

A APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO TEMPO – CLARIFICAÇÃO?

PAULO GONÇALVES

Procurador da República

Vogal do Conselho Superior do Ministério Público

Caso Julgado

Enquanto que as penas e as medidas de segurança são determinadas pela **lei vigente** no momento da prática do facto ou do preenchimento dos pressupostos de que dependem, já para o **direito processual penal**, a regra é a da **aplicação imediata**.

Porém, quer para o direito substantivo quer para o adjectivo há uma preocupação do legislador em atender à situação concreta do arguido e, por isso, os resultados práticos da sucessão de leis penais e processuais penais, na perspectiva dos direitos do arguido, acabam por não diferir substancialmente ou, dito de outro modo, quando as alterações às normas processuais têm um alcance substantivo na situação do arguido, este será igualmente beneficiado com o regime mais favorável.

Assim, no enquadramento constitucional, diz o art. 29º nº 4 da CRP que «Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido.»

Esta norma constitucional vem depois desenvolvida no código penal e no processo penal.

Estabelece o art. 2º nº 4 do CP que «Quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente; se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a execução e os seus efeitos penais logo que a parte da pena que se encontrar cumprida atinja o limite máximo da pena prevista na lei posterior.»

E o art. 5º nº 2 do CPP determina que «A lei processual penal não se aplica aos processos iniciados anteriormente à sua vigência quando da sua aplicabilidade imediata possa resultar:

- a) Agravamento sensível e ainda evitável da situação processual do arguido, nomeadamente uma limitação do seu direito de defesa; ou
- b) Quebra da harmonia e unidade dos vários actos do processo.»

Um primeiro problema que surgiu e foi muito discutido até à recente revisão da legislação penal foi o da aparente maior generosidade garantística da constituição face ao legislador ordinário, que estabeleceu o caso julgado como limite à aplicação retroactiva da lei penal mais favorável.

Esta matéria veio a dar origem a declarações de inconstitucionalidade em sede de fiscalização concreta pelo Tribunal Constitucional¹.

1 **Acórdão do Tribunal Constitucional nº 572/2003** (DR - II Série, de 17 de Fevereiro de 2004): «Julga inconstitucional, por violação do princípio da aplicação da lei penal mais favorável consagrado no nº 4 do art.º 29º da CRP, a norma constante do artigo 2º, nº 4 do Código Penal, na interpretação de que veda a aplicação da lei penal nova que descriminaliza o facto típico, imputado ao arguido, já objecto de sentença condenatória transitada em julgado».

Acórdão do Tribunal Constitucional nº 169/2002: Julga inconstitucional a norma do artigo 2º, nº 4, do Código Penal, na parte em que veda a aplicação da lei penal nova que transforma em crime semi-público um crime público,

Com a actual revisão, essa polémica ficou resolvida com a nova redacção do art. 2º n.º 4 do CP que substituiu o trecho: «salvo se este já tiver sido condenado por sentença transitada em julgado»; pelo seguinte texto: **«se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a execução e os seus efeitos penais logo que a parte da pena que se encontrar cumprida atinja o limite máximo da pena prevista na lei posterior.»**

Há, todavia, quem defenda a inconstitucionalidade do actual texto, precisamente por não respeitar o caso julgado. À frente, a propósito do art. 371º-A do CPP voltaremos a este tema.

Reabertura da audiência para aplicação retroactiva da lei penal mais favorável – art. 371º-A do CPP.

A norma contida no art. 371º-A do Código de Processo Penal é a mais inovadora e polémica da reforma da jurisdição penal e tem dado origem a numerosas dúvidas e incompreensões.

Antes de mais, há quem considere o preceito inconstitucional², por violar a imutabilidade relativa do caso julgado, até aqui só beliscada pelo recurso extraordinário. Não é a primeira inconstitucionalidade assacada à actual reforma, pois também em matéria de segredo justiça já se defendeu a inconstitucionalidade da regra da publicidade do inquérito³.

Por outro lado, têm surgido nos tribunais dúvidas sobre a produção de prova permitida nesta audiência e seus limites.

Afigura-se-nos, porém, que não há razão de ser para tanta apreensão e que a estabilidade do caso julgado, por razões de

quando tenha havido desistência da queixa apresentada e trânsito em julgado da decisão condenatória.

2 São invocados os artigos 2.º, 111.º n.º 1; 205.º n.º 2 e 282.º n.º 3 da Constituição da República para o efeito, por exemplo, pelo Desembargador Rui Rangel.

