrescenta a Autora que “*(...) o intérprete não pode, sob pena de inversão teleológica, usar a formulação textual do preceito como critério hermenêutico para estreitar o alcance do direito ao recurso que porventura as Constituições nacionais ou outros instrumentos internacionais de proteção de direitos assegurem.*”.

Com efeito, ainda que sejam admitidas restrições ao direito ao recurso, este não tem de ser necessariamente reconduzido à garantia de um duplo grau de jurisdição. Em suma, nada deve obstar a que os legisladores nacionais não possam atribuir uma maior amplitude a esse direito nos respetivos ordenamentos jurídicos.

2.2. O direito ao recurso do PIDCP

Adicionalmente, importa analisar, tendo em vista a sua comparação com o disposto na CEDH, o que resulta do PIDCP, aprovado para ratificação pela Lei n.º 29/78, de 12 de junho, mais concretamente, do seu artigo 14.º, n.º 5:

“Qualquer pessoa declarada culpada de crime terá o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade e a sentença, em conformidade com a lei.”

O CDH teve já oportunidade de se pronunciar quanto à aplicação do artigo 14.º, n.º 5, do PIDCP, concluindo que para que esta disposição de direito internacional seja respeitada é necessário garantir, por um lado, a possibilidade de recurso do tribunal que decide em 1.ª instância e, por outro, a possibilidade da decisão de condenação tomada por um tribunal superior, na sequência de uma decisão absolutória de 1.ª instância, ser reexaminada. Deste modo, o CDH considerou que o direito espanhol não respeitava o disposto no artigo 14.º, n.º 5, do PIDCP, por não permitir a sindicância da decisão condenatória de cariz inovador tomada em sede de recurso, aspeto que é comum ao ordenamento jurídico português que, como vimos, no artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP abria a possibilidade de uma condenação-surpresa ocorrer em sede de recurso para o tribunal da Relação, sem que o arguido condenado tivesse a possibilidade de recorrer para o STJ.²⁵

²⁵ Na sua versão original, escrita em língua inglesa, o CDH considerou que: *“Article 14, paragraph 5, of the Covenant stipulates that everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law. The Committee points out that that expression “according to law” is not intended to leave the very existence of a right of review to the discretion of the States parties. On the contrary, what must be understood by “according to law” is the modalities by which the review by a higher tribunal is to be carried out. Article 14, paragraph 5, not only guarantees that the judgement will be placed before a higher court, as happened in the author’s case, but also that the conviction will undergo a second review, which was not the case for the author. Although a person acquitted at first instance may be convicted on appeal by the higher court, this circumstance alone cannot impair the defendant’s right to review of his conviction and sentence by a higher court, in the absence of a reservation by the State party.”*, Gomariz Valera c. Espanha, Communication No. 1095/2002,

2.3. Conclusões preliminares

Comparando as duas disposições de direito internacional invocadas, podemos concluir que a CEDH não prescreve exatamente o mesmo que o PIDCP. Se por um lado, a CEDH parece impor apenas a necessidade de garantir ao arguido um duplo grau de jurisdição, excepcionando da obrigatoriedade de admissão do recurso nos casos em que a primeira condenação surge em segunda instância; por outro, o PIDCP, parece impor o recurso de uma decisão de condenação, mesmo nos casos em que o duplo grau de recurso tiver sido garantido.

São duas visões distintas, sendo a primeira menos exigente para os Estados que se encontram vinculados a estes diplomas de direito internacional do que a segunda²⁶.

Consideramos que, tendo o Estado português ratificado estes diplomas, sem lhes apresentar qualquer declaração de reserva, a interpretação conjugada dos dois instrumentos de direito internacional e a sua compatibilização com o texto da nossa Constituição, impõe que o direito ao recurso seja conformado na perspectiva mais ampla²⁷.

de 26 de setembro de 2007, parágrafo 7.1., disponível em file:///C:/Users/irene/Downloads/CCPR_C_84_D_1095_2002_Rev.1-EN.pdf.

²⁶ Não obstante, mesmo na solução resultante da CEDH, a jurisprudência do TEDH defendeu que, nos casos em que uma absolvição é substituída por uma condenação, para que o direito ao recurso possa ser restringido é necessário que se verifiquem duas garantias: “*First, where the same evidence that underlay an acquittal at first instance produces an unreviewable conviction on appeal, the person concerned and/or witnesses testifying at first instance must be reheard pursuant to the right to a public hearing under Article 6(1) ECHR. (...) Second, where an appellate court requalifies the legal or factual basis of an acquittal and proceeds to impose a conviction without offering the person concerned sufficient opportunity to defend himself or herself or to have further appellate recourse, a violation of the right to be informed of the charges ensues on the basis of Article 6(3)(a) ECHR.*”, conforme salientado por DJUKIC, Dražan, *The right to a fair appeal in international criminal law*, Doctoral Thesis, Tilburg University, 2017, p. 128, disponível em https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/19560105/Djukic_The_right_06_12_2017.pdf.

²⁷ Contrariamente ao Estado português, outros Estados apresentaram reservas relativamente à disposição legal constante do PIDCP, designadamente a Áustria, a Alemanha e a Bélgica. A Áustria indica que “[P]aragraph 5 [of Article 14 ICCPR] is not in conflict with legal regulations which stipulate that after an acquittal or a lighter sentence passed by a court of the first instance, a higher tribunal may pronounce conviction or a heavier sentence for the same offence, while they exclude the convicted person’s right to have such conviction or heavier sentence reviewed by a still higher tribunal”; a Alemanha refere que “A further appeal does not have to be instituted in all cases solely on the grounds the accused person having been acquitted by the lower court was convicted for the first time in the proceedings concerned by the appellate court (...)”; a Bélgica menciona que “Paragraph 5 of ... article [14 ICCPR] shall not apply to persons who, under Belgian law, are convicted and sentenced at second instance following an appeal against their acquittal of first instance”, conforme referido por DJUKIC, Dražan, *The right to a fair appeal in international criminal law*, Doctoral Thesis, Tilburg University, 2017, p. 90, nota de rodapé n.º 717, disponível em https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/19560105/Djukic_The_right_06_12_2017.pdf.

Isto é, somos da opinião de que o direito ao recurso de uma decisão condenatória deve estar sempre assegurado²⁸, independentemente da gravidade da pena aplicada e dos graus de jurisdição que tiverem de ser assegurados para que tal aconteça.²⁹

Neste sentido, veja-se SANDRA OLIVEIRA E SILVA:

“Pode suprimir-se o recurso nas hipóteses em que o arguido seja julgado por um tribunal supremo ou condenado em recurso depois de absolvido em primeira instância, como autoriza a Convenção? Ou essas possibilidades estarão afinal proscritas se os Estados se tiverem vinculado ao Pacto sem formularem declarações de reserva a este propósito? As dúvidas enunciadas não podem senão ser resolvidas pro libertate, quer dizer, no sentido mais favorável a uma proteção alargada do direito ao recurso. Por um lado, a circunstâncias das «observações» e os «comentários gerais» do CDH não terem carácter vinculativo não dispensa dos Estados de adotarem as medidas legislativas ou outras necessárias a tornar efetivos os direitos reconhecidos no Pacto “cfr. artigo 2.º, n.º 2, do PIDCP”. As indicações dadas pelo CDH não deixam, portanto, de constituir um importantíssimo auxiliar hermenêutico na leituras das normas internas – quer as normas constitucionais em que se precipita o direito ao recurso, quer as editadas pelo legislador ordinário que lhe opõem limites ou condicionamentos.”

A alusão feita pela autora ao princípio da interpretação da lei no sentido mais favorável ao arguido não deixa de nos ressoar positivamente. De facto, existindo dúvidas entre duas interpretações distintas do artigo 32.º, n.º 1, da CRP, quando analisado à luz das disposições de direito internacional mencionadas, e estando esta norma inserida num artigo dedicado às garantias de defesa do arguido, consideramos que a interpretação preponderante deve ser, efetivamente, a que se revela mais favorável ao arguido: ou seja,

²⁸ Neste sentido, e com uma análise exaustiva das comunicações do CHE, veja-se a posição defendida por Drazen Djukic: *“In this regard, it has been emphasised that the right to appeal has been afforded to convicted persons. Thus, where a person has been acquitted, the right to appeal remains dormant. Its protection is only activated once the person concerned has been actually declared guilty, regardless of the judicial instance first imposing a conviction”*, DJUKIC, Drazen, *The right to a fair appeal in international criminal law*, Doctoral Thesis, Tilburg University, 2017, p. 128, disponível em https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/19560105/Djukic_The_right_06_12_2017.pdf.

²⁹ SILVA, Sandra Oliveira e, “Direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal”, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Volume III, Org. Paulo Pinto de Albuquerque. Universidade Católica Editora, p. 2383.

a de garantir o recurso de uma decisão condenatória de caráter inovador, mesmo quando proferida pela Relação, em sede de recurso de uma decisão absolutória.

CAPÍTULO III

As garantias de defesa do arguido em sede de recurso: o pano de fundo do direito ao recurso

3.1. A relação existente entre os graus de recurso e as demais garantias de defesa conferidas ao arguido nesta fase processual

Como refere SANDRA OLIVEIRA E SILVA:

*“O problema da inconstitucionalidade do artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP, por violação do direito ao recurso (cfr. artigo 32.º, n.º 1, in fine, da CRP), entrecruza-se com outro, que constitui o seu ambiente e é apenas indiretamente aflorado nos acórdãos do TC (...): o da fragilização da posição do arguido na atual configuração dos recursos em moldes não compatíveis com o princípio do asseguramento de «todas as garantias de defesa».”.*³⁰

Neste contexto, torna-se particularmente relevante, até do ponto de vista da jurisprudência do TEDH, garantir que são asseguradas ao arguido as garantias de defesa em sede de recurso, sendo este o foco principal da CEDH e também da jurisprudência internacional, que avalia a conformidade da legislação nacional em face do referido diploma. Para aferirmos se os graus de jurisdição conferidos pelo legislador ordinário, no artigo 400.º, n.º 1, do CPP são compatíveis, não só com a CRP, mas também com os diplomas internacionais aos quais o Estado português se encontra vinculado, é necessário assegurar um conjunto de direitos de defesa ao arguido que tornem mais garantístico o “ambiente” em que a fase processual do recurso se processa.

Em síntese, consideramos que quanto mais garantístico for este ambiente, menos prejudicial será para o arguido qualquer restrição quanto aos graus de recurso a que tem acesso. Simultaneamente, existirá um menor risco do seu direito ao recurso se encontrar desproporcionalmente comprimido em face do constitucionalmente consagrado e exigido.

³⁰ SILVA, Sandra Oliveira e, “Direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal”, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Volume III, Org. Paulo Pinto de Albuquerque. Universidade Católica Editora, p. 2388, nota 87.

Neste sentido, SANDRA OLIVEIRA E SILVA destaca a importância da audiência de julgamento do tribunal *ad quem* ser realizada na presença do arguido, bem como a relevância do contraditório, sobretudo nos casos em que a decisão absolutória seja substituída por decisão de cariz condenatório:

*“A observância das garantias e dos princípios típicos da audiência assume particular acuidade sempre que o tribunal de recurso entenda reverter uma decisão absolutória da primeira instância em virtude de uma divergência em matéria factual. Nestas hipóteses, importa assegurar ao arguido a possibilidade de estar presente em audiência e de influenciar o sentido da decisão a proferir – apresentando novas provas e exercendo o contraditório contra aquelas de que pretende servir-se o tribunal para estabelecer de forma diferente a base factual.”*³¹

No mesmo sentido se manifesta a jurisprudência do TEDH que, em diversas decisões mencionou a importância de assegurar a posição processual do arguido e um processo justo e equitativo, em especial quando exista a possibilidade de reversão de uma decisão absolutória em sede de recurso³².

³¹ SILVA, Sandra Oliveira e, “Direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal”, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Volume III, Org. Paulo Pinto de Albuquerque. Universidade Católica Editora, p. 2388.

³² A título exemplificativo: “*The Court accordingly found that the Bucharest District Court had ruled on the merits of a criminal accusation against the applicant and found him guilty of defamation without affording him an opportunity to give evidence and defend his case. It considered that the applicant should have been heard by the Bucharest District Court, especially as it was the first court to convict him in proceedings aimed at establishing whether he was guilty of a criminal offence. As that requirement had not been satisfied, the Court held that there had been a violation of Article 6 § 1.*”, cf. decisão do TEDH no processo *Constantinescu v. Romania* – n.º 28871/95, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22002-7066%22%5D%7D>, que prevê a necessidade do tribunal de recurso avaliar diretamente as provas apresentadas pelo arguido para poder, em conformidade com a CEDH, reverter a decisão absolutória proferida em 1.ª instância. De igual forma, a decisão do TEDH no processo *Destrehem c. França* – n.º 56651/00, disponível em https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/CLIN_2004_05_64_ENG_863565, pp. 19 e 20, segundo a qual: “*The court of appeal had ruled essentially on the basis of evidence given at first instance. This evidence was included in the record of the hearing and it was on that basis alone that the court of appeal had examined the statements by the defence witnesses. Accordingly, the court of appeal had grounded the applicant’s conviction on a fresh interpretation of the evidence given by witnesses it had not itself examined. The applicant had thus been found guilty on the basis of testimony which the court of first instance had found sufficiently unconvincing to justify an acquittal. In those circumstances, the fact that the court of appeal had refused to hear witnesses whose re-examination had been requested by the applicant before finding him guilty had considerably restricted his defence rights. Such a restriction on the rights of the defence had rendered the proceedings unfair.*”. No mesmo sentido, veja-se ainda a decisão do TEDH no processo *Dondarini c. Saint-Marin* – n.º 50545/99, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-69970%22%5D%7D> e a decisão do TEDH no processo *Hermi c. Itália* – n.º 18114/02, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/ENG#%7B%22itemid%22:%5B%22002-3109%22%5D%7D>.

Analisando, todavia, as disposições internas de direito processual penal, no que respeita ao recurso de apelação, chegamos à conclusão de que as exigências de oralidade da audiência e de possibilidade de apresentação de provas pelo arguido, em sede de recurso, tal como convocadas pelo TEDH e pelos diplomas de direito internacional aos quais o Estado português se encontra vinculado, não se encontram totalmente garantidas, parecendo ser suficiente para o legislador que as garantias de defesa do arguido se bastem com a possibilidade de apresentar contra-alegações de recurso, garantindo-se, assim, um processo justo equitativo.³³

Atenta a redação da legislação processual penal portuguesa em 2013, alguma doutrina portuguesa considerava que a não admissibilidade do recurso de uma decisão de condenação proferida pelo tribunal da Relação, em sede de recurso, que implicasse uma reversão da decisão absolutória proferida pela 1.ª instância, apenas poderia ser aceite se o julgamento pelo tribunal da Relação garantisse a oralidade, a imediação e o contraditório, respeitando-se os princípios e garantias previstos no artigo 6.º da CEDH³⁴.

³³ Não obstante, alguma doutrina manifesta a sua perplexidade neste ponto: “*Como valorar, então, as normas processuais revistas que admitem que ao arguido, absolvido em primeira instância pelo “juiz natural” da causa – p. ex. um tribunal coletivo ou de júri – possa ser condenado pelo tribunal de hierarquia superior, numa decisão temporalmente mais distanciada dos factos – e em alguns casos tomada por menos juizes do que os que decidiram o caso na primeira instância -, num recurso onde não é assegurada a oralidade ou a imediação, nem tão-pouco o contacto direto e pessoal com o arguido e em que a prova é apreciada por intermédio de gravações (se não mesmo de transcrições)? Não haverá aqui violação irremissível do princípio do “juiz natural ou legal” e da garantia do “processo equitativo”?* E, em concreto, como dissolver a (eventual)insolvabilidade constitucional da solução normativa que, autorizando nestes termos a revogação da absolvição decidida em primeira instância, torna depois inadmissível a impugnação da decisão condenatória em pena não privativa da liberdade ou pena de prisão não superior a cinco anos proferida em recurso (art. 400.º, n.º 1, al. e))?”, SILVA, Sandra Oliveira e, “As alterações em matéria de recurso, em especial a restrição de acesso à jurisdição do supremo tribunal de justiça – garantias de defesa em perigo?”, in *As Alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma Reforma «Cirúrgica»?*, Org. André Lamas Leite. Coimbra Editora, 2013, pp. 282 e 283.

³⁴ Neste sentido, veja-se a solução defendida por Joaquim Ferreira Gomes, atual inspetor judicial do Conselho Superior de Magistratura e ex Juiz Desembargador do tribunal da Relação do Porto, “*E isto porque assegurar todas as garantias de defesa significa conferir ao acusado todos os direitos e instrumentos processuais que lhe sejam imprescindíveis e ajustados para fazer valer as suas posições, contrariando os indícios acusatórios, os juízos iniciais de julgamento que contra si foram formulados ou, caso estes tenham sido absolutórios, as motivações de recurso que surgem no sentido da sua condenação. Isto passa por conferir ao acusado um estatuto de sujeito processual com plenos e adequados direitos de intervenção processual, que minimize a desigualdade de armas entre si e a acusação pública, que se apoia nos mecanismos estaduais de perseguição e investigação processual.*”, GOMES, Joaquim Ferreira, “As sentenças absolutórias, o recurso e o provimento condenatório na Relação – um itinerário com alguns equívocos”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 122, Ano 31, Mar-Jun 2010, p. 216. Sandra Oliveira e Silva concorda parcialmente com a solução proposta, considerando “*imprescindível pelo menos que o relator pudesse provocar a realização da audiência no caso de ser detetado erro suscetível de converter uma pronúncia absolutória em condenação – sem a qual não seria possível a alteração radical do sentido da decisão -, notificando-se o arguido para estar presente e habilitando-o a indicar outras provas e ou argumentos que pudessem contrariar uma eventual decisão condenatória. Em suma, o modelo teórico adequado para a reapreciação em recurso de uma decisão absolutória coincidiria com o da renovação da prova em audiência pública (nos termos já previstos no artigo 430.º)*”, SILVA, Sandra

JOAQUIM FERREIRA GOMES considerava, inclusive, que a integração destes princípios e garantias, constantes do artigo 6.º da CEDH, na fase recursiva, de forma a assegurar um processo justo e equitativo, consubstanciava a solução para a falta de consenso entre a redação do artigo 14.º, n.º 5, do PIDCP e o artigo 2.º do Protocolo Adicional n.º 7 da CEDH, que tinham, no seu entender, soluções antagónicas no que respeita ao direito ao recurso de uma decisão condenatória proferida pela Relação, pela primeira vez, em sede de recurso de uma decisão absolutória de 1.ª instância³⁵

O autor referia esta solução como forma de evitar duas outras interpretações que, no seu entender, acarretariam desequilíbrio no ordenamento jurídico português e, em particular, no sistema de recursos em processo penal. Deste modo, o autor considerava que uma interpretação isolada do artigo 14.º, n.º 5, do PIDCP exigiria que todas as decisões condenatórias proferidas em sede de recurso, que revertissem uma decisão absolutória de 1.ª instância, fossem passíveis de recurso para um tribunal de hierarquia superior, o qual funcionaria como uma terceira instância, independentemente da espécie de pena aplicada e da medida concreta definida pelo tribunal que proferisse a decisão condenatória. O autor rejeitava esta solução por considerar que a mesma não era exequível, uma vez que nem sempre existiria um terceiro grau de recurso ou o tribunal a quem estivesse conferido esse grau de jurisdição não estaria legalmente habilitado a conhecer de matéria de facto³⁶.

A outra solução relatada pelo autor, com a qual também não concordava, implicava impedir que qualquer decisão absolutória proferida em 1.ª instância pudesse ser recorrível. Esta interpretação era por si recusada, atendendo ao princípio da igualdade das partes, uma vez que ao arguido seria admitida a possibilidade de recorrer de uma decisão

Oliveira e, “As alterações em matéria de recurso, em especial a restrição de acesso à jurisdição do supremo tribunal de justiça – garantias de defesa em perigo?”, in *As Alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma Reforma «Cirúrgica»?*, Org. André Lamas Leite. Coimbra Editora, 2013, p. 288. A autora aponta para uma interpretação extensiva das normas que legitimam a renovação da prova, mais concretamente os artigos 410.º, n.º 2, 419.º, 3, alínea c) e 430.º do CPP.

³⁵ “(...) a exigência de um processo equitativo tem igualmente consequências na disciplina e nos modelos de recurso e será através da mesma que podemos encontrar uma resposta à dissidência assinalada entre o art. 14.º, n.º 5, do PIDCP e o art. 2.º do Protocolo Adicional n.º 7 da CEDH.”, GOMES, Joaquim Ferreira, “As sentenças absolutórias, o recurso e o provimento condenatório na Relação – um itinerário com alguns equívocos”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 122, Ano 31, Mar-Jun 2010, p. 215.

³⁶ A mesma opinião é defendida por Sandra Oliveira e Silva que considera que a mesma acarretaria um alargamento “porventura, indesejável, dos casos penais que acedem à jurisdição do Supremo Tribunal de Justiça (sem a garantia de que se trate de um caso com o suficiente “merecimento penal”).”, SILVA, Sandra Oliveira e, “As alterações em matéria de recurso, em especial a restrição de acesso à jurisdição do supremo tribunal de justiça – garantias de defesa em perigo?”, in *As Alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma Reforma «Cirúrgica»?*, Org. André Lamas Leite. Coimbra Editora, 2013, p. 284.

condenatória, proferida pelo tribunal de 1.^a instância, e à acusação seria negada essa possibilidade perante uma absolvição³⁷.

