

ACÓRDÃO N.º 171/10

De 28 de Abril de 2010

Confirma decisão sumária que não conheceu do recurso por inutilidade.

Processo: n.º 218/10.

Recorrente: Particular.

Relator: Conselheiro Vítor Gomes.

SUMÁRIO:

A não admissão do recurso para o Supremo Tribunal de Justiça pela decisão recorrida assentou em dois fundamentos, cada um deles susceptível de, por si só, conduzir a esse resultado; como no recurso de constitucionalidade o recorrente só pretende atacar um deles, na “decisão sumária” agora objecto de reclamação entendeu-se que não tem utilidade conhecer desse recurso de inconstitucionalidade, porque sempre a decisão de não admissão do recurso para o Supremo Tribunal de Justiça se manteria com o outro fundamento.

Acordam, em conferência, na 3.^a Secção do Tribunal Constitucional:

1. O relator proferiu a seguinte decisão:

«1. A., notificado da decisão do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de Fevereiro de 2010, que indeferiu a reclamação que, ao abrigo do disposto no artigo 405.º do Código de Processo Penal (CPP), deduzira contra o despacho do relator na Relação, que, com fundamento na alínea *f*) do n.º 1 do artigo 400.º do mesmo Código, não admitiu o recurso que havia interposto para o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) do acórdão da Relação de Coimbra de 4 de Outubro de 2009, veio interpor recurso para o Tribunal Constitucional, com fundamento na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, nos seguintes termos:

«(...) Dando cumprimento ao plasmado nos n.ºs 1 e 2 do artigo 75.º-A da Lei do Tribunal Constitucional (LTC), refere-se que o presente recurso versa desde logo duas questões concretas e objectivas da inconstitucionalidade, as quais se mostram contudo, encadeadas: a violação plúrima de lei processual condizente à eventual nulidade do duto acórdão proferido e a não admissão do recurso interposto, aplicando-se a alínea *f*) do artigo 400.º do CPP. [Certamente queria dizer alínea *f*) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP]

Tais questões foram validamente suscitadas quer no recurso interposto para o Supremo Tribunal de Justiça (a pp. 6, 8 e nomeadamente a conclusões 14 a 16 e 25) quer na reclamação (*maxime* artigos 8.º a 12.º, 34.º, 36.º, 37.º, 43.º, 59.º).

Como fundamento do recurso aponta-se o entendimento sufragado quer no acórdão da Relação de Coimbra quer nas sucessivas não admissões do recurso, por se entender violador das normas legais plasmadas nos artigos 399.º, 400.º, n.º 1, alínea *f*), 411.º, n.º 5, 419.º, n.º 3, alínea *c*), 379.º, n.º 1, alínea *c*), *ex vi* do artigo 425.º, n.º 4, todos do CPP e artigo 32.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP), afigurando-se, não só relevante como essencial para a boa decisão da questão principal, uma vez que em causa estão direitos, liberdades e garantias do recorrente, e constitucionalmente tutelados.

Razão pela qual, nos termos do artigo 78.º da LTC deverá o mesmo ter efeito suspensivo e subir nos próprios autos. (...)»

A fls. 92 dos autos consta o despacho, de 11 de Março de 2010, do seguinte teor:

«Admite-se o recurso interposto para o Tribunal Constitucional, na parte em que se questiona a constitucionalidade da norma do artigo 400.º, n.º 1, alínea *f*), do CPP, mas já não se admite o recurso na parte respeitante à nulidade do acórdão da 2.^a instância, por estranha ao conhecimento da reclamação, como se referiu no despacho que desta conheceu.»

2. A decisão recorrida é do seguinte teor:

«[...]

Na apreciação da reclamação contra o despacho de não admissão do recurso, única questão de que cabe conhecer, apenas compete apreciar a admissibilidade do recurso, de harmonia com o disposto no artigo 405.º do CPP, encontrando-se fora do âmbito da reclamação a questão da nulidade imputada ao acórdão de que se pretende recorrer.

Vejamos.