3 Vide declarações da PGA Maria José Morgado.

justiça, deve ceder ante situações de manifesta desigualdade de tratamento com a aplicação de medidas diferentes em situações idênticas. Aliás, o art. 282º nº 3 da CRP é emanação do princípio de que o caso julgado não tem valor absoluto.

O art. 371º-A do CPP acaba por revestir carácter substantivo ao atribuir o direito à reabertura da audiência ao condenado para reapreciação da sua situação, com nova valoração da matéria de facto que possa influir na decisão, atenta a sucessão de leis penais.

Aliás, há outros exemplos de normas substantivas no Código do Processo Penal, como sucede com normas que criam tipos penais - v.g. art. 88º do CPP.

A produção de prova, no tribunal da condenação em primeira instância, deverá, obviamente, cingir-se às circunstâncias relevantes na sucessão de leis penais.

Os casos mais típicos com fundamento para reabertura da audiência assentarão nas alterações aos arts. 30º nº 3, 50º nº 1 e 5, 78º nº 1 e 80º nº 1 do Código Penal.

À frente se abordarão sumariamente estes casos práticos mais frequentes.

- Prazo do requerimento.

Já há jurisprudência de primeira instância com despachos no sentido de que o requerimento para reabertura da audiência previsto no art. 371º-A do CPP está sujeito ao prazo geral de dez dias previsto no art. 105º nº 1 do CPP (vide processos nº 249/02.1PBOER e nº 693/03.7TASNT, ambos da 1ª Vara Mista de Sintra).

Ora, o art. 371º-A do CPP tem de ser conjugado com a nova redacção do art. 2º nº 4 do CP.

Estas alterações legislativas, embora não impostas declarativamente pelo art. 29º nº 4 da Constituição da República Portuguesa, revelam a opção do legislador no sentido de alguns acórdãos do Tribunal Constitucional que consideravam decorrer da lei fundamental que o caso julgado não constituía limite à aplicação retroactiva da lei mais favorável ao arguido (entre outros, vide Ac TC nº 572/2003, DRII, 17/2/2004).

O legislador quis reformar a lei ordinária por forma a que não restasse qualquer dúvida sobre a sua conformidade à constituição na interpretação referida, permitindo a reabertura da audiência mediante requerimento do arguido para aplicação da lei penal mais favorável, **após trânsito em julgado da condenação** mas antes de ter cessado a execução da pena.

Deste modo, não terá o legislador querido outro prazo para a reapreciação da situação do arguido que não fosse o da cessação da execução da pena.

A aplicação do prazo geral do art. 105º nº 1 do CPP seria muito mais arbitrário e injustificável do que o limite do caso julgado estabelecido na anterior redacção do art. 2º nº 4 do CPP cuja constitucionalidade se discutia.

Art. 30º nº 3 do CP.

O nº 3 acrescentado ao art. 30º do Código Penal tem sido fundamento para numerosos pedidos de reabertura de audiência.

Em todas as situações em que o arguido tenha sido condenado pela pluralidade de crimes sem ponderação da possibilidade da sua acção constituir um só crime continuado, em virtude do tribunal entender que tal não seria legalmente permitido por estarem em causa bens eminentemente pessoais, embora se tratasse da mesma vítima (caso de violação ou abusos sexuais repetidos sobre a mesma vítima, por exemplo), a reabertura da audiência,

após trânsito em julgado da condenação, pode ser requerida pelo arguido.

Claro que não haverá lugar à reabertura da audiência se no Acórdão expressamente tiver sido afastada a continuação criminosa por não verificação dos três requisitos do art. 30º nº 2: execução por forma essencialmente homogênea; no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior; em que esta diminua consideravelmente a culpa do agente.

É que já na anterior redacção anterior era possível a interpretação agora plasmada na lei (é a posição, p. ex., do Prof. Vilalonga, da UAL)

Se os pressupostos foram apreciados e não foi encontrado o quadro favorável de atenuação previsto na lei, não haverá lugar a reabertura da audiência.

Suspensão da execução da pena – art. 50º nº 1 e 3 do CP.

O art. 50º nº 1 do Código Penal veio alargar a possibilidade de suspensão da execução da pena de 3 para 5 anos e o nº 2 veio estabelecer que o período de suspensão tem duração igual à da pena de prisão determinada na sentença.