3.2. Conclusões preliminares

Discordamos da conclusão a que chega SANDRA OLIVEIRA E SILVA, quando conclui que a solução por si defendida é a “*única solução que coloca o Estado português a salvo da censura das instâncias internacionais a que se encontra vinculado. E a que se mostra mais conforme à compreensão do recurso como um “remédio jurídico” contra concretos, identificáveis e insanáveis errores in iudicando (...) e não como um mecanismo normal de aperfeiçoamento ou de substituição de decisões deficientes (...)*.”

Converter o Tribunal da Relação num tribunal de revista, direta ou indiretamente, ainda que de revista alargada (uma vez que se permitiria o conhecimento da matéria de facto, nos casos previstos no artigo 410.º, n.º 2, do CPP) seria impedir ou, pelo menos, restringir um dos mais relevantes papéis do recurso – o de possibilitar o controlo pelas partes de uma decisão que lhes seja desfavorável, por parte de um tribunal de hierarquia superior, permitindo a correção de eventuais erros ou a confirmação do sentido decisório, contribuindo para uma maior segurança jurídica e uniformização da jurisprudência portuguesa. Este seria, a nosso ver, o resultado da restrição do número de recursos de decisões absolutórias proferidas em 1.^a instância. Aliás, na tentativa de solucionar as críticas que se levantavam face ao artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, acabaria por se restringir à acusação o direito ao recurso (que ainda que possa não ser configurado como

³⁷ Esta solução é, no entanto, propugnada por Sandra Oliveira e Silva que refere que a mesma tem semelhança com a *Double Jeopardy Clause*, que “*corresponde a uma regra de common law que encontrou consagração positiva na V Emenda da Constituição norte-americana*”, SILVA, Sandra Oliveira e, “As alterações em matéria de recurso, em especial a restrição de acesso à jurisdição do supremo tribunal de justiça – garantias de defesa em perigo?”, in *As Alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma Reforma «Cirúrgica»?*, Org. André Lamas Leite. Coimbra Editora, 2013, pp. 289 e 290. A autora defende que a solução apontada podia ser, indiretamente, introduzida em Portugal, limitando-se a possibilidade de recorrer de uma decisão absolutória apenas quanto a questões de direito e questões muito circunscritas quanto à matéria de facto, conferindo aos Tribunais da Relação poderes típicos da “revista alargada”, prevista no artigo 410.º, n.º 2 do CPP. “*A proposta agora ensaiada, conjugando a restrição (indireta) da admissibilidade de recurso de decisões absolutórias com o asseguramento de todas as garantias de um fair trial no julgamento desses recursos, é a única que permite assegurar o máximo respeito pelo princípio do “juiz natural” e pelas garantias de defesa do arguido (incluindo o recurso), sem incorrer numa indesejada multiplicação das impugnações versando sobre o mesmo objeto, nem prostergar o núcleo essencial da garantia de reapreciação judicial de decisões absolutórias (...)*”, SILVA, Sandra Oliveira e, “As alterações em matéria de recurso, em especial a restrição de acesso à jurisdição do supremo tribunal de justiça – garantias de defesa em perigo?”, in *As Alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma Reforma «Cirúrgica»?*, Org. André Lamas Leite. Coimbra Editora, 2013, p. 292.

uma garantia processual com o peso que é atribuído às garantias de defesa do arguido, não deixa de assegurar uma igualdade das partes perante uma decisão que lhes é desfavorável). A nosso ver, seria promover uma desigualdade de armas, em desfavor da acusação, o que também não é indício de um sistema processual penal saudável e democrático.

Sem prejuízo do *supra* exposto, concordamos com os autores que defendem a necessidade de assegurar os princípios da imediação e da oralidade nos julgamentos de recurso, em especial nos casos em que a decisão do tribunal da Relação pode gerar uma reversão da decisão absolutória do tribunal de 1.ª instância³⁸. O artigo 430.º do CPP, ao prever a possibilidade de renovação da prova parece assegurar estas garantias proclamadas pelo artigo 6.º da CEDH. Não obstante, na prática, a renovação da prova é uma solução pouco utilizada pelos tribunais portugueses, estando circunscrita, na posição sustentada em inúmeros acórdãos, às situações previstas no artigo 410.º, n.º 2 do CPP, o que acarreta fragilidades práticas à solução apontada.

³⁸ O CDH teve já oportunidade de defender que, perante uma condenação mais gravosa para o arguido, em sede de recurso, o tribunal hierarquicamente superior deve poder analisar toda a prova produzida na instância inferior, podendo, inclusive, justificar-se a realização de diligências orais (como a nova audição das testemunhas apresentadas), e não apenas o contacto com a prova escrita ou com os registos escritos das provas anteriormente produzidas. Neste sentido, “*The Committee considers that, as the Supreme Court in the present case, according to national law, had to examine the case as to the facts and the law, and in particular had to make a full assessment of the question of the author’s guilt or innocence, it should have used its power to conduct hearings, as provided under national law, to ensure that the proceedings complied with the requirements of a fair trial as laid down in article 14, paragraph 1.*”, *Larrañaga v. the Philippines*, Communication No. 1421/2005, de 24 de julho de 2006, at 7.8, disponível em <https://juris.ohchr.org/casedetails/1294/en-US> .

CAPÍTULO IV

O artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP e o recurso do arguido que seja pessoa coletiva

4.1. A (in)adequação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP na redação conferida pela Lei n.º 20/2013

A questão analisada nos capítulos anteriores tem renovada importância se considerarmos que, por força da natureza jurídica das pessoas coletivas ou equiparadas, será sempre aplicada, em caso de condenação, uma pena não privativa da liberdade.

De facto, assistiu-se a um desenvolvimento doutrinário do direito penal material das pessoas coletivas, em particular com as alterações legislativas operadas em 2007, muitas vezes desacompanhado do desenvolvimento do correspondente, e necessário, direito penal processual³⁹. Este desfasamento implicou uma aceitação da suscetibilidade de imputação de certos tipos de crime a pessoas coletivas, sem o correspondente reflexo e adaptação processuais, necessários à responsabilização das pessoas coletivas, de modo autónomo, face aos sujeitos individuais que integram a suas estruturas orgânicas e administrativas⁴⁰.

³⁹ Neste sentido, MEIRELES, Mário Pedro, “A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao Código Penal ditada pela Lei 59/2007, de 4 de setembro: algumas notas”. *JULGAR*, n.º 5, 2008, p. 133: “As perguntas que colocaremos têm como pano de fundo uma constatação, que não deixa de ser, pensamos nós, surpreendente: o legislador, em simultâneo, publicou alterações de muito relevo ao Código Penal (com a inovação absoluta da consagração da responsabilidade penal das pessoas colectivas), sem que tivesse cuidado de acompanhar tão importante inovação com as consequentes alterações ao Código de Processo Penal, diploma este que até veio a ser alterado quase em simultâneo, pela Lei 48/2007, de 29 de Agosto.”.

⁴⁰ Esta foi uma problemática apontada pela doutrina portuguesa, mas também pela doutrina de outras jurisdições. A título exemplificativo, também a doutrina espanhola considerou que o direito penal material evoluiu de forma mais célere que o direito processual penal, no que respeita à responsabilização criminal das pessoas coletivas e aos necessários reflexos processuais dessa responsabilização. “*Es una ingenuidad creer que basta con insertar un grupo de preceptos —arts. 31 bis (LA LEY 3996/1995), 33.7 (LA LEY 3996/1995), 66 bis (LA LEY 3996/1995) y 129 CP (LA LEY 3996/1995)— que contiene la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal edificado sobre pilares de 1995, que ha de aplicarse a través de un sistema procesal que solo piensa en personas físicas imputadas. Por tanto, ausencia de una paralela reforma procesal, ya que dotar a la persona jurídica del status de parte pasiva penal en el proceso penal reclama previsiones específicas. (...) Todo ello implica la necesidad de admitir el derecho a la tutela judicial efectiva y lo que conlleva. El reconocimiento del derecho al proceso debido, mediante la participación en el proceso. Derecho a ser informado de la acusación y del auto de apertura del juicio oral. Independientemente de la personación con abogado y procurador en la fase de instrucción; posibilidad de recurrir la sentencia y fianza para garantizar las responsabilidades pecuniarias que puedan imponerle en la sentencia, así como módulos de fijación de la multa.*”, GUEVARA, Juan Burgos Ladrón

A aplicação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP na redação conferida pela alteração legislativa de 2013, é um exemplo deste desfasamento processual, do qual resultava a consequência de que sempre que o tribunal da Relação condenasse um arguido com essa natureza jurídica, na sequência de uma decisão absolutória proferida em 1.ª instância, a decisão nunca seria suscetível de recurso.⁴¹

4.2. O acórdão do TC n.º 128/2018: a escassa gravidade da pena de multa como justificação para a não inconstitucionalidade do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP

Neste contexto, importa analisar também o acórdão do TC n.º 128/2018, que se pronunciou precisamente sobre a aplicação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP a uma pessoa coletiva, apreciando a constitucionalidade do referido preceito quando aplicado a arguidos com essa natureza jurídica. Nos autos em apreço, a arguida fora absolvida pela 1.ª instância e, em sede de recurso, condenada pelo tribunal da Relação de Lisboa a uma pena de multa de 150 dias, a uma taxa diária de €100,00 (cem euros)/dia. Na sequência da condenação, a arguida interpôs recurso para o STJ, o qual não foi admitido, tendo em consideração o disposto no artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP. A arguida reclamou ainda da decisão de não admissão do recurso para o STJ, tendo a reclamação sido indeferida.⁴²

de, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos procesales”, in *Diário La Ley*, n.º 7025, Sección Doctrina, 9 de mayo de 2011, Año XXXII, Ref. D-199, disponível em https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAkNTCwNjY7Wy1KLizPw827DM9NS8klQAGfEW1iAAAAA=WKE#nDT0000158033_NOTA7.

⁴¹ Relativamente ao enquadramento da pessoa coletiva ou de natureza equiparada em sede processual penal, incluindo, e em particular, em sede de recursos: “*Em matéria de responsabilidade penal de pessoas coletivas, e ressalvados os casos que lhe sejam cometidos em recurso de uniformização de jurisprudência, o STJ acaba assim por perder a sua função de rastreio na interpretação e criação de correntes jurisprudenciais, sendo certo que estamos perante um segmento da responsabilidade criminal que, pela sua relativa novidade e especial porosidade dogmática, seria merecedor de uma atenção mais demorada dos tribunais superiores.*”, SILVA, Sandra Oliveira e, “As alterações em matéria de recurso, em especial a restrição de acesso à jurisdição do supremo tribunal de justiça – garantias de defesa em perigo?”, in *As Alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma Reforma «Cirúrgica»?*, Org. André Lamas Leite. Coimbra Editora, 2013, p. 274, nota 29.

⁴² Em sede de reclamação da decisão de não admissão do recurso, a arguida apresentou o seu entendimento, afirmando que “[a]l. e), do n.º 1, do artigo 400.º, do CPP, quando interpretada no sentido de que uma pessoa coletiva, absolvida em 1.ª Instância, e condenada em recurso, pelas relações, a uma pena não privativa de liberdade, não pode recorrer para o STJ, é inconstitucional, pois sabemos que a pessoa coletiva nunca pode ser sujeita a uma pena privativa de liberdade, o mesmo é dizer que a pessoa coletiva nunca tem direito a recorrer para o STJ, mesmo nos casos em que é confrontada com uma nova decisão, com uma decisão surpresa, para a qual não pode exercer o duplo grau de jurisdição.”.

A intervenção do TC ocorre na sequência do indeferimento da reclamação, segundo a qual:

“(...) O direito ao recurso não é absoluto, sobretudo nos casos em que a questão já foi apreciada em duas instâncias.

E cada vez mais se acentua a tendência para considerar o Supremo Tribunal de Justiça com vocação de Juízo de revista tendo como escopo primeiro uniformizar jurisprudência.

Por outro lado, o direito ao recurso, garantido como direito de defesa no artigo 32.º, n.º 1, da Constituição, basta-se com um grau de recurso, ou segundo grau de jurisdição, já concretizado aquando do julgamento pela Relação, independentemente desta manter ou alterar o decidido na 1ª instância tendo em conta que perante a Relação a arguida teve a possibilidade de expor a sua defesa; a admitir-se o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, estar-se-ia a garantir um triplo grau de jurisdição, o que a Constituição não impõe.”

O TC começou por esclarecer que apenas iria analisar o artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP na parte em impede o recurso de uma decisão condenatória, proferida em sede de recurso, e na sequência de uma decisão absolutória de 1.ª instância, que condene a arguida em pena de multa, uma vez que fora essa a pena aplicada pela decisão recorrida. Com efeito, as demais penas que podiam, em abstrato, aplicar-se a pessoas coletivas ou equiparadas, não foram incluídas na *ratio decidendi* da decisão recorrida.

Seguidamente, o TC afastou a aplicação do critério mencionado no acórdão do TC n.º 429/2016, já analisado, sustentando que nesse processo estava em causa a aplicação de uma pena privativa da liberdade (ainda que inferior a 5 anos), razão pela qual o conteúdo essencial do direito fundamental do arguido se encontraria restringido de forma desproporcional por força da inadmissibilidade de recurso para o STJ, uma vez que ao arguido não era atribuída a possibilidade de recorrer de uma decisão condenatória inovadora que o privava da liberdade.⁴³

⁴³ Neste contexto, o TC afirma que: “[n]o presente processo, como já se referiu, a norma *sub judice* é distinta da que era objeto de fiscalização no Acórdão n.º 429/2016. Está em causa o direito ao recurso de uma condenação em pena não privativa da liberdade, mais concretamente, em pena de multa proferida por um tribunal de 2.ª instância em reversão de um juízo de absolvição resultante do julgamento de 1.ª instância. Não está em causa a aplicação pela Relação de qualquer pena privativa da liberdade, o que, de resto, nem seria possível, dada a natureza de pessoa coletiva da arguida.”.

Entendeu o TC que para que o artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP se considerasse conforme à CRP, teria de respeitar o princípio da proporcionalidade, constitucionalmente consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da CRP. Tal implicaria que os graus de recurso admitidos pelo legislador ordinário se fundamentassem em valores relevantes e dignos de proteção constitucional e não representassem limites arbitrários ou desproporcionais ao direito ao recurso, que atingissem o núcleo essencial desse direito, enquanto garantia de defesa do arguido. Para o efeito, o TC procurou aplicar os testes de controlo – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – de forma a aferir da (não) inconstitucionalidade do preceito em análise.

Neste contexto, o TC considerou que a restrição do acesso ao STJ era adequada e necessária para garantir a eficácia e a celeridade da justiça processual penal, passando, posteriormente, à análise do terceiro parâmetro da proporcionalidade, tendo considerado que era necessário distinguir entre a decisão da matéria de facto e a decisão da matéria de direito, uma vez que a restrição do direito ao recurso carecia de uma análise diferenciada destas duas componentes da decisão recorrida.⁴⁴

No que respeita à matéria de facto, o TC considerou que a substituição do resultado decisório absolutório por uma decisão de cariz condenatório implicava, necessariamente, a consideração de factos provados pelo tribunal da Relação que tinham sido considerados como não provados pelo tribunal de 1.ª instância, consubstanciando uma “*reversão atinente ao acervo factual*”, o que implicava uma fundamentação inovadora a efetuar pelo tribunal da Relação. No entanto, no entender do TC, e relativamente à decisão em matéria de facto, o arguido via o seu direito de defesa assegurado, mediante a possibilidade de contra-alegar em sede de recurso da decisão absolutória, invocando os fundamentos que considerava pertinentes para sustentar, em termos fácticos, a confirmação da decisão absolutória.⁴⁵

⁴⁴ O TC sustentou esta análise bipartida do seguinte modo: “[d]esde logo porque no sistema de recursos instituído pelo legislador para o processo penal o Supremo Tribunal de Justiça surge como um tribunal cuja função em regra se limita ao conhecimento ou reexame de direito (artigo 434.º do CPP), sendo um tribunal de revista que aplica o direito a partir dos factos definidos na instância recorrida.”.

⁴⁵ Neste sentido, justifica o TC: “(...) visto que o arguido continua a poder contribuir ativamente para a formação da decisão na parte respeitante aos factos provados através da faculdade de, nas contra-alegações que produzir em resposta ao recurso apresentado pelo assistente ou pelo Ministério Público, apresentar argumentos atinentes ao valor das provas produzidas e a convicção que elas lhe merecem de acordo com a sua apreciação da prova compilada nos autos. A via de defesa assim assegurada confina a faculdade do arguido influir no juízo decisório a uma intervenção *ex ante*, vedando a impugnação do resultado de tal juízo depois de produzido e conhecido.”.

Deste modo, e em síntese, o TC considerou que não existia limitação desproporcional do direito de defesa do arguido, na medida em que, em sede de contra-alegações, este podia refutar a matéria de facto considerada provada ou não provada e apresentar elementos probatórios, contribuindo ativamente e previamente para a decisão a tomar pelo tribunal da Relação.

Quanto à decisão em matéria de direito, que implicava o enquadramento jurídico-normativo da factualidade fixada, a escolha da pena a aplicar ao arguido e a determinação da medida dessa pena, o TC considerou que o arguido podia ainda contribuir ativamente para a decisão respeitante à qualificação jurídica, podendo apresentar, em sede de contra-alegações, os argumentos de direito que obstavam, no seu entender, a determinada qualificação jurídica.

Adicionalmente, sendo a decisão do tribunal da Relação a primeira decisão condenatória com que o arguido seria confrontando, era também a primeira decisão em que o arguido tomava conhecimento das consequências jurídicas do crime que lhe era imputado, ou seja, da pena e medida concreta que lhe era aplicada. Assim, e quanto à espécie de pena aplicada, o TC conclui o seguinte:

“Desde logo, ao nível da possibilidade de influenciar a escolha da pena não é possível identificar qualquer efeito restritivo na defesa da arguida. Na verdade, tendo a sanção sido concretizada numa pena de multa, não se vislumbra interesse da arguida em contestar a escolha da espécie da sanção aplicada – pois a pena de multa é a mais favorável das penas principais aplicáveis a pessoas coletivas. A norma em apreciação não implica, assim, a exclusão da faculdade de reagir contra uma escolha desfavorável da espécie de pena principal a aplicar.”

Da transcrição supra, resulta a conclusão de que, na interpretação expressa neste acórdão do TC, sendo a pena de multa a pena menos gravosa que pode ser aplicada às pessoas coletivas ou de natureza equiparada, tendo em consideração as penas principais previstas no artigo 90.º-A, n.º 1, do CP – pena de multa e pena de dissolução - não há uma restrição do direito de defesa da arguida, porque não há outra pena que a arguida pudesse preferir.⁴⁶

⁴⁶ Ainda que a autora não se tenha pronunciado concretamente a respeito desta decisão do TC, encontramos a seguinte reflexão quanto à inadmissibilidade do recurso da decisão da Relação que aplique pena de multa, pela primeira vez, em sede de recurso de uma decisão absolutória de 1.ª instância: *“a pena de multa tem a natureza de sanção criminal e, enquanto tal, consubstancia uma das restrições de direitos fundamentais*

Com efeito, o TC concluiu que a única vertente que a arguida poderia influenciar se lhe fosse admitido o acesso ao STJ seria a determinação da medida concreta da pena de multa, ou seja, o número de dias (e a conseqüente possibilidade de aplicação de uma pena de substituição) e o valor diário da multa. E quanto a este aspeto, o TC concluiu que a inadmissibilidade do recurso perante o STJ para efeitos de escrutínio da determinação da medida concreta da pena (número de dias e valor diário da multa), consubstancia uma restrição do direito ao recurso que se manifesta como adequada, necessária e proporcional em face dos fins prosseguidos pela norma, sendo por isso uma solução constitucionalmente admissível.^{47 48}

4.3. Outros casos relevantes quando estejam em causa pessoas coletivas arguidas: o silêncio do legislador e do TC

Não obstante a conclusão retirada pelo TC, e tendo em consideração o carácter circunscrito da sua pronúncia, consideramos que há ainda outras situações que, a nosso

*mais gravosas previstas no ordenamento jurídico, afigurando-se discutível que se possa ou não proteger o direito ao recurso de uma condenação (com o seu efeito inerentemente estigmatizante), à luz do n.º 1 do artigo 32.º e do conjunto da arquitetura constitucional penal, em função do tipo de pena aplicada”, MORÃO, Helena, “Whenever yet was your appeal denied? – Sobre o direito do arguido ao recurso de decisões de recurso, in *Revista do Ministério Público*, n.º 158, abril-junho 2019, p. 45. Apesar desta reflexão não surgir especificamente a respeito de processos em que são arguidos pessoas coletivas ou de natureza equiparada, a verdade é que é possível retirar a lógica que lhe está inerente e aplicá-la aos casos em que a pena de multa é aplicada à pessoa coletiva ou de natureza equiparada. De facto, é a pena principal de menor gravidade a que um arguido com essa natureza jurídica pode ser condenado. Não obstante, a sua aplicação tem igualmente carácter sancionatório e “estigmatizante” - atentos os fins da pessoa coletiva ou de natureza equiparada em questão, esta pode ser socialmente criticada e censurada.*

⁴⁷ *“Ora, na norma em análise está apenas em causa a aplicação da pena principal de multa, exclusivamente pecuniária, e a impugnação da sua medida. Assim, o campo de aplicação da norma sob juízo é limitado a crimes que são efetivamente sancionados com a menos grave das sanções penais principais admitidas no ordenamento como aplicáveis a pessoas coletivas. A previsão da norma dirige-se a casos que ficam fora do âmbito do «maior merecimento penal» justificador do acesso ao Supremo Tribunal de Justiça. E sendo assim, sob pena de se tornar inviável a racionalização do sistema de recursos que não pode conviver com um número ilimitado de instâncias, inevitável será concluir que a defesa da arguida em casos como os que integram o campo de aplicação da norma sob escrutínio se tem de bastar com o duplo grau de jurisdição.*

Trata-se de uma opção que encontra cabimento ainda na margem de conformação que ao legislador ordinário assiste no âmbito da definição das decisões recorríveis, cujo resultado não se apresenta como desproporcionado tendo em vista os fins prosseguidos pela norma e o âmbito de aplicação desta, confinado a condenações em pena pecuniária (multa) de entes jurídicos (pessoas coletivas suscetíveis de serem responsabilizadas criminalmente nos termos do artigo 11.º, n.º 2, do Código Penal).”