Numa certa perspectiva – minoritária no STJ – poder-se-á dizer que a decisão proferida no recurso não foi inteiramente no mesmo sentido da decisão da 1.^a instância, por o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra ter absolvido o arguido da prática do crime de burla informática e, em conformidade, reduzido a pena aplicada ao arguido.

Com efeito, o elemento central da norma, que define a não recorribilidade e os critérios da conformidade, é a confirmação da decisão da primeira instância.

Segundo o sentido comum da linguagem, a confirmação significa identidade de sentido, afirmar do mesmo modo, traduzir uma convergência; confirmar significa tornar mais certo, seguro e firme, concordar, certificar, revalidar, sancionar.

A confirmação da decisão em recurso significa, assim, em leitura literal, decidir do mesmo modo, concordar, convergir ou certificar a decisão sobre que versa o recurso. A convergência ou a confirmação deve significar que não existe qualquer divergência, e que se afirma a identidade quanto aos elementos centrais e verdadeiramente constitutivos das decisões.

Elementos constitutivos – elementos definidores e caracterizadores – da decisão penal condenatória são a qualificação (identificação legal do crime) e a condenação.

A conformidade afasta, por sua natureza, a existência de qualquer elemento de não conformidade, desde que se refira aos elementos constitutivos das decisões.

Na parte em que as decisões diverjam, não há conformidade; se não há conformidade, mesmo que parcial (isto, é, se existe não conformidade parcial), poder-se-á entender que não está integrado inteiramente o elemento nuclear da norma, que supõe convergência, certificação e concordância.

Este sentido literal coincide com justificação racional da solução legal de não admissibilidade de recurso em casos de “dupla conforme”. O julgamento “conforme” em duas instâncias traduz uma presunção de bom julgamento, de julgamento certo e seguro, dispensando na proporcionalidade e racionalidade do uso dos meios processuais, uma outra apreciação em casos em que esteja em causa a aplicação de penas até ao limite definido, isto é, com um referencial de gravidade de determinado limite.

Mas este pressuposto, que dá coerência à opção da lei, não se verifica quando entre uma e outra decisão existirem elementos relevantes de não conformidade, sendo arbitrária a opção interpretativa de desconsiderar, para este efeito, a não conformidade *in melius*, introduzindo um desequilíbrio sistémico que o rigor dos critérios de interpretação dificilmente suportará.

Por isso, nesta perspectiva, e visto o conteúdo da decisão recorrida, não havia identidade do conteúdo decisório.

Neste entendimento, não poderia, no caso concreto, segundo uma perspectiva aceitável, dizer-se que houve confirmação ou dupla conforme, para efeitos do disposto na alínea f) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP.

Mas a posição maioritária deste Supremo Tribunal é no sentido de que há dupla conforme quando haja confirmação da condenação *in melius*, o que se teria verificado no caso presente, por o acórdão em causa ao ter absolvido o arguido da prática de um crime de burla informática e, em conformidade, reduzido a pena aplicada, ter sido mais favorável ao arguido. De acordo com esta jurisprudência o caso seria subsumível na citada alínea f) do n.º 1 do artigo 400.º, com a consequente inadmissibilidade do recurso interposto.

E se, porventura, se não considerar que há dupla conforme poderia, eventualmente, ser aplicável a alínea e) do n.º 1 do mesmo preceito que estabelece serem irrecorríveis os “acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações, que apliquem pena não privativa da liberdade”.

Porém, o recurso também não é admissível ao abrigo desta alínea, por o arguido ter sido condenado numa pena não superior a cinco anos de prisão.

Com efeito, como se disse no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Fevereiro de 2009 – Proc. n.º 102/09 - 3.ª “(...) A referência essencial para a leitura integrada do regime – porque constitui a norma que define directamente as condições de admissibilidade do recurso para o STJ – não pode deixar de ser a alínea c) do n.º 1 o artigo 432.º do CPP, que fixa, em termos materiais, uma condição e um limiar material mínimo de recorribilidade – acórdãos finais, proferidos pelo tribunal do júri ou pelo tribunal colectivo, que apliquem pena de prisão superior a cinco anos, visando exclusivamente o reexame da matéria de direito.