Justificar-se-á, assim, o pedido de reabertura da audiência, nos termos do art. 371ºA do CPP, sempre que o arguido não tiver beneficiado da suspensão da execução da pena por ter sido condenado em pena superior a 3 anos de prisão mas não superior a 5.

Aqui, pode perguntar-se se, ainda assim, e caso a possibilidade de suspensão da pena tenha sido afastada por não estarem verificados os pressupostos da prognose favorável por a não aplicação da pena de prisão efectiva ser insuficiente para dissuadir o arguido de delinquir, se haverá necessidade de reapreciar.

A jurisprudência de primeira instância do círculo de Sintra vai em sentido negativo, mas afigura-se-me duvidoso que a reabertura possa ser recusada com esse fundamento.

É que o legislador, ao alargar as hipóteses de suspensão da execução da pena na reforma, deu um claro sinal de preferência pela aplicação deste instituto.

Esta propensão, esta recomendação, que passa a integrar o sistema, nunca pode ter sido anteriormente ponderada!

Uma coisa é o tribunal, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão por três anos não realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, outra coisa é a ameaça de prisão por 5 anos, acompanhada, por exemplo, de regime de prova durante todo esse período.

Estando a pena suspensa e **estando apenas em causa o prazo da suspensão**, aplica-se de imediato o art. 2º nº 4 do CP, ficando pois o prazo automaticamente reduzido ao tempo da pena de prisão aplicada (nunca inferior a um ano).

Tem sido entendimento maioritário no círculo de Sintra que não terá sequer de haver despacho a reduzir previamente o prazo da suspensão, bastando tão só declarar a pena extinta quando os pressupostos ocorrerem se não houver lugar a prorrogação ou revogação.

Escutas.

A alteração do regime das escutas, não terá qualquer efeito sobre os processos pendentes, uma vez que apesar de a lei processual penal ser de aplicação imediata, o art. 5º nº 1 do CPP garante a validade dos actos anteriores e o nº 2 b) ressalva que não pode haver quebra da harmonia e unidade dos vários actos do processo.

Diferente, claro, será a situação no que toca à recente declaração de nulidade das escutas pelo TC por destruição das partes não transcritas sem notificação dos arguidos, o que sucedeu já por

três vezes em sede de fiscalização concreta. Isto não tem, porém a ver com a aplicação retroactiva da lei penal.

Cúmulo jurídico – art. 78º do CP.

As novas regras de cúmulo que mandam incluir as penas já extintas não são sempre mais vantajosas para o arguido, havendo que fazer uma ponderação de regimes mediante a reabertura de audiência.

O novo regime do art. 78º nº 1 do CP constitui, assim, mais um caso de possível pedido ao abrigo do art. 371º-A do CPP.

Art. 80º do CP – descontos na pena de prisão.

O art. 80º nº 1 do CP veio prever o desconto na pena de prisão da detenção, prisão preventiva e obrigação de permanência na habitação sofridas pelo arguido, ainda que tenham sido aplicadas em processo diferente daquele em que vier a ser condenado, quando o facto por que for condenado tenha sido praticado anteriormente à decisão final do processo no âmbito do qual as medidas foram aplicadas.

Na anterior redacção apenas estavam contempladas as que ocorressem no próprio processo da condenação.

Claro que está implícito na norma actual que terão de se verificar os requisitos para o cúmulo jurídico.

Esta alteração obrigará à recontagem e nova liquidação de penas de prisão aplicadas, nos termos do art. 2º nº 4 do CP.

Processos de estupefacientes – a especial complexidade.

A sucessão de leis penais e a redução dos prazos de prisão preventiva trouxe particulares dificuldades aos processos em que estava em causa o tráfico de estupefacientes.

Antes, decorria do nº 1 do artigo 54.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro automaticamente⁴ a especial complexidade que justificava o alargamento dos prazos da prisão preventiva. Com a reforma penal, não só passou a ser necessário declarar a especial complexidade, sujeita aos requisitos próprios, como passou a ser possível apenas na primeira instância.

Deste modo, todos os processos em recurso viram o prazo de prisão preventiva encurtado, sem que fosse agora possível declarar a sua especial complexidade!

Prescrição.

Deliberadamente se deixou para o fim, porque menos actual, a «vexata questio» da natureza da prescrição, sem a qual a temática da sucessão de leis penais no tempo ficaria incompleta.

É hoje pacificamente aceite que a prescrição reveste carácter substantivo.