⁴⁸ Conforme sintetiza a Professora Doutora Helena Morão, “[d]o ponto de vista do Tribunal Constitucional, não obstante o arguido ficar aqui circunscrito à “faculdade de influir ex antes no juízo decisório” da Relação, sem o poder de o impugnar ex post, tal não se revela “desproporcionado ou excessivo”, tendo em atenção a escassa gravidade da sanção em causa e a necessidade de racionalizar o acesso ao STJ.”, MORÃO, Helena, “Whenever yet was your appeal denied? – Sobre o direito do arguido ao recurso de decisões de recurso, in *Revista do Ministério Público*, n.º 158, abril-junho 2019, pp. 44 e 45.

ver, merecem ser mencionadas e sobre as quais valerá a pena refletir, por estarem intimamente interligadas com o problema central que temos estado a analisar – a inadmissibilidade do recurso de decisões condenatórias, proferidas pela Relação, em sede de recurso de decisões absolutórias de 1.^a instância, em especial quando estão em causa arguidos que sejam pessoas coletivas ou de natureza equiparada.⁴⁹ Desta forma, há ainda que mencionar os casos em que a decisão do tribunal da Relação, proferida em recurso, não reverte o carácter absolutório da decisão, mas agrava a sanção aplicada, quanto à sua espécie.⁵⁰

Concretizando a hipótese que estamos a equacionar, veja-se a situação em que o tribunal de 1.^a instância condena um arguido que seja pessoa coletiva ou de natureza equiparada a uma pena de multa. Sendo interposto recurso desta decisão, o tribunal da Relação considera dever aplicar-se a outra pena principal legalmente prevista no artigo 90.º-A, n.º 1, do CP, a pena de dissolução. Neste caso, não estamos perante uma condenação inovadora em segunda instância, mas sim perante uma dupla condenação pelo tribunal de 1.^a instância e pelo tribunal da Relação, embora tenham sido aplicadas sanções diferentes e que têm, indubitavelmente, repercussões distintas para o arguido. Por outras palavras, podemos afirmar que estamos perante uma dupla conforme quanto à condenação, mas não quanto à sanção aplicada.

Podemos ainda abrir uma segunda possibilidade, referindo-nos à situação em que o tribunal de 1.^a instância condena o arguido que seja pessoa coletiva ou de natureza equiparada a uma pena principal de multa, sendo essa decisão condenatória objeto de

⁴⁹ A consequência inicial retirada é, a nosso ver, por si só, criticável. Como refere Bruna Ribeiro de Sousa, “por maior que seja a gravidade da pena concretamente aplicada, nomeadamente a pena de dissolução da pessoa coletiva (cfr. 90.º-A do Código Penal), estas nunca podem recorrer da decisão de condenação proferida pela Relação em recurso. Esta realidade torna-se tanto ou mais absurda quando confrontada com o modo de cálculo da pena de multa aplicável às pessoas colectivas ou equiparadas em função da pena de prisão aplicável às pessoas singulares consagrado no artigo 90.º-B do Código Penal.”, SOUSA, Bruna Ribeiro de, “Da inconstitucionalidade da alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal (na redação da Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro)”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 138, abr-jun de 2014, pp. 166 e 167. De facto, se tivermos em consideração o referido método de cálculo, poderemos estar perante situações em que a pessoa coletiva é condenada a uma pena de multa que, previamente à sua conversão, correspondia a uma pena de prisão superior a 5 anos.

⁵⁰ A este respeito, veja-se a posição da Professora Doutora Helena Morão: “Não nos inclinamos, contudo, para uma solução diversa, pois, nestas situações, mesmo que a decisão do tribunal a quo já interfira na liberdade ou noutra direito do arguido, a decisão do tribunal ad quem afecta de maneira inovadora esses direitos – privando o arguido da liberdade – ou aumenta a sua compressão – criando um quantum restritivo que não existia previamente -, com suporte no preenchimento de um pressuposto que tem de poder ser sindicado, não parecendo, por este motivo, que o direito ao recurso esteja suficientemente protegido com a oportunidade de impugnação da primeira decisão condenatória.”, MORÃO, Helena, “Whenever yet was your appeal denied? – Sobre o direito do arguido ao recurso de decisões de recurso, in *Revista do Ministério Público*, n.º 158, abril-junho 2019, pp. 47 e 48.

recurso. O tribunal da Relação, em sede de recurso, decide manter o caráter condenatório da decisão, aplicando, além da pena de multa, uma das penas acessórias previstas no artigo 90.º-A, n.º 2, do CP. Deste modo, e uma vez mais, a sanção do arguido é agravada, na medida em que a pena de multa é cumulada, mediante decisão do tribunal da Relação, com uma pena acessória, a qual pode, em alguns casos, e em nossa opinião, ter um prejuízo ainda maior para a “imagem” da pessoa coletiva ou de natureza equiparada na sociedade ou no mercado. Também aqui há uma dupla conforme no que respeita ao sentido decisório, mas não uma dupla conforme quanto à sanção aplicada.

Nos dois cenários hipotéticos equacionados acima denotam-se, a nosso ver, duas importantes diferenças em face da possibilidade de uma condenação inovadora proferida pelo tribunal da Relação, em sede de recurso, e na sequência de uma absolvição da 1.ª instância. Por um lado, o arguido condenado pelo tribunal de 1.ª instância em pena de multa tem legitimidade para recorrer da decisão contra si proferida, nos termos do artigo 401.º, n.º 1, alínea b), do CPP, legitimidade que não lhe assistia em caso de absolvição pelo tribunal de 1.ª instância⁵¹. Por outro lado, e recuperando a distinção apresentada pelo TC no acórdão n.º 128/2018, a decisão de 1.ª instância tem, no que respeita à fundamentação em matéria de direito, os argumentos jurídicos considerados pertinentes para a imputação jurídico-criminal ao arguido e para a escolha e determinação da medida da pena. Ainda que estes fundamentos de direito possam não ser inteiramente coincidentes com os invocados pelo tribunal da Relação, em sede de recurso, o arguido tem acesso ao raciocínio judiciário, em momento prévio ao recurso, podendo exercer a sua defesa, em sede de alegações recurso, tendo esses elementos em conta.

Não obstante, não podemos ignorar as consequências que surgem na esfera jurídica do arguido resultantes da aplicação de uma sanção mais grave e mais restritiva dos seus direitos fundamentais, razão pela qual a questão da inadmissibilidade dos recursos para o STJ, também nas situações hipotéticas equacionadas, pode, ainda assim, levantar problemas de constitucionalidade.

⁵¹ Embora deste recurso, interposto pelo arguido, na sequência de uma decisão condenatória proferida em 1.ª instância não possa resultar a aplicação de uma pena mais gravosa, o que implicaria a violação do princípio da proibição de *reformatio in pejus*. Esta agravção da sanção aplicada apenas poderá surgir, deste modo, quando o recurso da decisão condenatória tiver sido interposto pelo MP, em defesa da legalidade, ou pelo assistente.

4.4. Conclusão preliminares

Há que destacar alguns aspetos positivos do acórdão do TC n.º 128/2018, e que consubstanciam, a nosso ver, uma evolução ao nível da fundamentação das decisões do TC, no que respeita à (não) inconstitucionalidade do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP. O TC recorre ao princípio da proporcionalidade, esgotando todos os seus parâmetros de análise, para tomar uma posição quanto à conformidade da restrição do direito ao recurso resultante do preceito do CPP em apreço, o que nos parece merecedor de elogio (ainda que, em muitos casos, este seja apenas um raciocínio teórico apresentado pelo TC nas suas decisões).

Adicionalmente, o TC delimita, de forma muito clara, o âmbito da sua pronúncia no processo em causa, indicando que apenas se debruça sobre a norma que determina a inadmissibilidade do recurso de uma decisão que condena o arguido, pessoa coletiva ou de natureza equiparada, a uma pena de multa, na sequência de uma decisão absolutória proferida em 1.ª instância. Deste modo, fica excluída da análise do TC as situações em que, nessa decisão condenatória inovadora é aplicada ao arguido pessoa coletiva ou de natureza equiparada, pena de dissolução ou uma das penas principais cumulada com uma ou mais penas acessórias, previstas no artigo 90.º-A, n.º 2, do CP. Quanto a estes cenários e, em concreto, quanto à sua compatibilidade com o texto constitucional, o TC remete-se ao silêncio, sustentando que não foi esse o sentido normativo impugnado pela recorrente.

Ainda que lhe assista razão quanto ao âmbito objetivo da sua pronúncia, a necessidade do TC de excluir expressamente outros segmentos normativos do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, além do que resulta da inadmissibilidade do recurso em caso de aplicação de uma pena de multa, aponta, a nossa ver, para a necessidade de diferenciar o sentido normativo em que o arguido é condenado inovadoramente em pena de multa e o sentido normativo em que este pode ser condenado a uma pena de dissolução ou numa pena principal cumulada com uma ou mais penas acessórias. Ao estabelecer esta delimitação o TC parece identificar a necessidade de analisar estes cenários em separado e, eventualmente, alcançar conclusões distintas em matéria de (não) inconstitucionalidade.

Temos ainda de apresentar algumas críticas quanto à fundamentação do TC utilizada na decisão em análise. Por um lado, no que respeita à decisão sobre a matéria de facto, o TC considera que a possibilidade de contra-alegar em sede de recurso, é suficiente para garantir o direito de defesa do arguido, podendo este influenciar, antecipadamente, a

factualidade que o tribunal da Relação vier a considerar provada ou não provada. Este entendimento demonstra que o ordenamento jurídico português e os tribunais portugueses continuam a não refletir de forma consistente sob as críticas apontadas pela jurisprudência do TEDH e referidas no capítulo antecedente, da qual resulta claramente que a possibilidade de contra-alegar não é suficiente para assegurar os princípios da imediação, oralidade e contraditório em sede de recurso e para respeitar o disposto no artigo 6.º da CEDH.

Por outro lado, no que respeita à decisão sobre a matéria de direito, o TC invoca que o direito ao recurso se encontra suficientemente assegurado com a possibilidade do arguido contribuir ativamente para a qualificação jurídica que vier a ser definida pelo tribunal da Relação, na medida em que conhece os argumentos invocados contra a sua absolvição em 1.ª instância.

Quanto a este aspeto, importa observar que o tribunal da Relação não está limitado no seu poder decisório pela qualificação jurídica que é apresentada pela acusação, podendo condenar o arguido em crime diverso daquele pelo qual ele vem acusado, por considerar que o enquadramento jurídico-normativo efetuado pela acusação não é consentâneo com a realidade factual considerada provada. Deste modo, discorda-se que o arguido possa sempre contribuir ativamente para a decisão do tribunal da Relação no que respeita à qualificação jurídica.

Adicionalmente, parece-nos que o TC, ao considerar que a pena de multa não tem suficiente gravidade para legitimar o recurso para o STJ de um arguido que seja pessoa coletiva ou tenha uma natureza equiparada, está, indiretamente, a concluir que este arguido não tem “interesse em agir”, porque não há “melhor” pena que pudesse ser aplicada⁵².

⁵² Veja-se, a respeito da suposta gravidade diminuída da pena de multa aplicada às pessoas coletivas: “O valor máximo da taxa diária da pena de multa que o direito penal extravagante prevê é de 5000 euros e encontra-se fixado nas seguintes disposições: o artigo 7.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20.1; o artigo 15.º da Lei n.º 15/2001, de 5.6, e o artigo 6.º, n.º 5, da Lei n.º 52/2003, de 22.8. O limite máximo da taxa diária é aumentado no CP para 10000. A doutrina exige que a taxa diária da pena de multa não seja «sufocante», isto é, seja proporcional ao lucro líquido diário da empresa, sob pena de a pena de multa se converter em uma pena dissimulada e inconstitucional de confisco”, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal - À luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 5.ª Edição atualizada, Universidade Católica, 2022, comentário ao artigo 90.º-B do CP, pp. 455 a 457. Deste modo, não se trata, em termos abstratos, de um valor irrisório, pelo que a gravidade da sua aplicação estará muito dependente da realidade financeira da pessoa coletiva a quem é aplicada.

Discordamos deste entendimento, uma vez que o artigo 90.º-A, n.º 3, do CP prevê expressamente penas de substituição que podem ser aplicadas em alternativa à pena de multa e que nos parecem menos gravosas que esta – a pena de admoestação, a caução de boa conduta e a pena de vigilância judiciária⁵³. Com efeito, o ente coletivo que seja condenado, inovadoramente, em pena de multa pelo tribunal da Relação pode ainda ter interesse em recorrer para o STJ, requerendo a aplicação de uma pena de substituição.

Por fim, e no que respeita aos cenários hipotéticos apresentados acima, consideramos que a restrição do direito ao recurso, nos casos em que há dupla condenação, ainda que não exista coincidência quanto à sanção aplicada, não é tão significativa como a compressão desse direito nos casos em que o tribunal de 1.ª instância absolve o arguido. Ainda assim, como refere HELENA MORÃO, na sequência da segunda condenação, em que o arguido é condenado com uma espécie de pena mais gravosa ou com uma pena acessória, cumulativamente, à pena principal que lhe fora aplicada, os seus direitos fundamentais sofrem uma compressão maior, como consequência jurídica do crime pelo qual é condenado. Apesar da autora ter manifestado a sua opinião tendo por base um cenário hipotético em que fora aplicada uma pena de prisão pelo tribunal da Relação, na sequência do recurso de uma decisão de 1.ª instância que aplicara pena de multa, e por isso, tendo por base processos dirigidos contra arguidos que sejam pessoas singulares, o raciocínio pode ser transposto para os arguidos que sejam pessoas coletivas ou de natureza equiparada, tendo em vista a maior compressão de outros direitos constitucionalmente tutelados, que não o direito à liberdade.

E, de facto, se considerarmos a gravidade da pena de dissolução de uma pessoa coletiva ou de natureza equiparada, facilmente concluímos que o prejuízo para o arguido que tenha essa natureza jurídica é equiparado ao prejuízo que uma pessoa singular pode sofrer por ser condenada a uma pena privativa da liberdade. Se optarmos por este raciocínio comparativo, podemos inclusive equacionar se a aplicação de uma pena de dissolução não poderá ser, inclusive, equiparável à aplicação de uma pena de prisão superior a 5 anos, tendo em conta que a pessoa coletiva ou de natureza equiparada que seja dissolvida por imposição jurisdicional não pode voltar a exercer a sua atividade.

⁵³ Nesse sentido, e de acordo com a solução já anteriormente propugnada: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal - À luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 5.ª Edição atualizada, Universidade Católica, 2022, comentário ao artigo 90.º-A do CP, pp. 451 a 455.

Nesse sentido, e adotando este paralelismo, podemos chegar, no limite, à conclusão de que, o artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, interpretado no sentido de impedir o recurso de um arguido que seja pessoa coletiva ou de natureza equiparada, que seja condenado pelo tribunal da Relação a uma pena de dissolução, na sequência de um recurso de uma decisão de 1.ª instância que o tenha condenado a uma pena de multa, é inconstitucional por restringir de forma desproporcional o direito ao recurso desse arguido.

O mesmo raciocínio poderia ainda ser válido para as situações em que, além da pena de multa aplicada pelo tribunal de 1.ª instância fosse, cumulativamente, aplicada uma pena acessória. De facto, do catálogo previsto no artigo 90.º-A, n.º 2, do CP, existem penas acessórias cujas consequências para as pessoas coletivas ou de natureza equiparada podem ser tão gravosas como uma pena de prisão superior a 5 anos para uma pessoa singular.

No entanto, mesmo que não queiramos levar este raciocínio tão longe, por estarmos a comparar espécies de penas que são necessariamente distintas, por ser também distinta a natureza jurídica dos arguidos em causa, teremos de chegar, pelo menos e necessariamente, à seguinte conclusão: o artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, na sua redação de 2013, não estava pensado para os processos-crime dirigidos contra pessoas coletivas ou de natureza equiparada.

E a esta conclusão podemos ainda acrescentar: esta inadequação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP era patente, pelo menos, nos casos em que o tribunal de 1.ª instância tivesse absolvido o arguido, *in casu*, pessoa coletiva ou de natureza equiparada (crítica que era também apontada por parte da doutrina quanto aos arguidos pessoas singulares) e, eventualmente, nos casos em que a condenação em 1.ª instância fosse uma condenação em pena de multa, posteriormente substituída por uma pena de dissolução ou cumulada com uma pena acessória, com as necessárias consequências ao nível da compressão dos direitos constitucionalmente tutelados desses entes jurídicos.

CAPÍTULO V

O reenvio como forma de contornar a inadmissibilidade do recurso

5.1. O acórdão do tribunal da Relação de Évora de 2 de julho de 2013

Tendo em consideração a redação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP conferida pela alteração legislativa de 2013, as críticas doutrinárias que lhe eram levantadas e as dúvidas em torno da sua constitucionalidade que eram suscitadas, alguns tribunais da Relação adotavam uma solução que visava contornar o problema – tratava-se da solução do reenvio.

Com efeito, os tribunais da Relação que pretendessem revogar uma sentença absolutória proferida pela 1.ª instância, “reenviavam” o processo para o tribunal *a quo*, de forma a que o juiz natural do processo tivesse a oportunidade de reapreciar a causa, alterando ou não o sentido da sua primeira decisão. Neste contexto, o papel dos tribunais da Relação ficava reduzido a uma função de anulação, típica dos recursos de cassação.

Esta solução apresentava ainda uma sub-hipótese, mais mitigada, de acordo com a qual os tribunais da Relação anulavam a decisão absolutória proferida pelo tribunal de 1.ª instância e condenavam o arguido, remetendo os autos para o tribunal *a quo* apenas para a escolha e determinação da medida da pena.⁵⁴

Neste sentido, veja-se, a título exemplificativo, o propugnado pelo tribunal da Relação de Évora no acórdão de 2 de julho de 2013, proferido no âmbito do processo n.º 738/12.0GBABF.E1⁵⁵, no qual o tribunal reverteu a decisão absolutória proferida na 1.ª instância, por considerar como provados factos suscetíveis de configurar a prática de um

⁵⁴ “Na sua vertente mais alargada esta proposta tem a desvantagem de potenciar o surgimento de um “ciclo vicioso” na decisão do caso penal se cada um dos tribunais persistir na interpretação dos factos e do direito inicialmente acolhida (...). Em contrapartida, na sua versão minimalista a solução incorre em puro farisaísmo, reduzido o asseguramento da oralidade e do contraditório na audiência reaberta a garantia oca e sem sentido, já que ao tribunal de primeira instância é permitido apenas proceder à determinação da sanção (*sentencing*), sem que lhe seja facultado decidir de forma distinta – para o arguido muito mais decisiva – a questão da culpabilidade (*conviction*).”, SILVA, Sandra Oliveira e, “As alterações em matéria de recurso, em especial a restrição de acesso à jurisdição do supremo tribunal de justiça – garantias de defesa em perigo?”, in *As Alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma Reforma «Cirúrgica»?*, Org. André Lamas Leite. Coimbra Editora, 2013, pp. 285 e 286.

⁵⁵ Acórdão disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/bc8d7400ed5c986b80257de10056fc1a?OpenDocument> .

crime de ofensa à integridade física simples, *p.e.p.* no artigo 143.º do CP, por valorar positivamente os testemunhos de dois militares da Guarda Nacional Republicana que, no entender do tribunal *a quo* tinham apresentado incoerências e, por esse motivo, tinham sido desconsiderados como elementos de prova. No entender do tribunal de Relação de Évora os referidos depoimentos permitiam considerar os factos provados, razão pela qual foi alterada a decisão sobre a matéria de facto e o respetivo enquadramento jurídico-criminal, tendo o referido tribunal concluído do seguinte modo:

“Mas tendo sido o arguido inicialmente absolvido na 1ª instância, e tendo este tribunal da Relação procedido à alteração da matéria de facto de modo a concluir pela sua condenação, impõe-se assegurar os direitos de defesa e o direito ao recurso, com a conseqüente e oportuna possibilidade de reapreciação da medida da pena por uma instância superior.

Revestindo a questão da determinação da sanção uma relativa autonomia (arts 469º n.º 2 e 470º do Código de Processo Penal), mas sobretudo porque assim o impõe a garantia do duplo grau de jurisdição, de tutela constitucional no que respeita ao arguido (art. 32 nº 1 da Constituição da República Portuguesa), deverão os autos baixar à 1ª instância, para aí ser proferida decisão sobre a pena (e sobre o pedido cível).

(...)

A Relação não pode funcionar, simultaneamente, como tribunal da primeira e da última condenação, ou seja, como tribunal da única condenação, o que desrespeitaria o duplo grau de jurisdição em matéria penal.

Acresce que a sentença é omissa quanto aos factos pessoais do arguido.

(...)