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

A coerência interna do regime de recursos para o STJ em matéria penal supõe, deste modo, que uma decisão em que se não verifique a referida dupla de pressupostos não deva ser (não possa ser) recorrível para o STJ. Com efeito, se não é admissível recurso directo de decisão proferida por tribunal singular, ou que aplique pena de prisão

não superior a cinco anos, também por integridade da coerência que deriva do princípio da paridade ou até da maioria de razão, não poderá ser admissível recurso de segundo grau de decisão da relação que conheça de recurso interposto nos casos de decisão do tribunal singular ou do tribunal colectivo ou do júri que aplique pena de prisão não superior a cinco anos.

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

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

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

A formulação da norma constava da Proposta de Lei n.º 109/X (*Diário da Assembleia da República*, II Série, n.º 31, de 23 de Dezembro de 2006) em termos diversos (“são irrecorribéis” os acórdãos proferidos, em recurso, pela Relação, “que apliquem pena de multa ou pena de prisão não superior a cinco anos”), adaptando por comparação com a anterior formulação e para os casos aí previstos, o critério da “pena aplicada” em lugar da “pena aplicável ao crime” [Os Projectos de Lei n.º 237/X, in *Diário da Assembleia da República*, II Série, n.º 100, de 6 de Abril de 2006; 368/X, 369/X e 370/X, in *Diário da Assembleia da República*, II Série, n.º 52, de 9 de Março de 2007 não previam qualquer alteração para a alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º].

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

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

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

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

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

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

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

(...) A perspectiva, o sentido essencial e os equilíbrios internos que o legislador revelou na construção do regime dos recursos para o STJ, com a prevalência sistémica, patente e mesmo imanente, da norma do artigo 432.º, e especialmente do seu n.º 1, alínea *c*), impõe, por isso, em conformidade, a redução teleológica da norma do artigo 400.º, n.º 1, alínea *e*), do CPP, de acordo com o princípio base do artigo 432.º, n.º 1, alínea *c*), do CPP, necessária à reposição do equilíbrio e da harmonia no interior da regime dos recursos para o STJ», no sentido de o recurso não ser admissível para o STJ no caso que tenha sido aplicada uma pena não superior a cinco anos de prisão.

No mesmo sentido, embora com fundamento metodológico não inteiramente coincidente, os Acórdãos deste Supremo Tribunal de 17 de Abril de 2008 – Proc. n.º 903/08 e de 24 de Abril de 2009 – Proc. n.º 329/05.1PTLRS.SI.

O reclamante suscita a inconstitucionalidade da alínea *f*) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP, quando interpretada no sentido da inadmissibilidade do recurso, por violação das garantias de defesa constitucionalmente consagradas, referindo que o recurso penal que consta do artigo 2.º do Protocolo 7.º à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais é um dos direitos fundamentais do arguido com consagração no artigo 32.º, n.º 1, da CRP.

Quanto ao artigo 2.º do Protocolo 7.º à Convenção Europeia, nele apenas se encontra estabelecido o direito a um segundo grau de jurisdição como garantia de defesa em termos substancialmente coincidentes com o artigo 32.º, n.º 1, da Constituição.

E o direito ao recurso, garantido como direito de defesa no citado n.º 1 do artigo 32.º da CRP, basta-se com um grau de recurso, ou segundo grau de jurisdição, direito esse, que o reclamante já utilizou ao recorrer para a Relação.»

3. O presente recurso de constitucionalidade tem unicamente por objecto a norma da alínea *f*) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal, na interpretação adoptada na decisão recorrida, porquanto o mesmo não foi admitido na parte em que o recorrente, no requerimento de interposição, se reportava “à nulidade do acórdão da 2.ª instância”, que não conheceu desta questão por ter entendido ser a mesma estranha ao âmbito da reclamação prevista no artigo 405.º do Código de Processo Penal. A rejeição do recurso, nesta parte, assentou, pois, na falta de um dos pressupostos da admissibilidade do tipo de recurso em causa, a saber, a aplicação por parte da decisão recorrida da norma que se pretende sindicar.