Essa discussão levou a que surgissem três orientações sobre a questão. Para uma delas prevalece o entendimento de que tem **natureza adjectiva**, para outra a prescrição é um instituto jurídico de **natureza substantiva**, enquanto que para uma terceira tem **natureza mista**.

Atendendo ao posicionamento da doutrina e da jurisprudência, bem como à inserção sistemática das normas sobre prescrição, as quais fazem parte do Código Penal, do Livro I, Título V, que versa sobre extinção da responsabilidade criminal, e ainda pelo facto de se tratar da renúncia do Estado a um direito, ao direito de punir, condicionada pelo decurso de um determinado lapso temporal, e que encontra a razão de ser na não verificação do fim

4 Ac. do STJ para Fixação de Jurisprudência n.º 2/2004, publicado no DR I-A de 02/04/2004.

das penas, não podem restar grandes dúvidas de que as normas sobre prescrição têm natureza substantiva.

Tal natureza determina a sujeição das normas sobre prescrição ao princípio da aplicação retroactiva do regime jurídico mais favorável ao agente de uma infracção.

Por isso, no tocante às normas sobre prescrição, nenhuma lei sobre prescrição mais gravosa do que a vigente à data da prática dos factos pode ser aplicada, bem como deve ser aplicado retroactivamente o regime prescricional que eventualmente se mostre mais favorável ao infractor.

- Teoria da ponderação global

Diferente é saber como aplicar o instituto da prescrição. Considerando o regime globalmente ou respigando as normas mais favoráveis da sucessão?

Debateu-se com grande profusão de argumentos, numa matéria que cindiu profundamente a doutrina, entre a **teoria da ponderação global** ou unitária e a **teoria da ponderação diferenciada**.

A **Teoria da ponderação global, acolhida uniformemente pela jurisprudência**, vê na fórmula que veio a ser perfilhada no art. 2º nº 4 do CP a sua consagração ao referir-se o legislador ao **regime mais favorável e não às normas**, conforme constava no projecto.

O regime mais favorável é composto por todas as normas que em dado momento tipificam um crime, prevêm o seu sancionamento, bem como todos os restantes preceitos que podem interferir nas condições de punibilidade da mesma (exigência de queixa, prescrição, imputabilidade, agravantes, atenuantes. etc.).

O regime jurídico aplicável a uma qualquer infracção, não é apenas constituído pela norma que prevê e pune um determi-

nado ilícito. **Existe todo um complexo de normas jurídicas que constituem o regime aplicável, que inclui, entre outras, normas legais que se referem à determinação da sanção e seus efeitos, à extinção do procedimento, às causas de justificação, à prescrição do procedimento, etc.**

Em cada momento, o regime jurídico é formado pelo conjunto de normas que prevêm e punem um determinado ilícito, bem como por todas as outras que podem influenciar de alguma forma a responsabilidade do agente ou a ausência dela.

Afasta-se, assim, a possibilidade de conjugar várias normas de forma a obter um regime legal que não vigore na sua totalidade ao mesmo tempo.

Não se pode, por exemplo, beneficiar, por um lado, do regime mais favorável trazido por exemplo pela moldura penal e ao mesmo tempo pretender-se a aplicação das regras dos prazos de prescrição, sob pena de se estar a criar um **terceiro regime legal, uma aplicação simbiótica das leis penais**, que quebraria a coerência do sistema, originando um resultado aberrante, ainda que concretamente vantajoso para o agente.

Como defensores, na doutrina, desta teoria da ponderação global encontramos os Profs. Cavaleiro Ferreira, Figueiredo Dias, Beleza dos Santos.

Corresponde à **jurisprudência uniforme do Supremo Tribunal de Justiça**.

- Teoria da ponderação diferenciada

A **teoria da ponderação diferenciada** leva a que caso a caso se possa construir um terceiro regime jurídico que não vigorou em qualquer momento, com o qual os intervenientes processuais não puderam contar, contribuindo para uma intolerável insegurança ju-

rídica no domínio do direito sancionatório, o que em circunstância alguma pode ser admitido pelo sistema jurídico.

Tudo se passaria como se o **aplicador da lei se substituísse ao legislador** e criasse ele uma nova regulamentação jurídica.

O princípio da aplicação retroactiva das normas mais favoráveis tem, assim, como limite, a aplicação em bloco dos diplomas que regem determinada matéria.