A reabertura da audiência deverá, pois, incluir as diligências que se tenham por necessárias para a determinação da sanção, nestas se compreendendo as imprescindíveis ao conhecimento da personalidade do arguido, da sua situação social e económica, dos seus antecedentes criminais, tudo de modo a dotar a sentença dos factos ainda em falta.”

Da fundamentação do acórdão referido percebemos que, no entender do tribunal da Relação, existia violação do direito ao recurso, previsto no artigo 32.º da CRP, quando a primeira condenação do arguido ocorresse na 2.ª instância e não existisse a possibilidade de recurso para o STJ, por força da espécie e/ou medida da pena aplicada, como seria o

caso dos autos. Por esse motivo, a Relação propugnou a solução do reenvio, permitindo-se ao arguido recorrer da sanção que seria aplicada pelo tribunal de 1.^a instância, após o regresso dos autos ao tribunal da causa⁵⁶.

No mesmo sentido pronunciou-se também o acórdão do tribunal da Relação de Guimarães, de 6 de maio de 2013, proferido no âmbito do processo n.º 93/02.6TAPTB.G1⁵⁷, que embora reconheça e transcreva, inclusive, decisões da própria Relação, do STJ e também posições doutrinárias em sentido contrário, refere expressamente no sumário que:

“Em caso de absolvição na primeira instância, decidindo a relação que há lugar à condenação, a pena deve ser fixada pelo tribunal da primeira instância.”

5.2. O acórdão do tribunal da Relação de Coimbra de 19 de setembro de 2012

Não obstante, o entendimento expresso nestas decisões jurisprudenciais não era unânime, sendo possível encontrar decisões que sustentavam precisamente o oposto, afirmando que os tribunais da Relação, quando dispusessem de todos os elementos necessários para o efeito, deviam determinar a sanção aplicável ao arguido, sem necessidade de reenvio dos autos para o tribunal de 1.^a instância.

Nesta linha, veja-se, a título de exemplo, o defendido pelo acórdão do tribunal da Relação de Coimbra, de 19 de setembro de 2012, no âmbito do processo n.º 279/09.2PCLRA.C1⁵⁸, que cita o acórdão proferido pelo tribunal da Relação de Lisboa 21 de janeiro de 2010, no âmbito do processo n.º 98/05.5JELSB.L1-9, que aponta a

⁵⁶ Nestes casos, o reenvio era efetuado nos termos do artigo 426.º do CPP, apesar deste não prever expressamente esta possibilidade. A doutrina e a jurisprudência que defendiam a solução do reenvio, apelavam a uma interpretação analógica desse preceito legal, tendo em consideração que era uma analogia *in bonam partem*, por ampliar o direito ao recurso do arguido. Mencionando expressamente esta interpretação analógica: MORÃO, Helena, “Whenever yet was you appeal denied?” – Sobre o direito do arguido ao recurso de decisões de recurso, in *Revista do Ministério Público*, n.º 158, abril-junho 2019, p. 40, nota de rodapé n.º 7.

⁵⁷ Acórdão disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/b794956a0b69332380257b7400476699?OpenDocument>.

⁵⁸ Acórdão disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/ee3a1bc6d9f2f88b80257a9100380485?OpenDocument>.

seguinte solução como preferível por comparação à remessa dos autos para o tribunal de 1.^a instância:

“Outra, ainda, a que perfilhamos, entende que o direito ao recurso em matéria penal (duplo grau de jurisdição), inscrito constitucionalmente como uma das garantias de defesa, significa e impõe que o sistema processual penal deve prever a organização de um modelo de impugnação das decisões penais que possibilite, de modo efectivo, a reapreciação por uma instância superior das decisões sobre a culpabilidade e sobre a medida da pena. Assim, ao tribunal ad quem, ao reexaminar a causa, tal como lhe assiste a faculdade de passar de uma decisão condenatória para uma decisão absolutória, assistir-lhe-á a de passar de uma decisão absolutória para uma decisão condenatória e, neste último caso, dispor dos necessários elementos, fixar a espécie e medida da pena.”

Acrescentando, ainda, com transcrição do entendimento manifestado Juiz Desembargador Ernesto Nascimento, através de declaração de voto junto ao acórdão do tribunal da Relação do Porto de 5 de março de 2008, no âmbito do processo n.º 0746465 que:

“O direito ao recurso em Processo Penal tem que ser entendido em conjugação com o duplo grau de jurisdição e, não, perspectivado, como uma faculdade de recorrer – sempre e em qualquer caso – da 1.^a decisão condenatória, ainda que proferida em via de recurso.”

Tendo em conta os argumentos esgrimidos e a jurisprudência citada, o tribunal da Relação de Coimbra concluiu:

“Não divergimos da orientação seguida no Acórdão acabado de transcrever, sendo certo que este TRC vem seguindo, maioritariamente, a orientação de que o tribunal “ad quem” pode e deve, na consideração da verificação dos elementos constitutivos do tipo legal, condenar o arguido que vinha absolvido.”

Considerando as divergentes posições assumidas pelos tribunais da Relação das diferentes comarcas do país e, tendo em consideração que estas divergências contribuíssem para uma insegurança jurídica indesejada, o STJ foi chamado a decidir, por via do recurso extraordinário de uniformização de jurisprudência, a que tribunal cabia (se ao tribunal *a quo*, se ao tribunal *ad quem*) a determinação da espécie e medida da pena no caso de a

Relação, em recurso, reverter a decisão absolutória do tribunal de 1.^a instância, considerando o arguido culpado da prática de um certo ilícito típico.

5.3. O acórdão do STJ de 22 de fevereiro de 2016: a uniformização de jurisprudência

Neste contexto, o STJ procedeu à uniformização de jurisprudência, mediante decisão proferida a 22 de fevereiro de 2016, no acórdão n.º 4/2016⁵⁹. Começando por invocar as duas diferentes soluções defendidas pelas Relações e os seus principais argumentos, o STJ menciona o entendimento que tem sido propugnado quando ocorrem recursos de decisões proferidas pelas Relações que após reverterem as decisões absolutórias dos tribunais de 1.^a instância, remetem os autos para esses tribunais para decisão sobre a espécie e medida da pena, nos seguintes termos:

“Em decisões de recursos interpostos de acórdãos da relação que, na sequência de revogação de decisões absolutórias de 1.^a instância, decidiram pela condenação dos arguidos mas ordenaram a remessa do processo à 1.^a instância para, aí, se proceder à determinação da espécie e medida da pena, a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal de Justiça tem sido no sentido de julgar as decisões recorridas afectadas por nulidade - por falta da menção referida na alínea b) do n.º 3 do artigo 374.º [alínea a), primeiro segmento, do n.º 1 do artigo 379.º do Código de Processo Penal] e por omissão de pronúncia [alínea c), primeiro segmento, do n.º 1 do mesmo artigo].”⁶⁰

Em síntese, o STJ tem considerado, de acordo com este acórdão de uniformização de jurisprudência, que quando o tribunal da Relação se pronuncia sobre a matéria de facto e sobre a matéria de direito, considerando provados determinados factos que os tribunais de 1.^a instância consideraram como não provados, subsumindo o comportamento do arguido a um determinado tipo de crime, com a sua consequente condenação, deve

⁵⁹ Acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 4/2016, de 22 de fevereiro de 2016, Relator: Conselheira Isabel Celeste Alves Pais Martins, disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao-supremo-tribunal-justica/4-2016-73650548> .

⁶⁰ No mesmo sentido, o acórdão do STJ de 29 de janeiro de 2014, processo n.º 17135/08.4TDPRT.P1.S1, Relator: Conselheiro Pires da Graça, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/875a439df7d0796280257ca100338b32?OpenDocument> .

também proceder à determinação da correspondente sanção, sob pena de nulidade da decisão, por omissão de pronúncia.

Nesse contexto, a jurisprudência foi fixada nos seguintes termos:

“Em julgamento de recurso interposto de decisão absolutória da 1.ª instância, se a relação concluir pela condenação do arguido deve proceder à determinação da espécie e medida da pena, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 374.º, n.º 3, alínea b), 368.º, 369.º, 371.º, 379.º, n.º 1, alíneas a) e c), primeiro segmento, 424.º, n.º 2, e 425.º, n.º 4, todos do Código de Processo Penal.”

O STJ fundamentou a decisão de uniformização de jurisprudência neste sentido com base nos fundamentos que se sintetizam de seguida:

- a) No que respeita à finalidade do recurso, o modelo predominante no sistema processual penal português é o do recurso de substituição e não o do recurso de cassação, pelo que, no âmbito dos poderes de cognição das Relações, estas podem conhecer de matéria de facto e de matéria de direito, incluindo da questão de culpabilidade e de punibilidade, não se limitando a anular a decisão recorrida.⁶¹
- b) No que respeita ao âmbito do recurso, em regra, o tribunal da Relação pode pronunciar-se sobre a totalidade da decisão, o que implica a possibilidade de, decidindo-se pela culpabilidade do arguido, poder determinar a espécie e medida da pena a aplicar.⁶²
- c) O tribunal da Relação tem poderes para decidir da culpabilidade e da punibilidade, uma vez que a aplicação de uma sanção jurídico-penal é a consequência resultante da prática de um crime. Entende ainda o STJ que se o tribunal da Relação não dispuser de todos os elementos necessários à determinação da espécie e medida da pena aplicada, deve requerer a produção de prova suplementar, uma vez que a

⁶¹ “As relações, enquanto instâncias de recurso e atentos os seus amplos poderes de cognição (em matéria de facto e em matéria de direito) não podem, em regra, limitar-se a revogar a decisão recorrida, mandando baixar o processo ao tribunal recorrido para que este profira uma nova decisão.”

⁶² “Por força do princípio do conhecimento amplo, o tribunal de recurso conhecerá de toda a decisão a não ser que o recorrente tenha expressamente limitado o recurso a uma parte dela e a limitação seja admissível.” (...) “Daqui decorre a aceitação legal da ideia da plenitude de jurisdição dos tribunais de recurso, no sentido de que podem decidir sobre todo o objecto do processo, não se apresentando, pois, qualquer obstáculo legal à possibilidade de o tribunal de recurso substituir uma decisão absolutória por uma condenatória e, simultaneamente, determinar e aplicar uma pena.”

legislação processual penal lhe confere essa possibilidade, nos termos do artigo 371.º do CPP.⁶³

- d) O tribunal da Relação está igualmente sujeito às regras existentes em sede de julgamento quanto à fundamentação das suas decisões e quanto aos elementos obrigatórios de uma decisão judicial. Neste sentido, quando o tribunal da Relação disponha dos elementos de facto necessários e/ou possa obtê-los por via da produção suplementar de prova, deve decidir a questão da pena aplicável ao arguido como consequência da sua culpabilidade, sob pena de omissão de pronúncia, uma vez que deixa de se pronunciar sobre questões de que devia apreciar.⁶⁴
- e) Não existe qualquer obstáculo do ponto de vista da constitucionalidade da solução legal que permite aos tribunais da Relação substituir uma decisão absolutória proferida em 1.ª instância, em sede de recurso, determinando a espécie e medida da pena a aplicar, contando que, em sede de recurso, se respeitem as garantias de defesa constitucionalmente conferidas ao arguido, o seu direito ao contraditório e à defesa contra os factos que podem originar a substituição da decisão objeto de recurso, o que o STJ considera, no presente acórdão de uniformização de jurisprudência, que é plenamente consagrado e garantido pelo atual sistema processual penal português.⁶⁵

⁶³ “O tribunal começa por deliberar e votar a questão da culpabilidade [artigo 368.º] e, resultando que ao arguido deve ser aplicada uma pena ou medida de segurança, «o presidente lê ou manda ler toda a documentação existente nos autos relativa aos antecedentes criminais do arguido, à perícia sobre a sua personalidade e ao relatório social» [artigo 369.º, n.º 1], sendo, quando necessária a produção de prova suplementar exclusivamente para a determinação da espécie e medida da sanção a aplicar, reaberta a audiência, nos termos do artigo 371.º [artigo 369.º, n.º 2, primeiro segmento]. Não sendo necessária a produção de prova suplementar ou após a produção de prova nos termos do artigo 371.º, «o tribunal delibera e vota sobre a espécie e determinação da sanção a aplicar».”

⁶⁴ “Os acórdãos proferidos em recurso obedecem, na sua estrutura, aos requisitos das sentenças de 1.ª instância, estando sujeitos a similares deveres de fundamentação e a exigências de explicitação da decisão absolutória e condenatória, ou seja, os requisitos enunciados na alínea a) do n.º 1 do artigo 379.º sob pena de nulidade do acórdão.” (...) “Se a relação se abster de determinação da sanção, na linha da tese do acórdão recorrido, omite pronúncia sobre questão que devia conhecer, incorrendo na nulidade prevista no primeiro segmento da alínea c) do n.º 1 do artigo 379.º, norma que, como já destacámos, é correspondentemente aplicável aos acórdãos proferidos em recurso, conforme estatui o artigo 425.º, n.º 4.”

⁶⁵ “O que importa é que sejam reconhecidos e conferidos ao arguido todos os direitos e instrumentos processuais imprescindíveis e ajustados a fazer valer as suas posições, contrariando as motivações de recurso no sentido da sua condenação, garantindo-lhe a possibilidade efectiva de, previamente ao julgamento do recurso da sentença absolutória na perspectiva de vir a ser proferida uma decisão condenatória, a discutir, contestar e influenciar, aduzindo argumentos, de facto e de direito, em abono da defesa da sua posição processual.”

- f) Por último, o STJ sustenta que o direito ao recurso se reconduz a uma garantia do duplo grau de jurisdição que se encontra salvaguardado com a possibilidade de apreciação por um tribunal superior da decisão proferida em 1.^a instância, ainda que a Relação venha a reverter a absolvição, condenando o arguido, e este não possa, posteriormente, recorrer.⁶⁶

5.4. Conclusões preliminares

Foram analisadas as duas opções de atuação por parte dos tribunais da Relação portuguesas – o reenvio do processo para o tribunal de 1.^a instância ou a decisão quanto à espécie e medida da pena pelo próprio tribunal de recurso, os respetivos argumentos, assim como a decisão do STJ que uniformizou a jurisprudência, no sentido da segunda possibilidade apresentada, desde que a Relação tenha todos os elementos necessários para decidir a pena a aplicar ou possa, mediante produção de prova suplementar, reunir esses elementos⁶⁷.

⁶⁶ “Na procura do necessário equilíbrio entre a tutela efectiva dos direitos de defesa do arguido e a tutela da racionalidade do sistema judiciário, o Tribunal Constitucional tem sustentado que o direito de acesso aos tribunais não impõe ao legislador ordinário que garanta sempre aos interessados o acesso a diferentes graus de jurisdição para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos. A existência de limitações à recorribilidade funciona como mecanismo de racionalização do sistema judiciário, permitindo que o acesso à justiça não seja, na prática, posto em causa pelo colapso do sistema, decorrente da chegada de todas (ou da esmagadora maioria) das acções aos diversos “patamares” de recurso. Por maioria de razão, a Constituição não exige a consagração de um sistema de recursos sem limites ou ad infinitum.”

⁶⁷ Referindo-se a esta decisão de uniformização de jurisprudência: “A oposição entre o acórdão recorrido e o acórdão fundamento verifica-se, pois, na parte em que, dispondo ambos de factos suficientes para a determinação da pena, o acórdão recorrido entendeu caber ao tribunal de 1.^a instância proceder à determinação da pena e o acórdão fundamento considerou que competia ao tribunal da relação proceder a essa mesma operação. Nada dizendo este acórdão quanto à solução a seguir caso não dispusesse de factos suficientes, o que se verifica igualmente quanto ao acórdão recorrido, nada permite concluir que existiria oposição de julgados entre ambos os acórdãos caso os respetivos tribunais de 1.^a instância tivessem deixado de apurar os factos necessários à determinação da sanção. (...) Por último, sempre fica em aberto a questão de saber em que medida a determinação da pena em primeira mão pelas relações, na sequência de recurso interposto pelo MP ou pelo assistente de sentença totalmente absolutória de arguido, não viola efetivamente o princípio constitucional das suas garantias de defesa, maxime o seu direito ao recurso, caso se consolide no nosso ordenamento positivo a inadmissibilidade de recurso para o STJ de algumas das decisões das relações que apliquem pena a arguido absolvido em primeira instância do crime ou crimes pelos quais foi sujeito a julgamento. (...) Nestes casos, o tribunal de julgamento não apurou sequer os factos que apenas relevem para a determinação da sanção, ou, mesmo que tal se verifique, não teceu quaisquer considerações na sentença sobre a relação entre eles e os critérios para determinação da pena, o mesmo sucedendo em regra com os recursos do MP ou do assistente, que não têm que pronunciar-se sobre a escolha ou medida da pena a aplicar no caso de o arguido vir a ser condenado em via de recurso e raramente o fazem.”, LATAS, António João, O AFJ 4/2016 e a determinação da pena nos casos em que foi revogada a sentença absolutória proferida pelo tribunal recorrido, que não apurou e fixou factos relativos à vida pessoal e personalidade do arguido, texto incluído no Acórdão do tribunal da Relação de Évora de 5 de julho de 2016, disponível em [AFJ_4-2016.pdf \(tribunais.org.pt\)](http://tribunais.org.pt).

Não se concorda com todos os argumentos esgrimidos pelo STJ no contexto da fundamentação da jurisprudência fixada, em particular com o argumento relacionado com a coincidência entre o direito ao recurso e ao duplo grau de jurisdição.

Não obstante, concordamos que o tribunal da Relação não pode ficar reduzido aos poderes típicos de um tribunal de cassação, devendo poder decidir sobre a culpabilidade do arguido e daí retirar consequências, determinando a espécie e medida da pena que considera aplicáveis. Não pretendemos retirar desta conclusão mais do que aquilo que se escreve. Ou seja, por considerarmos que o tribunal da Relação deve poder reverter a decisão absolutória de 1.^a instância, se tiver um entendimento diferente daquele que foi alcançado pelo tribunal *a quo*, devidamente fundamentado e sustentado em elementos probatórios, não estamos a concluir que essa decisão não possa, pelo menos em alguns casos, ser suscetível de recurso para o STJ. São, a nosso ver, questões distintas e que foram, muitas vezes, erradamente analisadas em conjunto pelas Relações.

Adicionalmente, atendendo à jurisprudência fixada, temos de concluir que subsistem situações em que os tribunais da Relação podem anular a decisão proferida em 1.^a instância, proceder à condenação do arguido, revertendo a anterior absolvição, e reenviar os autos para o tribunal *a quo*, por considerarem que não dispõem de todos os elementos necessários à decisão sobre a espécie e medida da pena a aplicar.

Assim, à luz da redação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP de 2013, e atendendo a esta circunstância, podiam ocorrer situações em que arguidos que fossem condenados pela prática dos mesmos crimes, a quem fossem inclusivamente aplicadas as mesmas penas, pudessem, em alguns casos, ser condenados pela primeira vez por um tribunal da Relação (porque esse tribunal considerava dispor de todos os elementos necessários à decisão sobre a culpabilidade e sobre a pena aplicável) e, em casos paralelos, ser condenados, pela primeira vez, pelo tribunal de 1.^a instância, na sequência de um reenvio operado pelo tribunal da Relação (por este tribunal considerar que não dispunha de todos os elementos necessários para a decisão sobre a espécie e medida da pena). Nos primeiros casos, esses arguidos ficavam privados do recurso para o STJ, contando que se lhes fosse aplicada uma pena de prisão não superior a 5 anos ou uma pena não privativa da liberdade. Nos segundos casos, esses arguidos podiam recorrer (apenas) da pena aplicada pelo tribunal de 1.^a instância.

Estes dois cenários que podiam ocorrer em situações idênticas geravam uma desigualdade significativa entre arguidos condenados pela prática do mesmo tipo criminal e a quem podiam ser aplicadas as mesmas penas, apenas pelo facto da decisão condenatória e de aplicação da pena ter sido tomada por tribunais de níveis hierárquicos diferentes, de acordo com a interpretação que eles próprios faziam da sua competência para determinar a espécie e medida da pena aplicável.

No entanto, note-se que, mesmo nos casos em que o tribunal da Relação remetia os autos para o tribunal de 1.^a instância, o segmento da decisão que procedia à condenação do arguido, após respetiva análise da sua culpabilidade, não era suscetível de recurso. O processo era remetido para a 1.^a instância para decisão sobre a pena a aplicar e apenas esse segmento seria suscetível de recurso.⁶⁸

Neste contexto, tendo como pressuposto a não conformidade constitucional do artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP, na redação conferida pela alteração legislativa de 2013, e de modo a assegurar o recurso da decisão condenatória proferida pelo tribunal da Relação, alguma doutrina defendia que, caso o tribunal da Relação considerasse necessário proceder ao reenvio, o arguido deveria poder recorrer para o STJ da condenação proferida, em primeira instância, pelo tribunal da Relação, impugnando de forma indireta o reenvio. Apenas se o STJ confirmasse a referida condenação, poderia o reenvio obter procedência, possibilitando-se ao tribunal de 1.^a instância decidir sobre a espécie e medida da pena a aplicar ao arguido.

Uma vez mais, e pela necessidade de criar uma solução que contornasse a problemática em torno do artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP, a qual originava, por seu turno, novos obstáculos ou incertezas, se torna patente a necessidade de adaptação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP, eventualmente conferindo-se a possibilidade ao arguido de recorrer da primeira decisão de cariz condenatório que lhe fosse aplicada, independentemente da gravidade da pena aplicada.

