

“Whenever yet was your appeal denied”?^[*] – Sobre o direito do arguido ao recurso de decisões de recurso

Helena Morão

Professora da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

[*] *Henry IV, Part 2, SHAKESPEARE.*

Este estudo, redigido de acordo com a antiga ortografia, beneficiou dos contributos da Dr.ª Ana Barata Brito, dos Mestres António Brito Neves e David Silva Ramalho, da Prof.ª Doutora Inês Ferreira Leite, dos Drs. Tiago Geraldo e Rui Batista e do Prof. Doutor Rui Lanceiro, que muito agradeço.

SUMÁRIO: I. Direito ao recurso do arguido e recorribilidade. II. O Acórdão do TC n.º 49/2003 e o duplo grau de jurisdição nas primeiras condenações em segunda instância. III. A adaptação jurisprudencial das Relações e a crítica da jurisprudência constitucional. IV. A inversão jurisprudencial dos Acórdãos do TC n.ºs 412/2015, 429/2016 e 595/2018. V. A jurisprudência constitucional sobre primeiras condenações em segunda instância em pena não privativa da liberdade. VI. A jurisprudência constitucional sobre agravações da condenação em segunda instância. VII. Conclusão: um critério de recorribilidade de decisões de recurso.

I. DIREITO AO RECURSO DO ARGUIDO E RECORRIBILIDADE

Segundo a jurisprudência constitucional, o direito ao recurso do arguido consagrado no n.º 1 do artigo 32.º da Constituição, *in fine*, no contexto das garantias de defesa, não abrange a faculdade de impugnar toda e qualquer decisão proferida no processo penal ou de esgotar todas as instâncias de recurso, mas sim a oportunidade de recorrer dos despachos, sentenças e acórdãos que restrinjam direitos fundamentais, nomeadamente dos que impliquem uma privação ou compressão da liberdade^[1]. Ao abrigo do regime constitucional

[1] Na formulação do Acórdão do TC n.º 686/2004 (MARIA FERNANDA PALMA) – disponível, tal como os

demais acórdãos e decisões sumárias desse tribunal citados, em www.tribunalconstitucional.pt –, o “direito de

recorrer de decisões que restringem direitos fundamentais em processo penal”.

de restrição de direitos, liberdades e garantias previsto no n.º 2 do artigo 18.º, certas decisões podem ser irrecoráveis, desde que esta limitação seja fundamentada na protecção de outros interesses preponderantes no processo e uma tal irrecoribilidade não prejudique, designadamente, o conteúdo essencial do direito de defesa^[2].

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.

O problema tem-se colocado essencialmente em situações em que o arguido, tendo sido absolvido em primeira instância, vem a ser condenado na segunda, na sequência de recurso do assistente ou do Ministério Público^[3], e, mais especificamente, a propósito da constitucionalidade da norma enunciada na alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal, que, na redacção actual, define a irrecorribilidade dos acórdãos proferidos, em recurso, pelas Relações que apliquem pena não privativa da liberdade ou pena de prisão não superior a 5 anos. Questiona-se, pois, se o direito a recorrer impõe a recorribilidade de tais condenações e, assim, um triplo nível de juízo.

Em rigor, a discussão não se cinge às hipóteses em que a condenação ocorra, pela primeira vez no processo, na Relação, podendo ser alargada a qualquer decisão condenatória de recurso que agrave a responsabilidade do arguido, no seguimento de recurso não interposto por ele.

[2] V., por exemplo, o Acórdão do TC n.º 610/96 (MARIA FERNANDA PALMA).