Relativamente à norma da alínea *f*) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal, a questão analisada na decisão recorrida reconduz-se a saber se, num caso como o dos autos em que a Relação, em recurso, absolveu o arguido de um dos crimes por que havia sido condenado em 1.ª instância, reduzindo a pena em conformidade com essa absolvição, e mantendo no mais o decidido em 1.ª instância, é ainda uma “decisão confirmativa”, para efeitos da aplicação daquele preceito, conducente à inadmissibilidade do recurso.

Da sistematização seguida na decisão recorrida e do discurso argumentativo adoptado retira-se que a decisão em causa seguiu a tese maioritária do Supremo, “no sentido de que há dupla conforme quando haja confirmação da condenação *in melius*”, tendo entendido que tal se teria verificado no caso presente, por o acórdão em causa ao ter absolvido o arguido da prática de um crime de burla informática e, em conformidade, reduzido a pena aplicada, ter sido mais favorável ao arguido. Assim, e de acordo com esta jurisprudência o caso seria subsumível à citada alínea *f*) do n.º 1 do artigo 400.º, com a consequente inadmissibilidade do recurso interposto. Só deste modo se compreende que no final da decisão se tenha conhecido da questão da constitucionalidade desta norma.

Porém, a decisão recorrida avança com um outro fundamento (ao qual dedica boa parte da fundamentação) para o caso de “se, porventura, se não considerar que há dupla conforme”, que consiste na aplicação da norma da alínea *e*) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal, conjugada com a da alínea *c*) do n.º 1 do artigo 432.º do mesmo Código, por via da qual “o recurso também não é admissível”, “por o arguido ter sido condenado numa pena não superior a cinco anos de prisão”.

Esta interpretação faz apelo de anterior jurisprudência do Supremo onde se entendeu que:

“(…) A perspectiva, o sentido essencial e os equilíbrios internos que o legislador revelou na construção do regime dos recursos para o STJ, com a prevalência sistémica, patente e mesmo imanente, da norma do artigo 432.º, e especialmente do seu n.º 1, alínea *c*), impõe, por isso, em conformidade, a redução teleológica da norma do artigo 400.º, n.º 1, alínea *e*), do CPP, de acordo com o princípio base do artigo 432.º, n.º 1, alínea *c*), do CPP, necessária à reposição do equilíbrio e da harmonia no interior da regime dos recursos para o STJ, no sentido de o recurso não ser admissível para o STJ no caso que tenha sido aplicada uma pena não superior a cinco anos de prisão.”

Ora, o recorrente não impugnou em sede de recurso de constitucionalidade tais normas/dimensões normativas, nada constando a este respeito no requerimento de interposição de recurso.

Deste modo, quer se entenda existir uma dupla fundamentação, quer se considere que, no caso, a aplicação da norma da alínea *e*) do n.º 1 do artigo 400.º, conjugada com a da alínea *c*) do n.º 1 do artigo 432.º do Código de Processo Penal, constitui um fundamento alternativo decisório, igualmente conducente, por si só, à inadmissibilidade do recurso do acórdão da Relação para o Supremo Tribunal de Justiça, não pode tomar-se conhecimento do objecto do presente recurso de constitucionalidade, por inutilidade, como é entendimento pacífico deste tribunal. Efectivamente, em resultado da aplicação destes preceitos, não constantes do objecto do recurso, qualquer que fosse a sorte deste relativamente à questão da alínea *f*) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal sempre a decisão recorrida se manteria com base nos preceitos não impugnados.

4. Nestes termos, ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 78.º-A da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, decide-se não tomar conhecimento do objecto do recurso.

Custas a cargo do recorrente, fixando-se a taxa de justiça em 7 unidades de conta.