Com efeito, coloca-se em causa se o critério do legislador de 2013 para efeitos de fixação da admissibilidade dos recursos para o STJ, não deveria ser outro que não o da gravidade da pena concreta aplicada, em consequência da gravidade do crime cometido.

⁶⁸ Admitir a possibilidade de recurso do segmento decisório referente à condenação do arguido seria permitir que o tribunal da Relação apreciasse, em recurso, a sua própria decisão condenatória, com elevada probabilidade de a confirmar, beliscando, igualmente, o direito ao recurso, que não seria efetivamente salvaguardado.

E, de facto, a alteração legislativa de 2021 veio afastar, pelo menos, parcialmente, este critério, como teremos oportunidade de analisar no capítulo seguinte.

CAPÍTULO VI

A (in)admissibilidade do recurso para o STJ e a entrada em vigor da Lei n.º 94/2021

6.1. O artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP na redação conferida pela Lei n.º 94/2021: a “cura para todos os males”?

A Lei n.º 94/2021 resultou do Projeto de Lei n.º 876/XV/2.^{a69}, que propunha a trigésima alteração do CPP e, em concreto, a alteração do artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP. De acordo com a respetiva exposição de motivos, a alteração concreta desta disposição legal tinha como objetivo:

“(…) o reforço dos direitos do arguido a um processo justo, leal e equitativo, aproveita-se também o ensejo para acolher em letra de lei a jurisprudência do Tribunal Constitucional, através dos seus acórdãos n.º 595/2018, de 13 de novembro, e n.º 31/2020, de 16 de janeiro, reafirmando o direito dos arguidos a recorrer, ao menos por uma vez, das decisões condenatórias após uma decisão absolutória da 1.ª instância.”

Deste modo, NUNO A. GONÇALVES⁷⁰ refere que o legislador promoveu uma “*inversão da lógica legislativa*”, tendo em consideração a inclusão de um segmento final à alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP, por força do impulso da jurisprudência do TC. Com esta alteração, como refere o autor, “*é recorrível para o Supremo acórdão da relação que revertendo decisão absolutória da 1.ª instância, condene o arguido em qualquer pena*”.⁷¹

⁶⁹ Disponível em

<https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953565a4d5a5763765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d4576597a4e695a6a51305a474d745a6a5130597930305a6a51304c57457a4e446b744e4751794e7a6c694e44426a4f47597a4c6d527659773d3d&fich=c3bf44dc-f44c-4f44-a349-4d279b40c8f3.doc&Inline=true>.

⁷⁰ GONÇALVES, Nuno A., “As alterações ao regime do Recurso Ordinário”, in a *Revista do Supremo Tribunal de Justiça*. Edição semestral, jan-jun de 2022, pp. 70 a 99.

⁷¹ GONÇALVES, Nuno A., “As alterações ao regime do Recurso Ordinário”, in a *Revista do Supremo Tribunal de Justiça*. Edição semestral, jan-jun de 2022, p. 79.

Vejam, assim, a redação atual da norma em discussão, sob a epígrafe, que se manteve inalterada, “*Decisões que não admitem recurso*”:

“1 - 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; (...).”⁷²

Com efeito, com a entrada em vigor da Lei n.º 94/2021, o legislador português promoveu a inclusão de uma parte final à alínea e) do artigo 400.º do CPP, a qual veio, precisamente, refletir as críticas da doutrina e da jurisprudência relativamente à desconformidade constitucional da norma em apreço, passando a permitir o recurso para o STJ da decisão proferida pelo tribunal da Relação, em sede de recurso, que, revertendo a decisão de absolvição ditada pelo tribunal de 1.ª instância, condena o arguido⁷³. Este recurso passa a ser admitido sem qualquer restrição quanto à gravidade do crime pelo qual o arguido é condenado ou dependente da gravidade da pena, concreta aplicada.

A alteração legislativa parece procurar tranquilizar o TC e as preocupações manifestadas por este tribunal, em particular no acórdão n.º 595/2018, que se analisou anteriormente, embora o referido acórdão tenha declarado a inconstitucionalidade daquele preceito, apenas na parte em que não permitia o recurso de uma decisão da Relação que aplicasse pena privativa da liberdade não superior a 5 anos, na sequência de uma decisão absolutória do tribunal de 1.ª instância. Efetivamente, o legislador de 2021 considerou os argumentos enumerados pelo TC também aplicáveis aos casos em que a

⁷²A referida redação foi sugerida por inúmeras doutrinas, de que é exemplo, Bruna Ribeiro de Sousa que sugeriu a seguinte redação: “*De acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações que apliquem pena não privativa da liberdade ou pena de prisão não superior a 5 anos, salvo quando proferidos na sequência de uma absolvição.*”, SOUSA, Bruna Ribeiro de, “Da inconstitucionalidade da alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal (na redação da Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro)”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 138, abr-jun de 2014, p. 174.

⁷³A respeito da alteração legislativa operada pela Lei n.º 94/2021: “*(...) permite concluir que o legislador, seguramente atento ao cardápio constitucional dos direitos do arguido em Processo penal (i.a. artº 32º da Constituição da República), quis tornar claro que o direito de defesa envolve, compreensivelmente, a protecção do arguido em Processo penal, contra decisões condenatórias surgidas de surpresa, portanto, sem oportunidade de benefício resultante do exercício efectivo de tal direito fundamental.*”, GASPAR, António Henriques [et al.], *Código de Processo Penal Comentado*, 4.ª edição, Almedina, 2022, comentário ao artigo 400.º, pp. 1239-1280.

decisão condenatória, proferida pela primeira vez pelo tribunal da Relação, aplicava uma pena não privativa da liberdade.⁷⁴

No entanto, mesmo após a entrada em vigor da nova redação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP, algumas dúvidas em torno da constitucionalidade das interpretações que podem ser retiradas deste preceito, continuaram a manifestar-se. Com efeito, outras situações similares, não coincidentes com uma primeira condenação proferida pela Relação, levaram o TC a pronunciar-se sobre a aplicação do artigo em questão, declarando a não inconstitucionalidade do mesmo, numa interpretação que não passou incólume a críticas da doutrina que defendia uma interpretação mais lata e garantística da disposição legal em apreço.

Neste contexto, vejamos o acórdão do TC n.º 365/2022⁷⁵, proferido a 12 de maio de 2022, ou seja, após a entrada em vigor da Lei n.º 94/2021, que em sede de reclamação para a conferência, na sequência de decisão sumária n.º 200/2022, proferida em fase de exame preliminar do recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, se pronunciou sobre o seguinte ponto:

“No recurso para o Tribunal Constitucional pedia-se a fiscalização concreta do disposto nos artigos 400.º, alínea e) e 432.º, n.º 1, alínea b), ambos do CPP, quando interpretados no sentido de não admitirem recurso para o Supremo Tribunal de Justiça de acórdão proferido por Tribunal da Relação que, inovatoriamente face a prévia sentença absolutória em 1.ª instância, condene arguido por crime e lhe aplique pena de prisão não superior a cinco anos, suspensa na sua execução.”

A diferença do sentido normativo colocado à apreciação do TC neste acórdão e a atual letra do artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP, é a de que a pena de prisão não superior a 5 anos aplicada pelo tribunal da Relação na sequência de um recurso de uma decisão absolutória em 1.ª instância foi suspensa na sua execução.

⁷⁴ Conforme refere Nuno A. Gonçalves, “(...) o legislador, não se limitou a dar expressão normativa como se impunha à decisão de inconstitucionalidade com força obrigatória geral decretada no Acórdão do TC n.º 595/2018. Foi mais longe, adotando solução legislativa contrária à ratificada no Acórdão do TC n.º 523/2021 do Plenário. Quis, assim, adotar uma solução legislativa defendida em Acórdão expressamente revogado pelo próprio Tribunal Constitucional bem antes da a Lei n.º 94/2021 ter sido, no seu último texto, discutida e aprovada na Assembleia da República.”, GONÇALVES, NUNO A., “Alterações ao regime do Recurso Ordinário”, in a *Revista do Supremo Tribunal de Justiça*. Edição semestral, jan-jun de 2022, p. 91.

⁷⁵ Acórdão do TC n.º 365/2022, de 12 de maio de 2022, processo n.º 192/22, Relator: Conselheiro António José de Ascensão Ramos, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220365.html>.

Atendendo a esta especificidade o TC arguiu o seguinte:

“Não resulta de modo algum da decisão reclamada que a variabilidade da extensão do direito ao recurso está deixada ao “critério e opinião pessoal de cada um que fosse chamado a pronunciar-se sobre (...) a admissibilidade” de um recurso em processo criminal. O que se entende é que o estatuto constitucional do direito ao recurso previsto no artigo 32.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa não é inelástico, antes admite maior amplitude de restrição (artigo 18.º, n.ºs 2 e 3 da Constituição da República Portuguesa) quando a pena aplicada (que corporiza a intrusão na esfera pessoal do condenado) possua menor grau de ingerência. Nesse pressuposto, concluiu-se que, desde que esteja assegurada a dupla jurisdição em processo criminal como forma de controlo quanto a erros de julgamento, nos casos em que a medida penal aplicada não importe privação da liberdade, não é constitucionalmente imposto que exista dupla conforme, o que preserva a compatibilidade para com a Lei Fundamental do disposto nos artigos 400.º, alínea e) e 432.º, n.º 1, alínea b), ambos do CPP.”

Com base, essencialmente, neste argumento, o TC profere a seguinte decisão:

“Nestes termos e com estes fundamentos, decide-se confirmar a decisão reclamada, mantendo-se o juízo de não-inconstitucionalidade da norma dos artigos 400.º, alínea e) e 432.º, n.º 1, alínea b), ambos do CPP, quando interpretados no sentido de estabelecerem a irrecorribilidade de acórdão proferido por Tribunal da Relação que, inovatoriamente face a prévia sentença absolutória, condene arguido por crime e lhe aplique pena de prisão não superior a cinco anos, suspensa na sua execução”.

Como refere também o acórdão em análise, a reclamação para a conferência ocorre na sequência da decisão sumária, que declarou a não inconstitucionalidade da norma, na interpretação em causa, fundamentando essa decisão em três acórdãos do TC, proferidos em Plenário, a 13 de julho de 2021, ou seja, ainda antes da entrada em

vigor da Lei n.º 94/2021 – acórdão n.º 523/202176, acórdão n.º 524/202177 e acórdão n.º 525/2021.⁷⁸

De acordo com a transcrição da decisão sumária, constante do acórdão do TC n.º 365/2022, que reflete a jurisprudência do TC, espelhada nos acórdãos proferidos em Plenário acabados de mencionar:

“Sem nenhuma dúvida que a irrecorribilidade de uma decisão proferida em recurso que inverte uma anterior absolvição, que condena por crime e que aplica pena, importa uma ingerência no direito ao recurso recenseado no artigo 32.º, n.º 1, in fine, da Constituição da República Portuguesa. No entanto, a norma constitucional em apreço não exige a verificação de dupla conforme (ou seja, a confirmação judicial de todas as condenações por Tribunal de hierarquia superior), mas a garantia de duplo grau de jurisdição como fator de prevenção contra o erro judiciário. O direito ao recurso não pode ser entendido como valor absoluto e inderrotável e a limitação da intervenção do Supremo Tribunal de Justiça a um círculo de situações judicativas de maior importância ou gravidade compreende-se em função de interesses relacionados com a celeridade e eficiência da administração penal (acórdãos do Tribunal Constitucional (TC) n.ºs 234/2020, 369/2020 e 146/2021) e de necessidades de adequação da estrutura orgânica do Judiciário, designadamente levando em conta os “ganhos de racionalidade, celeridade, eficácia e eficiência do sistema de administração de justiça, globalmente considerado” e prevenindo o “inelutável e

⁷⁶ Acórdão do TC n.º 523/2021, de 13 de julho de 2021, processo n.º 258/2019, Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros e Conselheira Mariana Canotilho, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210523.html>, o qual revogou o acórdão do TC n.º 31/2020, que havia declarado inconstitucional por violação do artigo 32.º, n.º 1 da CRP, o artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP, quando interpretado no sentido da irrecorribilidade do acórdão da Relação que, em recuso, condene o arguido em pena de multa, ainda que a decisão da 1.ª instância seja absolutória.

⁷⁷ Acórdão do TC n.º 524/2021, de 13 de julho de 2021, processo n.º 140/2017, Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros e Conselheira Mariana Canotilho, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210524.html>, o qual revogou o acórdão n.º 100/2021, que havia declarado inconstitucional por violação do artigo 32.º, n.º 1 da CRP, o artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP, quando interpretado no sentido da irrecorribilidade do acórdão da Relação que, inovadoramente, face à absolvição em 1.ª instância, condene o arguido em pena de prisão não superior a 5 anos, suspensa na sua execução.

⁷⁸ Acórdão do TC n.º 525/2021, de 13 de julho de 2021, processo n.º 1465/2017, Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros e Conselheira Mariana Canotilho, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210525.html>, o qual revogou o acórdão n.º 102/2021, que havia declarado inconstitucional por violação do artigo 32.º, n.º 1 da CRP, o artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP, quando interpretado no sentido da irrecorribilidade do acórdão da Relação que, revertendo decisão absolutória parcial proferida pela 1.ª instância, agrave, sem ultrapassar o limite de 5 anos, a pena unitária de prisão, suspensa na sua execução, em que o arguido havia sido condenado na 1.ª instância.

perverso efeito de adiar por mais algum tempo a decisão final” (acórdão do TC n.º 525/2021, citando o voto de vencido no acórdão n.º 31/2020).”

Acrescentando-se ainda:

“(…) quando se debata pena de menor grau de intrusão, comportará flexibilidade para que admita cedência para outros valores constitucionais que subjazem ao edifício jurídico do processo criminal, designadamente os relacionados com a eficiência da ação penal.”

Vejamos: os acórdãos do TC n.º 523/2021, 524/2021 e 525/2021, proferidos antes da alteração legislativa que fixou a atual redação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP, persistem na declaração de não inconstitucionalidade daquelas interpretações, considerando que o direito ao recurso, previsto no artigo 32.º, n.º 1 da CRP, não se encontrava violado quando não seja possível recorrer do acórdão da Relação que:

- a) Condene o arguido em pena de multa, ainda que a decisão da 1.ª instância seja de carácter absolutório;
- b) Condene o arguido em pena de prisão não superior a 5 anos, suspensa na sua execução;
- c) Reverta a decisão absolutória parcial proferida pela 1.ª instância, agravando, sem ultrapassar o limite de 5 anos, a pena unitária de prisão, suspensa na sua execução, em que o arguido tenha sido condenado na 1.ª instância.

De igual forma, a decisão sumária que deu origem à reclamação para a conferência do TC e, conseqüentemente, à prolação do acórdão n.º 365/2022, justifica a sua decisão de não inconstitucionalidade com base nesses acórdãos.

Do exposto resulta que o referido acórdão do TC n.º 365/2022 abre a porta a uma interpretação restritiva do artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP, da qual resulta a inadmissibilidade do recurso para o STJ, pelo menos, nos casos em que a pena de prisão aplicada inovadoramente pelo tribunal da Relação tenha sido suspensa na sua execução.

Fá-lo, após a entrada em vigor da alteração legislativa de 2021, embora com fundamento em acórdãos proferidos em momento anterior a essa alteração legislativa, os

quais não foram tomados em consideração pelo legislador responsável pela atual redação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP.⁷⁹

6.2. Conclusões preliminares

De facto, e como vimos antes, a desconformidade com a Lei Fundamental não era uma questão inequívoca na doutrina, assim como na jurisprudência, inclusive do próprio TC, o que acarreta alguma insegurança jurídica, fruto das alterações na jurisprudência do TC, que sofrem flutuações, reflexo de interpretações mais ou menos restritivas do artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP, aduzindo-se argumentos relacionados com a menor gravidade da pena aplicada (como é o caso da suposta menor gravidade da pena de multa) ou da maior ou menor ingerência nos direitos fundamentais do arguido (como é o caso da menor ingerência nos direitos fundamentais do arguido resultante da aplicação de uma pena de prisão suspensa na sua execução)⁸⁰.

Certo é que, mesmo que se concorde, como premissa principal, com a solução atualmente consagrada na alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP, que parte do pressuposto de que é necessário garantir ao arguido a possibilidade de recorrer da primeira

⁷⁹ Criticando a atual solução legal, Nuno A. Gonçalves: “A racionalidade desta solução radica no entendimento de que deve ser conferido o direito de submeter a reapreciação por um tribunal superior toda e qualquer decisão condenatória proferida em 1.ª instância ou, inovatoriamente, em 2.ª instância, seja qual for a pena aplicada e não apenas para sindicância do julgamento em matéria de direito, como também para verificação da própria correção e suficiência à luz das regras da experiência comum e da racionalidade da lógica jurídica da sua construção. (...) Não obstante, também não se perspetiva justificação convincente para que o Supremo Tribunal deva sindicinar a decisão da Relação que, em recurso, aplicou, inovatoriamente, penas de escassíssima gravidade – por exemplo, multas muito inferiores à generalidade de coimas aplicadas em processo de contraordenação, enquanto o arguido condenado em 1.ª instância em idêntica pena de multa, em recurso, viu a condenação convertida em pena de prisão efetiva inferior a cinco anos de prisão ou que viu revogada a decisão de aplicação de pena suspensa e decretado o seu cumprimento em regime carcerário (em prisão efetiva).”, GONÇALVES, NUNO A., “Alterações ao regime do Recurso Ordinário”, in a *Revista do Supremo Tribunal de Justiça*. Edição semestral, jan-jun de 2022, pp. 91 e 92.

⁸⁰ Critério que é desde logo questionável, como refere Helena Morão: “O primeiro ponto de discordância reside, pois, num aspecto qualitativo: o significado da condenação penal, que, para os acórdãos revogados, traduz um desvalor em si, enquanto, para os acórdãos revogatórios, comporta um desvalor condicionado pela natureza (privativa ou não privativa da liberdade) da pena que lhe é associada. (...) ao eleger, como critério de decisão de constitucionalidade, sob o n.º 1 do artigo 32.º da Constituição, o tipo de pena aplicada, desvalorizando a novidade da condenação em si mesma, este rumo jurisprudencial aparenta desconhecer, no quadro desta teoria da punição, a função expressiva e a natureza de veículo comunicativo da própria decisão condenatória, i.e., que é justamente na condenação que a expressão de censura penal pelo Estado atinge o seu expoente, dirigindo-lhe a desaprovação merecida pelo crime cometido, independentemente da sanção escolhida”, MORÃO, Helena, “Um não julgamento de inconstitucionalidade em julgamento – acerca da jurisprudência constitucional sobre o direito de recurso de primeiras condenações em segunda instância em pena não privativa da liberdade”, in *Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, Ano n.º 13, jan-jun de 2021, pp. 84 e 85.

decisão condenatória contra si proferida, independentemente da espécie de pena aplicada e da sua efetiva execução, não podemos ignorar que esta solução legal não se encontra conforme com a jurisprudência mais recente do TC, pelo menos nos casos em que dessa condenação inovadora resulte a aplicação de uma pena não privativa da liberdade ou uma pena de prisão suspensa na sua execução.

Não estamos com isto a concordar com essa jurisprudência recente do TC, até porque a mesma nunca foi unânime e não nos parece que essa unanimidade venha a ser alcançada (nem temos por certo que tal desígnio seja desejável), mas tão só a constatar que a atual redação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP não está conforme com a mencionada jurisprudência, sendo muito provável que em futuras fiscalizações concretas da constitucionalidade, a referida norma venha a ser declarada inconstitucional, o que pode contribuir para uma futura alteração da redação deste preceito que, deste modo, parece nunca poder encontrar a sua desejada estabilidade legislativa.

CAPÍTULO VII

Posição do arguido pessoa coletiva após a alteração legislativa de 2021: a (in)adequação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP

7.1. A aparente consideração das pessoas coletivas arguidas no âmbito objetivo do artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP

Com a alteração legislativa de 2021 poderíamos considerar que o legislador, ao admitir o recurso para o STJ das decisões proferidas pela Relação que, em primeira instância, apliquem pena não privativa da liberdade a um arguido anteriormente absolvido pelo tribunal de 1.ª instância, tomou em consideração a especificidade dos arguidos pessoas coletivas ou de natureza equiparada e a circunstância incontornável de apenas lhes poder ser aplicada uma pena não privativa da liberdade. Não obstante, não cremos que tenha sido essa a real intenção do legislador, acabando por ser apenas uma consequência inevitável resultante da atual letra do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP.

Por outras palavras, parece-nos que o legislador não pretendeu abranger ativamente os arguidos pessoas coletivas ou de natureza equiparada, pelo texto da norma, admitindo-lhes sempre a possibilidade de recurso na sequência de uma primeira condenação.

Se atentarmos à exposição de motivos que antecedeu a alteração legislativa, a referência à necessidade de assegurar o direito ao recurso aos arguidos que revistam a natureza jurídica em apreço não é afluída. De igual forma, o assunto não era com frequência referido nas críticas doutrinárias e na jurisprudência que incidiam sobre esta disposição normativa.

Acreditamos que tal alteração se deveu, por um lado, à necessidade de responder às críticas gerais que eram sobretudo apontadas por referência aos arguidos pessoas

singulares, descurando a realidade processual das pessoas coletivas⁸¹, cujo reconhecimento penal e, sobretudo, processual penal é mais recente.⁸²

Ainda assim, as pessoas coletivas e de natureza equiparada, não obstante os tipos de penas que se lhes podem ser aplicados, encontram-se abrangidas pela atual redação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, podendo, por conseguinte, recorrer de decisões proferidas pela Relação, em recurso, que as condenem, na sequência de uma absolvição proferida em 1.ª instância.