[3] Lembre-se que, enquanto nos sistemas processuais penais anglo-saxónicos a tradição da proibição de

double jeopardy tem imposto a regra da inadmissibilidade de recursos de absolvições pela acusação, não obstante algumas excepções (v. MATTEO RIZZOLLI, "Why Public Prosecutors Cannot Appeal Acquittals", 2008, pp. 1 e ss., disponível em <https://ssrn.com/abstract=1092885>; e, para uma avaliação crítica da evolução recente do Direito britânico, ANDREW ASHWORTH e MIKE REDMAYNE, *The Criminal Process*, 4.ª ed., Oxford, 2010, pp. 371, 393 e ss. e 397 e ss.), entre nós o Ministério Público tem o dever de

II. O ACÓRDÃO DO TC N.º 49/2003 E O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NAS PRIMEIRAS CONDENAÇÕES EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Durante mais de uma década, o Tribunal Constitucional deu uma resposta negativa a este dilema, com base na seguinte ordem de razões^[4]. De acordo com o Tribunal Constitucional, procurar-se-ia, com a interposição de recurso, a obtenção de três objectivos: em primeiro lugar, uma redução do risco de erro judiciário, propiciada pela reanálise da decisão por outro tribunal; em segundo lugar, uma decisão de melhor qualidade, tendo em conta que é proferida por uma instância superior; e, em terceiro lugar, a oportunidade de apresentar a esse tribunal de grau distinto a posição da defesa. Ora todas estas virtualidades seriam asseguradas pelo duplo nível de jurisdição^[5].

Acresce, em quarto lugar, na visão do Tribunal Constitucional, que haveria motivos legítimos para o legislador querer limitar a possibilidade de um terceiro grau de juízo em casos

promover o controlo da legalidade das decisões judiciais, impugnando as que tenha por ilegais e sejam estas prejudiciais ou favoráveis à defesa (v. o nosso “Da delimitação subjectiva do direito ao recurso em matéria penal – Fundamento e legitimidade para recorrer”, *Anatomia do Crime – Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 5, 2017, pp. 16 e ss. e 20 e ss.).

No Direito continental italiano, após vários apelos doutrinários de supressão do poder de apelar do *Pubblico Ministero* de decisões absolutórias, sobretudo por o arguido condenado em segundo grau não ter acesso a uma terceira jurisdição de mérito, mas tão-só à cassação (v. FRANCO COPPI, “No all’appello del P.M. dopo la sentenza di assoluzione”, *Il Giusto Processo*, n.º 5, 2003, pp. 27 e ss.; TULLIO PADOVANI, “Il doppio grado di giurisdizione – Appello dell’imputato,

appello del P.M., principio del contraddittorio”, *Cassazione Penale*, 2003, pp. 4023 e ss.; FREDERICO STELLA, “Sul divieto per il Pubblico Ministero di proporre appello contro le sentenze di assoluzione”, *Cassazione Penale*, 2004, pp. 756 e ss.; FRANCESCO NUZZO, “De profundis per l’appello del pubblico ministero contro le sentenze di assoluzione?”, *Cassazione Penale*, 2004, pp. 3910 e ss.), a chamada *Legge Pecorella* de 2006 procurou excluir o *appello* de absolvições pelo *Pubblico Ministero*, salvo prova nova e decisiva, através de uma alteração ao artigo 593.º do *Codice de Procedura Penale*, tendo, contudo, sido declarada inconstitucional pela *Corte Costituzionale*, por disparidade injustificada de tratamento entre acusação e defesa e consequente incompatibilidade com o princípio do processo justo contido no n.º 2 do artigo III.º da Constituição

italiana (*Sentenza* n.º 26/2007, www.cortecostituzionale.it).

[4] Acórdãos do TC n.ºs 49/2003 (MARIA DOS PRAZERES BELEZA), 255/2005 (MARIA JOÃO ANTUNES), 487/2006 (MÁRIO TORRES), 682/2006 (BENJAMIM RODRIGUES), 424/2009 (VÍTOR GOMES), 353/2010 (MARIA LÚCIA AMARAL) e 163/2015 (CATARINA SARMENTO E CASTRO).

[5] Nas palavras do Acórdão do TC n.º 49/2003: “Resulta do exposto que os fundamentos do direito ao recurso entroncam verdadeiramente na garantia do duplo grau de jurisdição. (...) o acórdão da relação, proferido em 2.ª instância, consubstancia a garantia do duplo grau de jurisdição, indo ao encontro precisamente dos fundamentos do direito ao recurso”.