2. O recorrente reclamou para a conferência, ao abrigo do n.º 3 do citado artigo 78.º-A da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro (LTC), nos seguintes termos:

«A., arguido/recorrente nos autos *supra* referenciados e nos mesmos melhor identificado, tendo sido notificado de doughta decisão sumária proferida, no sentido de não tomada de conhecimento do recurso interposto, vem, nos termos e para os efeitos do n.º 3 do artigo 78.º-A da Lei do Tribunal Constitucional (doravante LTC *brevis causa*), apresentar reclamação para a conferência nos termos e com os seguintes fundamentos:

I) Da decisão sumária

1.º

Mediante doughta decisão sumária, proferida pelo Ex.^{mo} Juiz Conselheiro relator, foi decidido não ser tomado conhecimento do objecto do recurso apresentado.

2.º

Ora, tal doughta decisão não deixa de ser curiosa e surpreendente na sua fundamentação.

3.º

Todavia, previamente, diga-se que o despacho de 11 de Março de 2010 admitiu o recurso para o Tribunal Constitucional unicamente na parte da constitucionalidade da norma do artigo 400.º, n.º 1, alínea *f*), do Código de Processo Penal (doravante CPP *brevis causa*) e não já na parte respeitante à nulidade do acórdão de 2.ª instância.

4.º

Com efeito, por se ter previsto tal facto e ser o mesmo decorrente da aplicação correcta da lei, relativamente a tal matéria havia sido intentado, no dia 26 de Fevereiro de 2010, o competente recurso de constitucionalidade no venerando Tribunal da Relação de Coimbra, estando-se a aguardar a admissão do mesmo.

5.º

Temos assim que a questão concreta que se versa no presente recurso de constitucionalidade é unicamente a referente à alínea *f*) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP.

6.º

O presente recurso foi objecto de decisão sumária de não conhecimento em razão de se mostrarem igualmente aplicáveis à rejeição do recurso interposto para o STJ as alíneas *e*) do n.º 1 do artigo 400.º conjugada com a alínea *c*) do n.º 1 do artigo 432.º, ambos do CPP.

7.º

Alega-se, com justeza diga-se, que tais normas não teriam sido impugnadas em sede de recurso de constitucionalidade pelo ora reclamante, o que não constituiu obstáculo a que o mesmo fosse admitido!

8.º

Ora, sobre tal facto, duas considerações: em primeiro lugar, o despacho de não admissão de tal recurso, proferido no venerando Tribunal da Relação de Coimbra e datado de 31 de Dezembro de 2009, conforme fls. 1412 dos autos, apenas indicou como razão de tal não admissão a alínea *f*) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP.

9.º

Ora, se apenas foi indicada tal alínea como constituindo obstáculo à admissão de recurso, obviamente que a reclamação dirigida ao Ex.^{mo} Presidente do STJ versou apenas sobre a inconstitucionalidade de tal norma, tal como o mesmo expressamente refere a p. 1 *in fine* da sua douta decisão.

10.º

Constitui fundamento para apresentação de recurso de constitucionalidade, nos termos da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC, que tenha havido aplicação de norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo.

11.º

Assim sendo, como poderia o recorrente fundamentar tal recurso na inconstitucionalidade de normas que nunca havia suscitado no processo?!

12.º

Por outro lado, é exigência do n.º 2 do artigo 75.º-A da LTC que se indiquem as peças processuais onde tal questão de inconstitucionalidade foi suscitada.

13.º

Ora, dentro de toda a boa fé que sempre moveu o reclamante, não iria recorrer com base em questões não suscitadas por si no processo...

14.º

Razão pela qual se entenda que enferma a douta decisão sumária de vício na sua fundamentação, mostrando--se mesmo violadora dos limites impostos na própria LTC e que norteiam o âmbito dos recursos de constitucionalidade, sendo o entendimento nela consagrado, ironia das ironias, e com o devido respeito, inconstitucional.

15.º

Com efeito, a ser dado provimento a tal linha jurisprudencial, mais uma vez se vê o reclamante prejudicado nos seus direitos, sendo, na gíria popular, “preso por ter cão e por não ter”.