7.2. Problemas que persistem após a alteração legislativa de 2021

Perguntamos, no entanto, se um enquadramento processual dos recursos penais, de modo indiferenciado (isto é, sem atender à específica natureza jurídica do arguido), em particular do recurso que nos tem vindo a ocupar, corresponde à melhor solução legal que o legislador português poderia almejar. E, antecipadamente, avançamos com uma resposta negativa à questão colocada – um enquadramento em sede de recursos, sem distinção, entre arguidos que sejam pessoas singulares e arguidos que sejam pessoas coletivas ou de natureza equiparada, não nos parece ser a melhor solução.

Em primeiro lugar, a atual redação do artigo 400.º, n.º1, alínea e), do CPP, acaba por refletir a adoção de dois critérios pelo legislador para efeitos de admissibilidade do recurso: por um lado, e a título principal, o critério da primeira condenação; por outro lado, a título acessório, quando a decisão de 1.ª instância não seja absolutória, funciona o critério da gravidade da pena aplicada, relacionado com a gravidade do crime em causa.

⁸¹ Como refere Ana Sofia Correia Magalhães, “(...) cremos ser manifesto que, a par das demais vicissitudes processuais, na extensão dos direitos e deveres às pessoas coletivas, porquanto foram pensados pelo legislador somente para as pessoas singulares, é imperativo ter em consideração as especificidades da sua natureza”, MAGLHÃES, Ana Sofia Correia, *A responsabilidade penal das pessoas coletivas sob o ponto de vista processual* [Em linha]. Minho. Universidade do Minho – Escola de Direito, julho de 2018, p. 78, disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/60744/1/Tese+Mestrado+-+Vers%C3%A3o+Final+-+Ana+Correia+Magalh%C3%A3es.pdf>.

⁸² “A assunção expressa no Código Penal da responsabilidade penal das pessoas coletivas trouxe, desde logo, um ganho de coerência sistemática; efetivamente, tal consagração era já uma realidade em diversos diplomas avulsos – com realce para o diríamos DL 28/84, de 20 de janeiro – pelo que continuar a fazer do direito penal de justiça uma sede de livre actuação das entidades colectivas, sem consequências criminais, seria mesmo fazer perigar a “posição hierárquica” daquele, relativamente ao commumente designado direito penal secundário, onde a “atenção” e exigência dada à sua actuação, se revela precisamente através dessa responsabilização.”, MEIRELES, Mário Pedro, “A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao Código Penal ditada pela Lei 59/2007, de 4 de setembro: algumas notas. *JULGAR*, n.º 5, 2008, pp. 122 e 123.

E, se, por um lado, as pessoas coletivas ou de natureza equiparada ficam salvaguardadas, em sede de recurso, de forma implícita, pela adoção do primeiro critério mencionado (o da primeira condenação), porque, sendo condenadas pela Relação, na sequência de um recurso de uma decisão absolutória, poderão sempre recorrer; por outro lado, caso sejam condenadas em 1.ª instância, o critério da gravidade da pena não lhes é aplicável, uma vez que, independentemente da pena que o tribunal da Relação possa considerar mais adequada, esta será sempre uma pena não privativa da liberdade, proferida na sequência de um recurso de uma decisão condenatória e, por conseguinte, insuscetível de recurso. O que, a nosso ver, evidencia que a preocupação do legislador não foi a de dar enquadramento legal ao regime dos recursos para arguidos que sejam pessoas coletivas ou de natureza equiparada, tendo este sido apenas um efeito colateral da alteração legislativa de 2021.

O legislador começou por reconhecer a responsabilidade penal das pessoas coletivas e a sua autonomia em face da responsabilidade penal das pessoas singulares que a ela estejam ligadas,⁸³ catalogou o conjunto de crimes que podem ser imputados aos arguidos

⁸³ Em relação ao fundamento da responsabilidade criminal das pessoas coletivas ou de natureza equiparada, numa perspetiva com a qual se concorda por respeitar o princípio da responsabilidade penal individual e por obstar a uma responsabilidade penal objetiva: “A leitura do artigo 11.º do Código Penal logo revela a importância do facto cometido pela pessoa singular para a construção da responsabilidade colectiva. Tal facto constitui o objecto da imputação (aquilo que se pune), mas não o fundamento da imputação (a razão por que se pune), já que o princípio da responsabilidade penal pessoal nos obriga a autonomizar e a dissociar a responsabilidade individual e a colectiva. (...) É apenas condição necessária, não suficiente, da responsabilização colectiva a comissão corporeamente própria do facto punível (artigo 11.º, n.º 2, alínea a), do Código Penal) ou através do exercício do domínio da organização para a sua execução (n.º 2, alínea b)), por parte das pessoas que nela ocupam uma posição de liderança. (...) Mas, condicionar a responsabilidade da pessoa jurídica à identificação funcional do líder, que realizou o facto cuja imputação se discute (artigo 11.º, n.º 2, alínea a)) ou que dominou a organização para a sua execução (respectiva alínea b)), não significa subordinar a responsabilidade colectiva à culpa individual. (...) A alínea a) do n.º 2 do artigo 11.º reporta-se aos crimes corporeamente cometidos por acção ou omissão próprias da pessoa com posição de liderança. Está em causa uma autoria em virtude de domínio activo ou omissivo do facto típico. O que pressupõe uma actividade ou inactividade corpórea própria e tipicamente relevante, portanto, uma relação directa (nesse sentido) com a realização do crime. A respectiva alínea b) refere-se aos crimes activos ou omissivos, cometidos pelo líder por via do seu domínio da organização modelador da execução típica. Um domínio da organização para a execução do facto típico legalmente identificado pela referência à autoridade para exercer o controlo do sector da actividade colectiva em que se deu o facto típico. Assim, releva, já não um domínio directo (corpóreo) do facto por acção ou omissão própria, mas um domínio indirecto (social) por via de um domínio da organização para a execução típica do facto. (...) o princípio da responsabilidade penal pessoal obsta a que a colectividade responda por um ilícito alheio. Por isso se exige a comprovação de que o ilícito da pessoa singular é, de alguma forma, também um ilícito da organização. Por outras palavras: há que demonstrar que, por via do facto punível realizado (corpórea ou socialmente) pelo líder, a pessoa jurídica exerce o seu próprio domínio da organização para a execução do ilícito típico. (...) Dir-se-á que a pessoa jurídica exerce o seu próprio domínio da organização para a execução de um facto típico (...), sempre que não tomou as medidas organizativas, de gestão e de controlo adequadas a evitar o facto concreto. Portanto, o dever de se organizar e vigiar de modo a obstar ao ilícito acontecido é também fundamento de imputação do facto à pessoa jurídica, já que esta responde ainda pelo seu funcionamento ou exploração criminosos. (...) Isto significa que a responsabilidade da pessoa colectiva se funda: (1) na determinação dos elementos essenciais do crime através de condições criminógenas de

que assumam essa natureza jurídica, conforme resulta do artigo 11.º, n.º 2 do CP, consagrou penas específicas para os arguidos que sejam pessoas coletivas ou de natureza equiparada, nos artigos 90.º-A e seguintes do CP, criou um regime específico para a representação da pessoa coletiva em todos os atos processuais que lhe dizem respeito, bem como um regime específico de notificações, entre outras incidências processuais incluídas a partir de 2007, no CPP, e em especial, com a alteração legal de 2021. Ainda que possam ser feitas algumas críticas⁸⁴ relativamente a estas soluções legais que se

organização e funcionamento e/ou de uma filosofia criminógena de actuação jurídico-económica; (2) num domínio da organização para a execução do facto (que exerce por intermédio dos factos dos seus líderes, cometidos em seu nome); e, ainda, (3) no domínio da organização para a não comissão do crime. (...) Nisto vai implícito o reconhecimento de que o facto típico, cometido através da organização de que é titular o ente colectivo, pode e deve ser duplamente valorado, na perspectiva da responsabilidade individual e na da responsabilidade colectiva. Assim o exigem o princípio da determinação do facto sancionado (consequente à proibição de uma culpa pelo carácter ou pela condução da vida de um Estado de Direito democrático) e o imperativo da responsabilidade penal pessoal de qualquer sujeito. Em causa não está exactamente um dupla valoração do mesmo facto, nem, em rigor, uma dupla punição de pessoas diferentes pelo mesmo facto, porque ao menos a diversidade dos fundamentos da imputação assegura a diversidade do facto.”, BRITO, Teresa Quintela de, “Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual”, in *Direito Penal Económico e Financeiro – Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento*, coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes, Coimbra Editora, 2012, pp. 201 a 225.

Após a entrada em vigor da Lei n.º 94/2021, e com as alterações introduzidas ao artigo 11.º do CP, a autora critica os novos critérios gerais de imputação de responsabilidade penal aos entes coletivos, resultantes da utilização da fórmula “por conta” e da fórmula “no interesse direto ou indireto” da pessoa coletiva, concluindo que “*Nada se ganhou em conteúdo, tempo e eficácia ao nível dos critérios de atribuição de responsabilidade à pessoa colectiva com a fórmula alternativa da actuação em nome ou por conta desta, que não estivesse já contido no anterior requisito da actuação em nome do ente, i.e., no quadro do exercício de competências, tarefas e funções que habilitaram especial e funcionalmente o agente singular a intervir no facto colectivo. (...) a fórmula do interesse directo ou indirecto carece de sentido, já que na prática do facto colectivo devem intervir agentes singulares funcionalmente ligados ao ente e no quadro de exercício das competências, funções e tarefas em que o mesmo os investiu para a realização do respectivo objecto (imediato ou mediato). Este modelo de imputação de responsabilidade (misto de hétero e auto-responsabilidade) é dificilmente compatível com a prossecução de um outro interesse, que não o próprio e directo, do ente colectivo a responsabilizar.*”, BRITO, Teresa Quintela de, “Lei n.º 94/2021: novos critérios de imputação de responsabilidade penal aos entes colectivos, responsabilização da sociedade-mãe e (ir)relevância dos programas de compliance”, in *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Responsabilidade Empresarial*, org. Paulo de Sousa Mendes, Teresa Quintela de Brito, Rui Soares Pereira, José Neves da Costa e Miguel da Câmara Machado, Almedina, 2023, pp. 409 e 410.

E, também recentemente, “*(...) as pessoas jurídicas só podem responder criminalmente se, além de terem conformado e dominado positivamente a organização para a execução do facto por intermédio de quem nelas exerce autoridade sobre a actividade em cujo exercício foi cometido o crime a imputar-lhe, efectivamente dominarem a organização para a não comissão do crime. Ora, as pessoas jurídicas dominam a organização para a não comissão do crime se estiverem na sua disponibilidade efectiva as medidas organizativas, de gestão e de fiscalização idóneas e necessárias para obstar à sua prática. Deste modo, o domínio da organização para a não comissão do crime configura-se como um pressuposto da culpa colectiva. (...) Por outras palavras: a pessoa colectiva é responsabilizada através de um procedimento de “vai-e-vem”. Ou seja: pelos actos que projecta “de dentro para fora”, através dos seus titulares de órgão, representantes e dirigentes, mas sem nunca se poder deixar de olhar, simultaneamente, “de fora para dentro”, averiguando como o facto colectivo exterior se relaciona com a peculiar forma de organização, funcionamento e/ou actuação jurídico-económica do ente.*”, BRITO, Teresa Quintela de, *Plaidoyer por uma autêntica responsabilidade penal de entes colectivos*, AAFDL Editora, 2023, pp. 988 a 994.

⁸⁴ Por exemplo, no que respeita às penas aplicáveis às pessoas coletivas ou de natureza equiparada e defendendo a não segregação entre penas principais e penas acessórias: “*O bom caminho teria sido, pensamos nós, o que nos é dado pela Lei 99/2003, de 21 de Agosto, o Código do Trabalho, sobretudo, no*

encontram atualmente consagradas, cuja reflexão é importante e necessária a eventuais alterações que se venham a materializar, e apesar do empenho do legislador em robustecer o enquadramento penal dos entes coletivos, o que é certo é, no campo dos recursos, não foi criada nenhuma disciplina autónoma, como a nosso ver se impunha.

Com efeito, na prática, o sistema de recursos penais, quando os processos-crime sejam dirigidos contra pessoas coletivas ou entidades equiparadas, continua a manifestar fragilidades que, resultam, essencialmente, da falta de iniciativa do legislador em criar um regime de recursos próprio, que, a nosso ver, e à semelhança do que foi feito com outras matérias específicas, tanto de natureza adjetiva, como de natureza processual, se torna necessário.⁸⁵

*seu artigo 610.º, que prevê a aplicação isolada ou cumulativa das penas de multa, interdição temporária do exercício da actividade de dois meses a dois anos ou a privação do direito a subsídios ou subvenções, outorgados por entidades ou serviços públicos, de um a cinco anos. (...) Queremos com isto dizer, no nosso modesto entendimento, que teria sido mais profícuo enunciar, como penas principais, não só a pena de multa, a pena de dissolução, como também as penas de caução de boa conduta (artigo 90.º-D), vigilância judiciária (artigo 90.º-E), proibição de celebrar contratos (artigo 90.º-H), privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos (artigo 90.º-I), interdição do exercício de actividade (artigo 90.º-J), encerramento do estabelecimento (artigo 90.º-L) e a publicidade da sentença condenatória (artigo 90.º-M), permitindo a sua cumulação entre si (excepto, naturalmente, com a pena de dissolução, que só poderia ser cumulável com a pena da publicidade da sentença condenatória, e prevendo algumas incompatibilidades nessa cumulação, como, por exemplo, não permitir a cumulação da pena de multa com a caução de boa conduta, excepto se tivesse sido criada a figura da suspensão da pena de multa, situação em que tal cumulação já faria todo o sentido, como reforço da sua eficácia).”, MEIRELES, Mário Pedro, “A responsabilidade penal das pessoas coletivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao Código Penal ditada pela Lei 59/2007, de 4 de setembro: algumas notas”. *JULGAR*, n.º 5, 2008, pp. 131 e 132.*

⁸⁵ Veja-se o exemplo do ordenamento jurídico italiano, onde as pessoas coletivas ou de natureza equiparada, apesar de responderem administrativamente pela prática dos ilícitos-típicos que as pessoas singulares que lhes estejam funcionalmente ligadas tenham praticado, têm um regime autónomo para efeitos de impugnação das sanções administrativas que lhes sejam aplicadas. Neste contexto, relevam os artigos 71.º, 72.º e 73.º do Decreto legislativo de 8 junho de 2001, n.º 231, disponível em <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2001-06-08:231>. Veja-se, em particular, o disposto no artigo 71.º do Decreto legislativo italiano de 8 de junho de 2001, n.º 231, sob a epígrafe “*Impugnazioni delle sentenze relative alla responsabilità amministrativa dell'ente*”:

“1. *Contro la sentenza che applica sanzioni amministrative diverse da quelle interdittive l'ente puo' proporre impugnazione nei casi e nei modi stabiliti per l'imputato del reato dal quale dipende l'illecito amministrativo.*

2. *Contro la sentenza che applica una o più sanzioni interdittive, l'ente puo' sempre proporre appello anche se questo non è ammesso per l'imputato del reato dal quale dipende l'illecito amministrativo.*

3. *Contro la sentenza che riguarda l'illecito amministrativo il pubblico ministero puo' proporre le stesse impugnazioni consentite per il reato da cui l'illecito amministrativo dipende.”*

Deste artigo resultam algumas conclusões relevantes que têm aplicação no ordenamento jurídico italiano e que poderiam servir de inspiração ao legislador português. Em primeiro lugar, o legislador italiano permite o acesso do ente coletivo ao recurso, em todos os casos e de todas as formas, que este se encontrar previsto para as pessoas singulares. Adicionalmente, e mesmo nos casos de aplicação de uma “*sanzioni interdittive*”, que o legislador italiano tipifica no artigo 9.º, n.º 2 do Decreto legislativo em apreço, e que correspondem, de um modo geral, às penas previstas no artigo 90.º-A, n.º 2, alíneas b), c), d) e f), do CP, o legislador italiano prevê que os entes coletivos possam sempre impugnar as decisões que apliquem essas sanções. Deste modo, no ordenamento jurídico italiano há um efetivo reconhecimento da especificidade da natureza jurídica dos entes coletivos e das sanções que se lhes podem aplicar, o que se materializa num regime de impugnação específico.

Para demonstrar a nossa linha de pensamento, iremos recuperar alguns exemplos acima mencionados e procurar perceber como funciona a aplicação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, naqueles casos, e tendo em consideração a atual redação da norma:

- a) A situação em que o tribunal da Relação, em sede de recurso de decisão condenatória de 1.ª instância, não reverte a decisão, mas altera a sanção principal aplicada (ou seja, o tribunal de 1.ª instância aplicou uma pena de multa e o tribunal da Relação aplica uma pena de dissolução), ou
- b) A situação em que o tribunal da Relação, em sede de recurso de decisão condenatória de 1.ª instância, não reverte a decisão, mas decide aplicar uma pena acessória que se encontra legalmente prevista para os entes coletivos, cumulando-a com a pena de multa aplicada em 1.ª instância, ou ainda,
- c) A situação em que o tribunal da Relação, em sede de recurso de decisão condenatória de 1.ª instância, não reverte a decisão, mas agrava a pena de multa aplicada, a qual, tendo em conta o tipo de crime em causa e a fórmula de conversão da pena de prisão em pena de multa que se encontra legalmente prevista, pode corresponder a uma pena efetiva de prisão superior a 5 anos ou até mesmo superior a 8 anos.

De facto, a letra do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP não permite responder a estes casos, na medida em que não existe uma decisão absolutória em 1.ª instância, pelo que este artigo não pode, de forma literal, ser aplicado. Aliás, à *contrário*, resulta do referido artigo que, nestes casos, o recurso para o STJ não é admissível.

Como indicado acima, as situações descritas não correspondem a uma condenação inovadora, mas sim a uma dupla conforme quanto à condenação, ainda que não exista uma dupla conforme sancionatória, tendo em consideração que as penas aplicadas em sede de recurso pela Relação poderão ser, em alguns casos, mais restritivas dos direitos fundamentais dos arguidos⁸⁶.

⁸⁶ Para a maioria da doutrina, uma situação de dupla conforme condenatória pode descrever-se da seguinte forma: “A confirmação significa que a decisão de 1.ª instância não é alterada na sua parte decisória. Se o tribunal da relação mantém integralmente a parte decisória da 1.ª instância e da relação. Assim, se a Relação rejeita o recurso nos termos do art. 420.º, e em consequência mantém-se a decisão de 1.ª instância, há dupla conforme. A jurisprudência considera também que há dupla conforme quando o tribunal da relação, confirma a condenação e aplica pena menos grave do que a pena aplicada na decisão recorrida.”, SILVA, Germano Marques da, *Direito Processual Penal Português – Do Procedimento (Marcha do Processo)*, Universidade Católica Editora, Vol. 3, Lisboa, 2018, p. 312. Não obstante, esta posição não é unânime, existindo quem considera que só existe dupla conforme numa situação em que o tribunal de

Adicionalmente, se olharmos para a panóplia de alíneas previstas no artigo 400.º, n.º 1 do CPP, observamos que há certos casos em que o legislador permite o recurso para o STJ, mesmo perante uma dupla conforme condenatória. Referimo-nos à alínea f) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP que, numa interpretação, à *contrário*, permite o recurso para o STJ das decisões da Relação que condenem o arguido, confirmando a decisão condenatória proferida em 1.ª instância, e apliquem pena de prisão superior a 8 anos.

Uma vez mais nota-se a impreparação do regime da (in)admissibilidade dos recursos para o STJ quando estejam em causa entes coletivos. O artigo 400.º, n.º 1, alínea f), do CPP, também não é aplicável aos arguidos que sejam pessoas coletivas ou entidades equiparadas, pelo mesmo motivo já mencionado aquando da análise da alínea e) do mesmo artigo – as pessoas coletivas ou entidades equiparadas não podem ser presas.

Com efeito, o legislador considerou que, perante a aplicação de uma pena de prisão superior a 8 anos, o recurso para o STJ deveria estar assegurado, considerando que a gravidade da pena aplicada justificava um terceiro grau de jurisdição, mesmo tendo a 1.ª instância e a Relação concordado quanto à condenação.

Consequentemente, as perguntas que fazemos são as seguintes:

- a) Não terá a pena de dissolução para um ente coletivo idêntica gravidade à pena de prisão superior a 8 anos aplicada a uma pessoa singular?

recurso acompanha toda a decisão tomada pelo tribunal hierarquicamente inferior, quer no que respeita à questão da culpa, quer no que se refere à determinação da pena, quer ainda no que se relaciona com os fundamentos da decisão: “*O recurso ao mecanismo da dupla conforme parece-nos que está «debilitado» em função de dois elementos essenciais caracterizadores do vigente esquema de recursos: a) por um lado, o julgamento do recurso está delimitado pelos pontos de facto da sentença que foram impugnados por qualquer um dos sujeitos processuais (em homenagem ao chamado princípio da cindibilidade dos recursos), o que implica que o tribunal de recurso apenas decide – ou pode decidir – sobre aspetos parcelares da decisão de 1.ª instância e não – como, eventualmente, estaria subjacente à estrutura da dupla conforme – sobre todo o objecto do processo; b) por outro lado, é característico da «Apelação» penal que, dentro dos limites de cognição definidos pelos recursos interpostos, o tribunal de recurso tenha a plenitude dos poderes de decisão (com o limite imposto pelo princípio da proibição da reformatio in pejus), pelo que não está condicionado pelo chamado «princípio do pedido». Com efeito, na obsta a que tendo o MP recorrido, propugnando uma agravação d apena, o tribunal, inversamente, não só atenua, como mesmo isente o arguido da pena. Daqui resulta, a nosso ver, que o conceito de confirmação deverá ser interpretado no sentido de que a confirmação se verificará apenas quando o Tribunal da Relação mantenha, na íntegra, a decisão do tribunal de 1.ª instância (...)*”, CUNHA, José Damião da, “A estrutura dos recursos na Proposta de Revisão do CPP – Algumas considerações”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 8, jan-mar de 1998, Coimbra Editora, pp. 251-275.