Juristas como os Profs. Taipa de Carvalho e Fernanda Palma⁵ são defensores desta teoria, considerando inócuo o argumento literal pois «disposições penais», «normas» (constantes do art. 3.º, n.º 2 do Anteprojecto e correspondente ao art. 2.º, n.º 4 do C. Penal), «leis penais» (CRP, art. 29º, nº 4), «regime» (Código Penal, art. 2.º, n.º 4) são tomados pelo legislador como sinónimos, sendo indevido qualquer aproveitamento destas diferenças terminológicas. Mencionam também exemplos de casos como o da eliminação da pena acessória com concomitante subida da moldura penal, que a teoria da ponderação global resolve mal⁶, concluindo que só a ponderação diferenciada, com a aplicação de várias normas dos regimes legais que se sucedem, permite obstar a que sejam proferidas decisões desequilibradas.

5 A Aplicabilidade da Lei no Tempo: A Proibição da Retroactividade in Pejús; Jornadas; Faculdade de Direito de Lisboa; pag. 422

6 Aplicando-se o regime da lei mais recente, estar-se-ia a punir o infractor com uma pena de prisão mais grave do que aquela que vigorava à data da prática da conduta delituosa, o que viola o princípio da retroactividade. Por outro lado, a aplicar-se em bloco o regime em vigor à data da infracção, estar-se-ia a aplicar ao arguido uma pena acessória, a qual a sociedade, no momento da decisão, considerava já desajustada e sem justificação, tanto que mais que o legislador já a havia banido da ordem jurídica.

Bibliografia

- Pedro Caeiro:** Aplicação da lei penal no tempo e prazos de suspensão da prescrição do procedimento criminal: um «caso prático», Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, I Vol.
- Taipa de Carvalho:** Sucessão de Leis Penais, Coimbra Editora, 1990,
- Américo A. Taipa de Carvalho:** Acidente de viação mortal e abandono de sinistrados ocorridos antes de 1 de Outubro de 1994 e julgados posteriormente: um problema de sucessão de leis penais, Direito e justiça, Lisboa, Vol. II, T. 2 (1997), pago 95-118.
- Américo A. Taipa de Carvalho:** Lei penal intermédia, Revista portuguesa de ciência criminal, Lisboa, ano 2, nº 3 (Jul-Set. 1992), págs 497-510.
- Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade:** Problemas de especulação e sucessão de leis, Revista de Direito e Estudos Sociais (6/7) 1980-1981,
- Germano Marques da Silva,** Direito Penal Português, Parte Geral, I, Introdução e Teoria da Lei Penal, Verbo.
- Teresa Pizarro Beleza:** Direito Penal, 2ª Edição Revista e Actualizada, 1985, Edição da A.A.F.D.L.
- Manuel António Lopes Rocha:** Aplicação da Lei Criminal no Tempo e no Espaço, Jornadas de Direito Criminal, CEJ.
- Jorge de Figueiredo Dias:** Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime, Coimbra Editora, 2004.
- Manuel Cavaleiro de Ferreira:** Lições de Direito Penal, Parte Geral I, A Lei Penal e a Teoria Geral do Crime no Código Penal de 1982, Verbo.
- José Beleza Dos Santos:** Direito Criminal, Lições coligidas por Hernâni Marques, Coimbra Editora, 1936.

- Eduardo Correia:** Direito Criminal, Livraria Almedina, 1971.
- José Lobo Moutinho:** A Aplicação da Lei Penal no Tempo Segundo O Direito Português, Direito e Justiça, Volume VIII, Tomo 2, 1994.
- H. H. Jescheck:** Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volume I, Bosch.
- Raul Soares da Veiga:** Os crimes contra o património na revisão do Código Penal, Jornadas sobre a revisão do Código Penal organizadas por Fernanda Palma e Teresa Beleza, AAFBL, 1998.
- Rui Pereira:** A relevância da lei penal inconstitucional de conteúdo mais favorável ao arguido, Revista portuguesa de ciência criminal, Lisboa, ano 1, nº 1 (Jan-Mar. 1991), pag.55-76.
- Carlota Pizarro de Almeida:** A (in)constitucionalidade da ressalva do caso julgado. O artigo 2.º do Código Penal, In: Casos e materiais de direito penal, 38 edição, Coimbra, Almedina, 2004, pago 233-237.
- Miguel Pedroso Machado:** Uma hipótese de aplicação da lei no tempo em matéria de crimes contra a economia e a saúde pública, Ordem dos Advogados, 1987, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 47.