16.º

Na verdade, tivesse o mesmo intentado recurso de constitucionalidade sobre tais normas e muito provavelmente não teria sido o mesmo aceite...

17.º

Todavia, começámos por referir que haveria duas notas em relação a tal decisão sumária, impondo-se agora a segunda delas: com efeito, as razões pelas quais se defende a inconstitucionalidade da não admissão do recurso aplicam-se igualmente a tais normas não impugnadas à luz dos argumentos *a simili* e *a fortiori*!

18.º

De facto, o que está em causa para o reclamante é a suscitação de questões novas que não tiveram ainda nenhum grau de jurisdição decisória.

19.º

Na verdade, apenas subsidiariamente se discute a execução da pena de prisão, uma vez que maioritariamente, está em causa a violação de norma processual e a preterição de direitos de defesa validamente suscitados.

20.º

Com efeito, tais restrições ao direito de recurso apenas poderão valer quando o recorrente pretenda novamente questionar a pena aplicada ou a condenação.

21.º

Ora, no presente caso, trata-se de questão diversa, uma vez que a única coisa que exactamente se pretende é a reposição e harmonia do processo penal.

22.º

A entender-se diversamente, toda e qualquer preterição de direitos dos arguidos, em julgamentos de recurso com aplicação de pena de prisão inferior a cinco anos, ficariam impunes.

23.º

Viam-se os arguidos impedidos de reagir contra tais violações processuais, da mesma forma que o Tribunal da Relação ganharia um poder acrescido que nunca seria sindicável.

24.º

Ora, tal concepção de direito processual que se queira justo é para nós intolerável!

25.º

E as razões pelas quais se defende a inconstitucionalidade da alínea *f*) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP prendem-se com o seu entendimento de sempre constituir obstáculo à admissão do recurso independentemente do fundamento do recurso.

26.º

Concorda-se que assim deva ser quando o recorrente mais não pretenda que um terceiro grau de julgamento, sobre questões já anteriormente julgas e reapreciadas.

27.º

Agora quando, como no presente caso, se pretende a apreciação em primeiro grau de questões que o venerando Tribunal de recurso expressamente não conheceu, cremos que tal entendimento comportará a inconstitucionalidade apontada.

28.º

Tem-se assim por de duvidosa bondade jurídica a decisão sumária proferida nos presentes autos...

29.º

Há boas e válidas razões que sustentam a cognoscibilidade do objecto do recurso interposto.

II) Da recorribilidade e consequente inconstitucionalidade

30.º

Primeiramente, um pouco de resenha histórico-processual para que tenham V/ Ex.^{as} a panorâmica geral e a real percepção da importância suprema da decisão a proferir.

31.º

O reclamante foi condenado em primeira instância, em cúmulo jurídico, na pena de quatro anos e três meses de prisão, tendo, inconformado com tal douta decisão, interposto o competente recurso para o venerando Tribunal da Relação de Coimbra.

32.º

Tal recurso versava, desde logo, a reapreciação da prova gravada relativamente à prática do crime de roubo bem como sobre matéria de direito sobre a condenação pelos dois demais crimes e ainda, a final, sobre a não aplicação do instituto da suspensão da pena de prisão.

33.º

Todavia, incluía igualmente a alegação de nulidade do douto acórdão de primeira instância nos termos da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 379.º CPP, pedido de realização de audiência nos termos do n.º 5 do artigo 411.º do CPP e diligências de prova.

34.º

Mediante douto acórdão, veio o mesmo a obter parcial provimento, sendo certo que, entende o reclamante, por não apreciação de questão suscitada pelo reclamante e violação de lei processual, enfermava o mesmo de nulidade e demais vícios.

35.º

Razão pela qual apresentou o competente recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, invocando desde logo tais factos.

36.º

Na verdade, a motivação do recurso apresentado não radicava em primeira linha na condenação e medida da pena, razão pela qual se entende não poder a alínea *f*) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP constituir óbice à sua admissibilidade.