- b) Não terá a pena de multa, cumulativamente aplicada com uma pena de interdição da atividade da pessoa coletiva (pelo menos de uma pena de interdição definitiva⁸⁷, nos casos previstos no artigo 90.º-J, n.º 2, do CP), por exemplo, idêntica gravidade à pena de prisão superior a 8 anos aplicada a uma pessoa singular?
- c) Não terá a pena de multa superior a 960 dias⁸⁸ idêntica gravidade à pena de prisão superior a 8 anos aplicada a uma pessoa singular?

Acreditamos que a resposta não seja sempre e em todos os casos afirmativa. No entanto, o simples facto de termos a necessidade de questionar a justiça destes casos, demonstra que o artigo 400.º, n.º 1 do CPP, globalmente analisado, não está pensado para os casos em que os arguidos sejam pessoas coletivas ou de natureza equiparada, mesmo após a alteração legislativa de 2021.

De facto, a análise da gravidade concreta da pena aplicada aos arguidos que sejam entes coletivos dependerá desde logo do conteúdo da própria pena, e, ainda, de factores relativos ao concreto arguido, à sua concreta atividade ou fins prosseguidos, à sua maior ou menor disponibilidade económica e concretas repercussões que a pena aplicada implique. No entanto, da análise em abstrato, observamos que, pelo menos em termos hipotéticos, poderão existir situações em que as penas acima referidas a título de exemplo, impliquem a extinção da pessoa coletiva ou de natureza equiparada ou, pelo menos, uma compressão significativa dos seus direitos fundamentais, sem que lhe seja conferida a possibilidade de recorrer para o STJ.

E o problema identificado é transversal ao artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP: da atual redação deste artigo resulta que, quando o tribunal da *ad quo* tenha condenado o arguido na 1.ª instância, sendo depois aplicada pena de prisão não superior a 5 anos ou pena privativa da liberdade pela Relação, o recurso para o STJ não é admitido, uma vez que a decisão da Relação não corresponde a uma condenação inovadora.

⁸⁷ A pena de interdição definitiva encontra-se prevista no artigo 90.º-J, n.º 2 do CP, cuja previsão legal teve como inspiração o direito francês. Neste sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal - À luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 5.ª Edição atualizada, Universidade Católica, 2022, comentário ao artigo 90.º-J do CP, pp. 467 e 468.

⁸⁸ De acordo com o artigo 90.º-B, n.º 1, do CPP, um mês de prisão corresponde, para as pessoas coletivas e entidades equiparadas, a 10 dias de multa. Deste modo, uma pena de prisão superior a 8 anos (96 meses) corresponde a uma pena superior a 960 dias de multa.

Se optarmos por um raciocínio *ad consequentiam* percebemos, então, que se um ente coletivo for condenado em 1.^a instância e novamente condenado pela Relação, o seu recurso nunca será admitido, uma vez que a pena aplicada será sempre não privativa da liberdade e não existiu uma condenação inovadora proferida pela Relação. E isto, mesmo que a pena aplicada, adotando o paralogismo, seja tão grave como uma pena de prisão superior a 8 anos ou corresponda a uma pena de dissolução.

Em suma, da interpretação conjugada das alíneas e) e f) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP resulta que apenas são admitidos recursos para o STJ: *i*) de decisões condenatórias proferidas pela Relação, em sede de recurso de decisão absolutória de 1.^a instância, independentemente da pena aplicada, e *ii*) de decisões condenatórias proferidas pela Relação, que confirmem a decisão condenatória da 1.^a instância, e apliquem uma pena de prisão superior a 8 anos.⁸⁹

Parece-nos, no mínimo, que o legislador tratou este regime da (in)admissibilidade do recurso para o STJ com dois pesos e duas medidas. Da primeira possibilidade de recurso elencada, retiramos a conclusão de que as pessoas coletivas ou de natureza equiparada poderão sempre recorrer, quando a primeira decisão condenatória seja proferida pela Relação, em sede de recurso, independentemente da gravidade da pena concretamente aplicada. Da segunda possibilidade mencionada, decorre a circunstância de que, existindo dupla conforme condenatória, as pessoas coletivas ou entidades de natureza equiparada nunca poderão recorrer, independentemente da gravidade da pena concretamente aplicada, porque nunca corresponderá a uma pena privativa da liberdade (o que não ocorre com os arguidos pessoas singulares, consubstanciando uma desigualdade do regime de recursos resultante da diferente natureza jurídica do arguido em questão).

Com efeito, o legislador afasta “pela porta” o critério da gravidade do crime e consequente gravidade da pena concretamente aplicada ao arguido, com a alteração do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, em 2021, mas permite que esse mesmo critério

⁸⁹ Na verdade, se interpretarmos as alíneas e) e f) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP, iremos concluir que o recurso apenas será admissível quando a decisão proferida pela Relação aplique uma pena de prisão superior a 8 anos. Vejamos: mesmo que existam duas decisões condenatórias proferidas pela 1.^a instância e, posteriormente, pela Relação, e mesmo que a Relação tenha aplicado 7 anos de prisão ao arguido, o recurso não é admissível. Poderíamos, à primeira vista, considerar que seria admitido recurso, por força da aplicação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e) do CPP, tendo em conta que a pena de prisão aplicada é superior a 5 anos de prisão. No entanto, a alínea f) do mesmo artigo, reduz os casos que se encontram excluídos da não admissibilidade de recurso da alínea e) do CPP, porque faz depender a possibilidade de recurso para o STJ da aplicação de uma pena superior a 8 anos.

continue a “entrar pela janela”, através da redação do artigo 400.º, n.º 1, alínea f), do CPP que se manteve inalterada.

Mais do que fazer sucessivas alterações ao artigo 400.º, n.º 1, do CPP, procurando colmatar as fragilidades que são apontadas pela doutrina e jurisprudência ao longo do tempo, seria útil uma reflexão aprofundada e a definição de um critério pelo legislador, que atribuísse alguma estabilidade ao preceito legal e alguma segurança jurídica aos intérpretes e aplicadores do direito. E, adicionalmente, que atendesse à diferença qualitativa existente entre as pessoas singulares e os entes coletivos que sejam constituídos arguidos em processos-crime, refletindo essa diferença no correspondente regime de recursos que lhe seja adstrito, em particular no que respeita à possibilidade de recurso perante o STJ⁹⁰.

7.3. Conclusões preliminares

De tudo o que foi exposto, resulta claro que os arguidos que sejam pessoas coletivas ou de natureza equiparada ficam mais protegidos com a atual redação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, na medida em que, sempre que o tribunal de 1.ª instância os tenha absolvido, independentemente da pena que a Relação lhes venha a aplicar, estes terão sempre a possibilidade de recorrer para o STJ, porque o ponto fundamental para o legislador, nesta alínea, passou a ser o da primeira condenação em segunda instância.

Não obstante, embora a solução nos pareça adequada e constitucionalmente conforme, consideramos que o legislador apenas a alcançou, no que respeita aos arguidos que sejam entes coletivos, por via colateral, não tendo sido esse o seu real objetivo.

⁹⁰ Deste modo, ainda que o regime de recursos em processo penal deva atender às características específicas dos arguidos que sejam pessoas coletivas, deve também, em prol do princípio da igualdade, garantir que seja assegurado, com a mesma amplitude, o direito ao recurso, quer este seja exercido por arguidos que sejam pessoas singulares, quer por arguidos que sejam pessoas coletivas. Segundo ANA MARÍA NEIRA PENA é esta a solução assegurada pelo legislador espanhol: “*El régimen de recursos no se ha visto en absoluto modificado con la introducción de las personas jurídicas como nuevos sujetos pasivos del proceso penal. Por lo tanto, las posibilidades de impugnar de las personas jurídicas, que han sufrido un gravamen, como consecuencia de la sentencia dictada en el proceso en que han sido parte, son las mismas que las disponibles para cualquier outro sujeto pasivo, estando legitimadas, tras agotar todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales, para interponer recurso de amparo ante el TC y para actuar como demandantes ante el TEDH.*”, PENA, Ana María Neira, *La persona jurídica como parte pasiva del proceso penal*, Tesis doctoral realizada bajo la dirección de los profesores Agustín-Jesus Pérez Cruz Martín y Xulio Xosé Ferreiro Baamond, Universidade da Coruña, Año 2015, p. 885.

Tanto assim é, que as demais disposições do artigo 400.º, n.º 1 do CPP não acompanham essa inclusão dos entes coletivos que sejam arguidos em processo penal, uma vez que, outras alíneas, como é o caso da alínea f) do n.º 1, continuam a ter como critério o da gravidade da pena de prisão aplicada e, por conseguinte, não são dirigidos às pessoas coletivas ou de natureza equiparada.

Deste modo, consideramos, *de iure condendo*, que o legislador deverá clarificar a interpretação conjugada das alíneas e) e f) do artigo 400.º, n.º 1 do CPP. Em nosso entender, da leitura conjugada destes dois preceitos resultam as seguintes conclusões:

- a) São recorríveis todas as decisões condenatórias proferidas pela Relação na sequência de decisões absolutórias proferidas pelo tribunal de 1.ª instância (artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, *à contrário*);
- b) Não são recorríveis decisões condenatórias proferidas pela Relação, na sequência de uma condenação de 1.ª instância (ou seja, um cenário de dupla condenação), quando a pena aplicada pela Relação for uma pena não privativa da liberdade ou uma pena não superior a 5 anos de prisão (artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP);
- c) Não são recorríveis decisões condenatórias proferidas pela Relação, na sequência de uma condenação de 1.ª instância (ou seja, novamente, um cenário de dupla condenação), quando a pena aplicada pela Relação for uma pena de prisão não superior a 8 anos;
- d) São recorríveis as decisões condenatórias proferidas pela Relação, mesmo que confirmem uma condenação proferida em 1.ª instância, desde que a pena aplicada seja uma pena de prisão efetiva superior a 8 anos (artigo 400.º, n.º 1, alíneas e) e f), do CPP, *à contrário*).

Com efeito, com a introdução da parte final da alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP, deixa de fazer sentido a delimitação constante desta alínea referente à pena de prisão concretamente aplicada, porquanto esse critério apenas é convocado quando existe uma dupla condenação (na 1.ª instância e na Relação), ou seja, nos casos previstos na alínea f), exigindo-se, aí, a aplicação de uma pena de prisão efetiva superior a 8 anos para que o recurso seja admitido.

Se o legislador de 2021 considerou que as decisões condenatórias proferidas pela Relação, em sede de recurso, na sequência de uma decisão de absolvição, devem ser sempre suscetíveis de recurso, então, não faz sentido incluir, na alínea e), a referência à pena concretamente aplicada, tendo como limite os 5 anos ou as penas não privativas da

liberdade. Ainda para mais se, atentando ao disposto na alínea f), essas decisões apenas são recorríveis para o STJ se a pena aplicada pela Relação, em recurso de decisão condenatória da 1.^a instância, for superior a 8 anos. O legislador terá de optar e, se pretender manter o critério atualmente constante da alínea e) (ou seja, o critério da primeira condenação), então, terá de estabelecer qual a gravidade da pena que, perante uma dupla conforme condenatória, legítima, ainda assim, o recurso para o STJ (se superior a 5 anos, se superior a 8 ou outro limite que o legislador venha a fixar).

Adicionalmente, consideramos, também de *iure condendo*, que o legislador deve autonomizar a admissibilidade do recurso para o STJ dos arguidos que sejam pessoas coletivas ou de natureza equiparada e a admissibilidade do recurso para arguidos que sejam pessoas singulares, atenta a diferença qualitativa da natureza jurídica de ambos e as diferentes espécies de penas aplicáveis.

Por conseguinte, e de acordo com o critério que venha a ser fixado para as pessoas singulares, o mesmo deverá ser garantido para os entes coletivos. Dito de outro modo, se as pessoas singulares arguidas em processo-crime puderem recorrer de uma primeira decisão proferida pelo tribunal da Relação, em recurso, na sequência de uma decisão absolutória de 1.^a instância, tal como resulta da atual redação, então tal garantia deve ser conferida de igual forma aos entes coletivos.

Se, existindo uma dupla conforme condenatória entre as decisões de 1.^a e 2.^a instância, o legislador fizer depender o recurso para o STJ, para os arguidos que sejam pessoas singulares, da aplicação de uma pena de prisão de 5 ou 8 anos, atenta a gravidade dessa pena, então, terá de encontrar um critério equivalente que permita o recurso para o STJ por parte dos arguidos que sejam entes coletivos a quem a Relação, confirmando a decisão condenatória proferida em 1.^a instância, aplique uma pena considerada suficientemente grave para admitir esse recurso.

Não nos atrevemos a apresentar uma solução fechada, mas não temos dúvidas em considerar que a aplicação, pela Relação, em sede de recurso, ainda que na sequência de uma decisão de carácter condenatório proferida em 1.^a instância, de uma pena de dissolução, de uma pena de multa equivalente ao número de anos de prisão que for fixado pelo legislador como critério de admissibilidade do recurso para o STJ e de algumas penas acessórias, como a pena de interdição do exercício da atividade (pelo menos quando essa interdição tiver uma duração equivalente ao número de anos de prisão que for fixado pelo

legislador como critério de admissibilidade do recurso para o STJ), quando aplicadas cumulativamente com a pena de multa, é, certamente, suficientemente grave para admitir o recurso para o STJ.

Por fim, consideramos que esta concretização legal deve ser feita num artigo autónomo, à semelhança do que tem sido feito para outras temáticas relacionadas com as pessoas coletivas e de natureza equiparada, evitando confusões sistemáticas e interpretativas e soluções indiferenciadas para realidades tão distintas.

Conclusões finais

Na fase final desta dissertação de mestrado, recuperemos uma das frases com que a iniciámos: *errar humanum est, sed perseverare diabolicum*. Procuremos identificar o erro a que nos referimos e compreender se o mesmo persiste ou não, após as extensas linhas que já foram escritas a respeito da (in)constitucionalidade do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, quer pela jurisprudência do TC, quer pela doutrina. Acima de tudo, procuremos perceber se o erro persiste após a alteração legislativa de 2021, que modificou a redação de 2013, amplamente analisada.

Como mencionado acima, o ponto de partida para a análise do regime processual penal dos recursos é o artigo 399.º do CPP, do qual resulta a admissibilidade dos recursos que o legislador não tenha expressamente afastado. Deste modo, os recursos para o STJ são admitidos, exceto os casos em que a sua admissibilidade se encontre limitada, por força do disposto no artigo 400.º, n.º 1 do CPP.

De facto, a restrição do acesso ao STJ, incluindo a que resulta do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, tem como finalidade garantir a maior celeridade do sistema processual penal e evitar a sobrecarga do STJ, ao qual deve ficar conferida apenas a análise dos casos considerados mais graves.

Não obstante, as alíneas do n.º 1 do artigo 400.º do CPP, nas quais se inclui a alínea e) sobre a qual incidiu o nosso estudo, devem ser analisadas à luz dos parâmetros oferecidos pelo direito constitucional e pelo direito internacional. Com efeito, de forma a garantir que estas restrições são compatíveis com o disposto no artigo 32.º, n.º 1 da CRP, que consagra o direito ao recurso como uma garantia de defesa do arguido, é essencial distinguir o direito ao recurso do direito ao duplo grau de jurisdição.

Como vimos, a garantia de um duplo grau de jurisdição pode, em certos casos, permitir assegurar o conteúdo essencial do direito ao recurso do arguido, mas não é linear que a pronúncia de dois tribunais hierarquicamente distintos seja sempre suficiente para assegurar esse conteúdo essencial. O direito ao recurso absorve e garante o duplo grau de jurisdição, mas o contrário nem sempre se verifica.

Para concluirmos neste sentido é importante atender, de forma conjugada, às disposições de direito internacional resultantes do artigo 2.º, n.º 2, do Protocolo Adicional n.º 7 da CEDH, e do artigo 14.º, n.º 5, do PIDCP, das quais pode, à primeira vista, resultar

parâmetros de exigência distintos. De facto, enquanto que a CEDH parece apontar para a suficiência de um duplo grau de jurisdição, não sendo necessário assegurar o recurso de uma decisão condenatória proferida, inovadoramente, pelo tribunal da Relação em sede de recurso de decisão absolutória proferida em 1.^a instância, o PIDCP e, em particular a interpretação que dele é feita pelo CDH, parece apontar precisamente no sentido contrário, impondo o recurso para uma jurisdição superior nos referidos casos, mesmo que tal implique garantir um terceiro grau de jurisdição.

Com efeito, consideramos que deve prevalecer a interpretação mais protetora do arguido, isto é, aquela que lhe garante o recurso de uma primeira decisão condenatória, mesmo quando tal implique que a causa tenha de ser apreciada por três jurisdições distintas. A CEDH não deve servir de fundamento para uma interpretação restritiva do artigo 32.º, n.º 1, da CRP, mas sim como parâmetro mínimo de conformidade com a proteção internacional conferida ao arguido.

Tendo presente este raciocínio, não podemos deixar de concluir que o artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, na redação conferida pela Lei n.º 20/2013, não se encontrava em conformidade com o artigo 32.º, n.º 1, da CRP, na medida em que não era admissível recorrer de uma decisão condenatória proferida pela Relação, em sede de recurso de uma decisão absolutória, exceto se a pena aplicada fosse superior a 5 anos de prisão.

Com efeito, o critério do legislador, baseado na gravidade do crime e conseqüente gravidade da pena aplicada, não tinha, a nosso ver, respaldo constitucional. O arguido, quando confrontado com uma decisão de carácter inovador, proferida pela Relação, que alterasse anterior decisão proferida em 1.^a instância, encontrava-se impedido de recorrer, o que era contraditório com o seu direito de defesa e até com o princípio da presunção de inocência.

Por conseguinte, concordamos com a decisão de fundo do TC proferida no acórdão n.º 595/2018, que declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, por violação do disposto no artigo 32.º, n.º 1, da CRP.

O acórdão considerou que tal solução era inconstitucional por força da ampla restrição dos direitos fundamentais do arguido decorrente da inadmissibilidade de recurso de uma decisão que o condenava em pena privativa da liberdade. E, neste aspeto, consideramos que os argumentos invocados naquela decisão pelo TC, circunscritos ao âmbito objetivo

da sua pronúncia, seriam igualmente válidos perante uma condenação em pena não privativa da liberdade.

Acresce que a problemática da recorribilidade das decisões do tribunal da Relação, em particular das decisões condenatórias inovadoras, não pode ser analisada de forma desintegrada das demais características desta fase processual de recurso. Com efeito, para que as restrições do direito ao recurso para o STJ possam passar no crivo da constitucionalidade, devem estar asseguradas ao arguido as demais garantias de defesa impostas pelo artigo 6.º da CEDH, no decurso do julgamento efetuado pelo tribunal da Relação, entre as quais se destacam o princípio do contraditório, da oralidade e da imediação. Consideramos que estas exigências não se encontram suficientemente asseguradas no atual regime processual penal português, de forma a legitimar a inadmissibilidade do recurso de uma decisão condenatória, de carácter inovador, proferida em primeira instância pelo tribunal da Relação.

A fragilidade da solução legal da alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do CP, vigente a partir de 2013, manifestava-se também pelo facto das Relações recorrerem a uma solução que procurava contornar a inadmissibilidade deste recurso – o reenvio do processo para o tribunal de 1.ª instância para determinação da espécie e medida da pena, como forma de permitir o recurso quanto a esta parte da decisão.

Foi necessária a intervenção do STJ, mediante acórdão de uniformização de jurisprudência, no sentido de estabelecer que as Relações que revertessem a decisão absolutória proferida pela 1.º instância e condenassem o arguido, deviam determinar a espécie e medida da pena aplicável, ainda que, para tal, fosse necessário a produção de prova suplementar.

Concordamos com esta uniformização de jurisprudência, na medida em que o tribunal da Relação não deve ter apenas poderes de cassação. No entanto, não retiramos daqui a conclusão de que a decisão proferida pela Relação não deva, por seu turno, ser sujeita ao crivo do STJ, quando consubstanciar uma condenação inovadora.

Como vimos, toda a problemática em torno do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, intensifica-se se tivermos em consideração a aplicação desta disposição normativa a arguidos que revistam a natureza de pessoas coletivas ou de natureza equiparada. Nestes casos, e atenta a redação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP após a alteração legislativa de 2013, os arguidos com esta natureza jurídica nunca teriam a possibilidade

de recorrer de decisão condenatória inovadoramente proferida pela Relação, na medida em que apenas poderia estar em causa a aplicação uma pena não privativa da liberdade, considerada pelo legislador de 2013 como uma pena de gravidade reduzida.

O mesmo entendimento foi manifestado pelo TC, no acórdão n.º 128/2018, que confirmou a não inconstitucionalidade do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, quando interpretado no sentido de não admitir o recurso para o STJ da decisão da Relação que aplicasse pena de multa a um arguido pessoa coletiva, na sequência de um recurso de decisão absolutória proferida pelo tribunal de 1.ª instância, tendo em consideração a escassa gravidade da pena de multa e o facto de ser a pena que menor reprime os direitos fundamentais do arguido em causa.

Como anteriormente manifestado, não concordamos com a referida decisão, não só por considerarmos que a pena de multa é, ainda, um reflexo do carácter sancionatório da condenação do arguido, como por considerarmos que existem penas menos graves que podem ser aplicadas em sua substituição, conforme previsto no artigo 90.º-A, n.º 3, do CP, e que, por esse motivo, denotam o seu interesse em recorrer da aplicação da pena de multa.

Além disso, a decisão do TC não se pronunciou quanto à interpretação da norma em apreço nas situações em que o tribunal da Relação aplicasse uma pena de dissolução, a pena principal mais grave prevista para as pessoas coletivas e de natureza equiparada, que não deixa, ainda assim, de consubstanciar uma pena não privativa da liberdade.

Deste modo, concluímos que a redação conferida pela Lei n.º 20/2013 ao artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, não acautelava o direito ao recurso, na sua generalidade e, em particular, não acautelava o direito ao recurso dos entes coletivos. O referido preceito legal não distinguia o regime de recursos dos arguidos pessoas singulares do regime de recursos dos arguidos pessoas coletivas, tratando, de forma indiscriminada realidades materialmente distintas.

Assim, foi com alguma esperança que se procurou encarar as alterações legislativas de 2021, em particular porque as mesmas incidiam, em geral, sobre a pessoa coletiva arguida no processo penal, procurando responder às críticas apontadas pela doutrina até então.

No quadro desta alteração legislativa, o legislador português poderia ter optado por se inspirar em ordenamentos jurídicos estrangeiros, como é o caso do ordenamento jurídico italiano que tivemos oportunidade de mencionar, particularmente do artigo 71.º do Decreto legislativo italiano de 8 de junho de 2001, já analisado. Com as necessárias adaptações, desde logo por força do carácter criminal da responsabilidade das pessoas coletivas em Portugal (e não meramente administrativo), o legislador português poderia ter-se socorrido da solução italiana que permite o recurso aos entes coletivos de qualquer decisão que aplique uma “*sanzioni interdittive*”, as quais correspondem, no nosso ordenamento jurídico, a algumas das penas principais previstas no artigo 90.º-A do CP, como a interdição do exercício de atividade, a proibição de celebrar certos contratos ou contratos com determinadas entidades, a privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos ou a publicidade da decisão condenatória⁹¹.

Transpondo-se a solução italiana para o ordenamento jurídico português, com a necessária adaptação às penas previstas no CP, reconhecer-se-ia a especificidade da natureza jurídica das pessoas coletivas, a especificidade das penas que se lhes podem ser aplicadas e adaptar-se-ia o regime de recursos a essas especificidades.

No entanto, apesar da inversão legislativa propugnada pela Lei n.º 94/2021, aquando da alteração do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, as pessoas coletivas continuaram a ser, a nosso ver, negligenciadas no contexto do regime de recursos em processo penal.

De facto, o legislador consagrou a possibilidade de recurso da primeira decisão condenatória proferida pela Relação, em sede de recurso de decisão absolutória,

⁹¹ Relativamente à legislação italiana em matéria de recursos: “*The legislation regarding appellate remedies, even if limited, seeks to achieve two objectives. The first aim is to avoid, where possible, conflicting decisions between the judgment issued against the individual and that against the corporation. Secondly, the regulation aims to give the corporation every opportunity to appeal decisions that impose disqualifying sanctions.*”, RUGGIERO, Rosa Anna, “Cracking down on corporate crime in Italy”, *Washington University Global Studies Law Review*, Volume 15, n.º 3, 2016, p. 442, disponível em <https://journals.library.wustl.edu/globalstudies/article/id/548/>. Neste âmbito, as “*disqualifying sanctions*” são, em alguns casos, equivalentes às penas previstas na legislação portuguesa: “*The statute lists these disqualifying sanctions in order of descending severity: disqualification of the corporation’s activity; suspension or revocation of authorizations, licenses and concessions utilized in the commission of the crime; prohibition banning negotiations with the public administration; exclusion from tax breaks, financing, grants or subsidies as well as revocation of those already granted; and prohibition banning the publicizing of goods or services*”, RUGGIERO, Rosa Anna, “Cracking down on corporate crime in Italy”, *Washington University Global Studies Law Review*, Volume 15, n.º 3, 2016, p. 420, disponível em <https://journals.library.wustl.edu/globalstudies/article/id/548/>.

independentemente do tipo de pena aplicada, o que, a nosso ver, é um ponto de partida merecedor de aplausos.

No entanto, tendo em conta que esta alteração legislativa ocorreu na sequência de decisões proferidas pelo TC, em plenário, que afastavam a inconstitucionalidade do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, nos casos em que decisão inovadora da Relação aplicava uma pena de multa, admitimos como possível que a jurisprudência do TC venha a criticar novamente a solução legal resultante da alteração legislativa de 2021, evidenciando alguma insegurança jurídica neste campo.

No que respeita aos entes coletivos arguidos, admitimos que a atual redação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP revela-se mais favorável, na medida em que, mesmo que a pena aplicada pela Relação seja uma pena não privativa da liberdade (o que acontecerá sempre que esteja em causa um arguido que seja pessoa coletiva ou de natureza equiparada), se a condenação for proferida na sequência de um recurso de uma decisão absolutória de 1.ª instância, o recurso para o STJ será sempre admitido.

Não obstante, consideramos que esta proteção não resultou de uma intenção clara do legislador de assegurar um regime de recursos para as pessoas coletivas, mas sim de um mero efeito colateral. Para este entendimento contribui a análise global do artigo 400.º, n.º 1 do CPP que, no seu todo, continua a descurar os entes coletivos arguidos.

Com efeito, se interpretarmos conjuntamente o artigo 400.º, n.º 1, alíneas e) e f), do CPP, concluímos que os recursos para o STJ podem ocorrer em dois casos:

- a) Quando o tribunal de 1.ª instância absolver o arguido e, em recurso, a Relação reverter esta decisão e o condenar, independentemente da pena aplicada, e
- b) Quando existir uma dupla conforme condenatória, sendo o arguido condenado pela 1.ª instância e pela Relação, mas a pena aplicada pela Relação for superior a 8 anos de prisão.

Deste modo, observamos que, existindo uma dupla conforme condenatória, o legislador continua a considerar como critério legitimador de recursos para o STJ, a gravidade da pena aplicada, considerando agora que, nestes casos, apenas uma pena de prisão superior a 8 anos é suficientemente grave para permitir o referido recurso.

Uma vez mais este critério não tem aplicabilidade às pessoas coletivas ou de natureza equiparada, pelo que, em situações paralelas, de dupla conforme condenatória, sem dupla

conforme sancionatória, independentemente da gravidade da pena não privativa da liberdade que lhes for aplicada, estas não poderão recorrer para o STJ.

Incluem-se aqui situações em que o tribunal da Relação, confirmando a decisão condenatória proferida pelo tribunal de 1.ª instância, condene o arguido numa pena de dissolução, ao invés de uma pena de multa; condene o arguido numa pena de multa, cumulada com outra pena acessória legalmente prevista para os entes coletivos; nomeadamente uma pena de interdição para o exercício da atividade, pelo menos nos casos em que essa interdição tem carácter definitivo, nos termos previstos no artigo 90.º-J, n.º 2, do CP, ou condene o arguido numa pena de multa que, atento o critério de conversão da pena de prisão em pena multa previsto pelo legislador, corresponda a uma pena superior a 8 anos de prisão.

Estes cenários são ilustrativos da persistente inadequação do regime de recursos penais previsto no CPP, em concreto do regime de recursos que permite o acesso à mais alta instância judicial prevista no nosso ordenamento jurídico, e da persistência do legislador no erro cometido.⁹²

Por outras palavras, o sistema de recursos em processo penal continua a evidenciar fragilidades no que respeita à sua aplicação aos arguidos que sejam pessoas coletivas, persistindo-se no erro de dar um tratamento processual idêntico a arguidos com naturezas jurídicas distintas.

Defendemos, por isso, a urgência e a premência de criar um regime de recursos autónomo para os arguidos que revistam essa natureza jurídica, o qual permita acomodar

⁹² À semelhança do que ocorreu com inúmeras questões processuais relacionadas com os entes coletivos e a sua participação no processo criminal, o legislador parece continuar à espera das construções doutrinárias e jurisprudenciais para criar um enquadramento legal completo e sólido. “A única razão de inércia do legislador português, que lhe é exclusivamente imputável, parece residir antes no comodismo de entregar à doutrina e à praxis judiciária a árdua tarefa de ir construindo e sedimentando o processo penal de entes colectivos, reservando a sua intervenção para o momento em que uma e outra já tivessem delineado o travejamento básico de tal processo penal; entretanto, à custa dos princípios da legalidade criminal (artigos 18.º, n.º 2, e 29.º, n.º 1, da CRP) e do processo criminal [artigos 165.º, n.º 1, alínea c), da CRP, e 2.º], da não discriminação de pessoas jurídicas na mesma situação jurídica (artigo 13.º, da CRP), da certeza e da segurança jurídica e, até, do acesso ao direito e do devido processo legal por parte das pessoas colectivas (artigo 20.º, n.ºs 1 e 4, da CRP).”, BRITO, Teresa Quintela de, “Processo Penal de entes coletivos: algumas propostas de adaptação (urgente) do Código de Processo Penal português”, in: *Corrupção em Portugal. Avaliação legislativa e propostas de reforma*, (Org.) Paulo Pinto de Albuquerque / Rui Cardoso / Sónia Moura. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2021, p. 480.

critérios de admissibilidade de recurso que tenham em consideração as concretas penas a que estes arguidos podem estar sujeitos.

Jurisprudência

Acórdãos e decisões sumárias do TC

Acórdão do TC n.º 49/2003, de 29 de janeiro de 2003, processo n.º 81/02, Relator: Conselheira Maria dos Prazeres Beleza, disponível em [TC > Jurisprudência > Acordãos > Acórdão 49/2003 . \(tribunalconstitucional.pt\)](#);

Acórdão do TC n.º 682/2006, de 13 de dezembro de 2006, processo n.º 844/06, Relator: Conselheiro Benjamim Rodrigues, disponível em [TC > Jurisprudência > Acordãos > Acórdão 682/2006 . \(tribunalconstitucional.pt\)](#);

Acórdão do TC n.º 163/2015, de 4 de março de 2015, processo n.º 939/14, Relator: Conselheira Catarina Sarmiento e Castro, disponível em [TC > Jurisprudência > Acordãos > Acórdão 163/2015 . \(tribunalconstitucional.pt\)](#);

Acórdão do TC n.º 429/2016, de 13 de julho de 2016, processo n.º 1002/14, Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, disponível em [TC > Jurisprudência > Acordãos > Acórdão 429/2016 . \(tribunalconstitucional.pt\)](#);

Decisão sumária do TC n.º 664/2016, de 19 de outubro de 2016, processo n.º 35/2016, Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20160664.html>;

Decisão sumária e n.º 132/2018, de 20 de fevereiro de 2018, processo n.º 1467/17, Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20180132.html>;

Acórdão do TC n.º 128/2018, de 13 de março de 2018, processo n.º 198/17, Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, disponível em [TC > Jurisprudência > Acordãos > Acórdão 128/2018 . \(tribunalconstitucional.pt\)](#);

Acórdão do TC n.º 595/2018, de 13 de novembro de 2018, processo n.º 273/2018, Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180595.html>;

Acórdão do TC n.º 553/2021, de 13 de julho de 2021, processo n.º 258/2019, Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros e Conselheira Mariana Canotilho, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210523.html>;

Acórdão do TC n.º 524/2021, de 13 de julho de 2021, processo n.º 140/2017, Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros e Conselheira Mariana Canotilho, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210524.html>;

Acórdão do TC n.º 525/2021, de 13 de julho de 2021, processo n.º 1465/2017, Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros e Conselheira Mariana Canotilho, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210525.html>;

Acórdão do TC n.º 365/2022, de 12 de maio de 2022, processo n.º 192/22, Relator: Conselheiro António José de Ascensão Ramos, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220365.html>

Acórdãos do STJ

Acórdão do STJ de 29 de janeiro de 2014, processo n.º 17135/08.4TDPRT.P1.S1, Relator: Conselheiro Pires da Graça, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/875a439df7d0796280257ca100338b32?OpenDocument>;

Acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 4/2016, de 22 de fevereiro, Relator: Conselheira Isabel Celeste Alves Pais Martins, disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao-supremo-tribunal-justica/4-2016-73650548>;

Acórdãos das Relações

Acórdão do tribunal da Relação do Porto de 5 de março de 2008, processo n.º 0746465, Relator: Desembargadora Olga Maurício, disponível em [Acórdão do Tribunal da Relação do Porto \(dgsi.pt\)](#);

Acórdão do tribunal da Relação de Lisboa 21 de janeiro de 2010, processo n.º 98/05.5JELSB.L1-9, Relator: Desembargador João Abrunhosa de Carvalho, disponível em [Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa \(dgsi.pt\)](#);

Acórdão do tribunal da Relação de Coimbra de 19 de setembro de 2012, processo n.º 279/09.2PCLRA.C1, Relator: Desembargador Eduardo Martins, disponível em [Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra \(dgsi.pt\)](#);

Acórdão do tribunal da Relação de Évora de 2 de julho de 2013, processo n.º 738/12.OGBABF.E1, Relator: Desembargadora Ana Barata Brito, disponível em [Acórdão do Tribunal da Relação de Évora \(dgsi.pt\)](#).

Decisões do TEDH

Decisão do TEDH no processo Constantinescu v. Romania – n.º 28871/95, disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22002-7066%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22002-7066%22]});

Decisão do TEDH no processo Destrehem c. França – n.º 56651/00, disponível em https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/CLIN_2004_05_64_ENG_863565;

Decisão do TEDH no processo Dondarini c. Saint-Marin – n.º 50545/99, disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-69970%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-69970%22]});

Decisão do TEDH no processo Hermi c. Itália – n.º 18114/02, disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/ENG#{%22itemid%22:\[%22002-3109%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/ENG#{%22itemid%22:[%22002-3109%22]}).

Comunicações do CDH

Gomariz Valera c. Espanha, Communication No. 1095/2002, de 26 de setembro de 2007, disponível em file:///C:/Users/irene/Downloads/CCPR_C_84_D_1095_2002_Rev.1-EN.pdf;

Larrañaga v. the Philippines, Communication No. 1421/2005, de 24 de julho de 2006, disponível em <https://juris.ohchr.org/casedetails/1294/en-US>.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal - À luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 5.^a edição atualizada, Universidade Católica, 2022;

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código de Processo Penal - À luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, Volume II, 5.^a edição atualizada, Universidade Católica, 2023;

BRITO, Teresa Quintela de, *Plaidoyer por uma autêntica responsabilidade penal de entes colectivos*, AAFDL Editora, 2023;

BRITO, Teresa Quintela de, “Lei n.º 94/2021: novos critérios de imputação de responsabilidade penal aos entes colectivos, responsabilização da sociedade-mãe e (ir)relevância dos programas de compliance”, in *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Responsabilidade Empresarial*, org. Paulo de Sousa Mendes, Teresa Quintela de Brito, Rui Soares Pereira, José Neves da Costa e Miguel da Câmara Machado, Almedina, 2023, pp. 335-410.

BRITO, Teresa Quintela de, “Processo Penal de entes coletivos: algumas propostas de adaptação (urgente) do Código de Processo Penal português”, in: *Corrupção em Portugal. Avaliação legislativa e propostas de reforma*, (Org.) Paulo Pinto de Albuquerque / Rui Cardoso / Sónia Moura. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2021, pp. 477-514;

BRITO, Teresa Quintela de, “Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual”, in *Direito Penal Económico e Financeiro – Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento*, coord. Maria

Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes, Coimbra Editora, 2012, pp. 201 a 225;

CUNHA, José Damião da, “A estrutura dos recursos na Proposta de Revisão do CPP – Algumas considerações”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 8, jan-mar de 1998, Coimbra Editora, pp. 251-275;

DJUKIC, Dražan, *The right to a fair appeal in international criminal law*, Doctoral Thesis, Tilburg University, 2017, disponível em https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/19560105/Djukic_The_right_06_12_2017.pdf .

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. I, 4.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007;

DIAS, José de Figueiredo, “Por onde vai o Processo Penal Português: por estradas ou por veredas?”, in *As Conferências do Centro de Estudos Judiciários*, coord. António Pedro Barbas Homem, 2014, Almedina, pp. 49-88;

GASPAR, António Henriques, CABRAL, José António Henriques dos Santos, COSTA, Eduardo Maia, MENDES, António Jorge Fernandes de Oliveira, MADEIRA, António Pereira, GRAÇA, António Pires Henriques da, *Código de Processo Penal Comentado*, 4.^a edição, Almedina, 2022;

GIRALDO, Gabriel Jaime Salazar, “La doble conforme como garantía mínima del debido proceso en materia penal – Reflexiones de cara al derecho a recurso contra el fallo condenatorio en el orden jurídico-penal colombiano”, in *Revista Ratio Juris*, Vol. 10 N.º 21, julio-diciembre 2015, pp. 139-164, disponível em <http://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/view/21/56>;

GOMES, Joaquim Ferreira, “As sentenças absolutórias, o recurso e o provimento condenatório na Relação – um itinerário com alguns equívocos”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 122, Ano 31, Mar-Jun 2010, pp. 177 a 220;

GONÇALVES, Nuno A., “As alterações ao regime do Recurso Ordinário”, in a *Revista do Supremo Tribunal de Justiça*. Edição semestral, jan-jun de 2022, p. 70-99;

GUEVARA, Juan Burgos Ladrón de, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos procesales”, in *Diário La Ley*, n.º 7025, Sección Doctrina, 9 de mayo de 2011, Año XXXII, Ref. D-199, disponível em https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAA AAAAEAMtMSbF1CTEAAkNTCwNjY7Wy1KLizPw827DM9NS8klQAGfEW1iA AAAA=WKE#nDT0000158033_NOTA7;

KEMPEN, Piet Hein van, “The Recognition of Legal Persons in International Human Rights Instruments: Protection Against, and Through, Criminal Justice?”, in: *M. Pieth & R. Ivory (eds.), Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 9*, New York/ Dordrecht/ Heidelberg/ London: Springer 2011, p. 355-389, disponível em [The Recognition of Legal Persons in International Human Rights Instruments: Protection Against and Through Criminal Justice? by Piet Hein van Kempen :: SSRN](#);

LATAS, António João, *O AFJ 4/2016 e a determinação da pena nos casos em que foi revogada a sentença absolutória proferida pelo tribunal recorrido, que não apurou e fixou factos relativos à vida pessoal e personalidade do arguido*, texto incluído no Acórdão do tribunal da Relação de Évora de 5 de julho de 2016, disponível em [AFJ 4-2016.pdf \(tribunais.org.pt\)](#);

LEITE, André Lamas, “O regime sancionatório criminal das pessoas colectivas e entes equiparados, em especial após a Lei n.º 94/2021, de 22 de Dezembro”, in a *Revista do Supremo Tribunal de Justiça*. Edição semestral, jan-jun 2022, pp. 101 a 131;

MAGALHÃES, Ana Sofia Correia, *A responsabilidade penal das pessoas coletivas sob o ponto de vista processual* [Em linha]. Minho. Universidade do Minho – Escola de Direito, 2015, p. 77, disponível em

<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/60744/1/Tese+Mestrado+-+Vers%C3%A3o+Final+-+Ana+Correia+Magalh%C3%A3es.pdf> ;

MEIRELES, Mário Pedro, “A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao Código Penal ditada pela Lei 59/2007, de 4 de setembro: algumas notas”. *JULGAR*, n.º 5, 2008, p. 121-138;

MORÃO, Helena, “Um não julgamento de inconstitucionalidade em julgamento – acerca da jurisprudência constitucional sobre o direito ao recurso de primeiras condenações em segunda instância em pena não privativa da liberdade”, in *Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, Ano n.º 13, jan-jun de 2021, pp. 79-93.

MORÃO, Helena, “Whenever yet was you appeal denied?” – Sobre o direito do arguido ao recurso de decisões de recurso, in *Revista do Ministério Público*, n.º 158, abril-junho 2019;

PENA, Ana María Neira, *La persona jurídica como parte passiva del proceso penal*, Tesis doctoral realizada bajo la dirección de los profesores Agustín-Jesus Pérez Cruz Martín y Xulio Xosé Ferreiro Baamond, Universidade da Coruña, Año 2015;

RUGGIERO, Rosa Anna, “Cracking down on corporate crime in Italy”, *Washington University Global Studies Law Review*, Volume 15, n.º 3, 2016, pp. 403 a 445, disponível em <https://journals.library.wustl.edu/globalstudies/article/id/548/> ;

SILVA, Germano Marques da , *Direito Processual Penal Português – Do Procedimento (Marcha do Processo)*, Universidade Católica Editora, Vol. 3, Lisboa, 2018;

SILVA, Sandra Oliveira e, “As alterações em matéria de recurso, em especial a restrição de acesso à jurisdição do supremo tribunal de justiça – garantias de defesa em perigo?”,

in *As Alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma Reforma «Cirúrgica»?*, Org. André Lamas Leite, Coimbra Editora, 2013, p. 257-297;

SILVA, Sandra Oliveira e, “Direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal”, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Volume III, Org. Paulo Pinto de Albuquerque, Universidade Católica Editora;

SOUSA, Bruna Ribeiro de, “Da inconstitucionalidade da alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal (na redação da Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro)”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 138, abr-jun de 2014, pp. 135 a 174.