37.º

De facto, o recurso interposto está para lá de tal fronteira, razão pela qual se entende ser admissível, sob pena de perversão dos mais elementares direitos processuais.

38.º

Há assim que interpretar *cum grano salis* tal disposição legal, sendo certo que a reforma processual penal pretendeu diminuir a recorribilidade junto do Supremo Tribunal de Justiça, mas não terá querido deixar os sujeitos processuais à mercê de decisões judiciais que se possam mostrar inquinadas ou sejam resultado de “atropelos” processuais.

39.º

De facto, a ser interpretada de tal forma, não deixará de ser a mesma inconstitucional por violação das garantias de defesa constitucionalmente tuteladas.

40.º

Na verdade, o Tribunal Constitucional tem decidido que o núcleo essencial de garantias de defesa abrange o “direito a ver o caso examinado em via de recurso, mas não abrange já o direito a novo reexame de uma questão já reexaminada por uma instância superior» (cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 565/07, in *Diário da República*, II Série, de 3 de Janeiro de 2008).

41.º

Por isso, deve aceitar-se que o legislador possa fixar um limite abaixo do qual não é possível um terceiro grau de jurisdição – duplo grau de recurso –, reservando o STJ para a apreciação dos casos mais graves, tal como parece ter sido o espírito que presidiu à recente reforma processual penal.

42.º

O recurso penal – que consta do artigo 2.º do protocolo n.º 7 à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, aprovado, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 22/90, de 27 de Setembro, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 51/90 – é um dos direitos fundamentais do arguido, com consagração no artigo 32.º, n.º 1, da CRP (após a 4.ª revisão constitucional), havendo sempre que salvaguardar a existência de um duplo grau de jurisdição.

43.º

E humildemente se confessa que “duplo grau de jurisdição” não é a mesma coisa que um duplo grau de recurso, tendo-se perfeita consciência de tal facto, pois nunca se pretendeu exercer o denominado “terrorismo de direitos fundamentais”.

44.º

Na verdade, na vida sempre haverá que fazer honra e timbre da Justiça, nem sempre os fins justificando os meios.

45.º

Ao interpor o recurso ordinário, pretendeu unicamente o reclamante exercer um seu direito de “manifestação de posição contrária” face à disposição inovatória traduzida no douto acórdão recorrido.

46.º

Na verdade, a enfermar, como supomos, o dito acórdão de uma nulidade e mostrando-se violada lei processual penal, como garantir o duplo grau de jurisdição face a tal douda decisão ou a reacção face à mesma?

47.º

Aceita-se que se entenda que relativamente aos pontos VII, IX e X do recurso apresentado ocorra a referida inadmissibilidade legal de conhecimento do recurso, mas não se deixa de apontar que tais pontos são os finais, pelo que se mostram unicamente “à boleia”, ou seja, “por arresto”.

48.º

De facto, os alicerces do recurso, são os que constam essencialmente dos pontos que III), IV), V) e VI), nos quais se abordam as questões da nulidade, da omissão de pronúncia, da não realização de audiência, da ausência de atendimento a documentos e diligência requerida.

49.º

O presente recurso, além da invocação de erro notório na apreciação da prova, versa primacialmente tais questões de direito, sendo que nenhuma delas se mostra já julgada anteriormente.

50.º

Afinal, sobre as mesmas não há mesmo decisão, uma vez que o que existe são omissões de pronúncia.

51.º

Assim sendo, havendo fundamentos de nulidade do duto acórdão recorrido, estará o reclamante coarctado processualmente, não podendo reagir contra a mesma?

52.º

Ora, tal entendimento é juridicamente sindicável e violador da lei, representando sinais de um sistema jurídico que, por certo, se não quer por não erigido sob os alicerces de um Estado de direito!

53.º

Citando Ortega y Gasset, desde logo se dirá que “a única perspectiva falsa é que a pretende ser única”, pelo que quer a defendida no duto despacho quer a que *infra* deixaremos, nunca poderão gozar da característica da verdade suprema.

54.º

Na verdade, com o recurso interposto não pretendia o recorrente colocar em causa o exercício das *mui* nobres funções nas quais se mostram investidos os ilustres julgadores, mas tão-somente exercer o direito de “manifestação de posição contrária”, traduzido no direito de recorrer, consagrado na alínea i) do n.º 1 do artigo 61.º do CPP e no n.º 1 da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP *brevitatis causa*).

55.º

Sucedem que as decisões de não admissão de tal recurso se afiguram, salvo o devido respeito por melhor opinião, aos olhos do ora reclamante, como sendo um retrato distorcido da legalidade plasmada no Código de Processo Penal bem como dos seus direitos, ou seja, disforme com a normatividade jurídica vigente aplicável ao presente caso.

56.º

Segundo a alínea b) do artigo 379.º do CPP, a sentença é nula quando “condenar por factos diversos dos descritos na acusação (...) fora dos casos e das condições previstos nos artigos 358.º e 359.º do CPP”.

57.º

Nos termos de duto acusação pública proferida, apenas se mostravam acusados pelo crime de burla informática o ora reclamante e a arguida B..

58.º

Tal duto acusação pública foi recebida pelo tribunal *a quo*, que não procedeu a nenhuma alteração, mediante despacho datado de 5 de Janeiro de 2009, sendo tal facto expressamente referido em sede de relatório do duto acórdão de primeira instância (p. 1, *in fine*).

59.º

Sucede porém que, a final, vieram os três arguidos a ser condenados por tal crime, não tendo havido, tanto quanto se julga saber, qualquer alteração substancial, ou não, dos factos constantes na douta acusação pública.

60.º

E não se pôde deixar de apontar a ilegalidade da mesma, qualificada pela lei como nulidade, nos termos do princípio da legalidade consagrado no artigo 118.º do CPP, sendo certo que nos termos do n.º 1 do artigo 122.º CPP, as nulidades tornam inválido o acto em que se verificarem, bem como os que dele dependerem e aquelas puderem afectar.

61.º

No douto acórdão recorrido, optou o venerando Tribunal da Relação de Coimbra por não conhecer da apontada nulidade, “dada a solução que a final se dará à questão da burla informática, e que abrangerá todos os arguidos” (fls. 22, *in fine*, do douto acórdão recorrido).

62.º

Ora, não poderá o reclamante estar em maior desacordo com tal entendimento, uma vez que a questão da nulidade teria de ser analisada e conhecida, pois, a mostrar-se o douto acórdão condenatório de primeira instância manchado pela mesma, não se mostrará uma absolvição de todos os arguidos pela prática do crime de burla informática apta a eliminar tal “nódoa jurídica”.

63.º

De facto, se antes havia um arguido que havia sido condenado sem se mostrar acusado, em flagrante violação legal, agora temos o mesmo arguido absolvido da prática de um crime pelo qual se não mostrava acusado, sendo que tal absolvição radica unicamente no concurso aparente entre roubo e burla informática e não já da apontada nulidade, que assim continua a manchar a decisão.

64.º

Entende-se que a reposição da legalidade unicamente será feita pelo reconhecimento e expurgação de tal pecado original, sendo o acórdão nulo, atento o disposto no n.º 4 do artigo 425.º do CPP e a aplicabilidade do artigo 379.º, n.º 1, alínea c), do mesmo diploma legal, por não ter conhecido da referida nulidade.

65.º

A opção seguida pelo venerando Tribunal da Relação de Coimbra, ao optar por não conhecer da nulidade, mostra-se violadora dos direitos de defesa do reclamante, consubstanciando uma inconstitucionalidade.

66.º

De facto, entende-se como violador da Lei Fundamental o entendimento segundo o qual as violações de lei penal, cominadas como nulidade, podem ser sanadas por “remendo”, sem conhecimento, declaração e expurgação de tal nulidade.

67.º

Mais se entende que se não possa considerar sanada uma nulidade, resultante da condenação de um não acusado, pela sua posterior absolvição baseada na consumpção do crime e não pela apontada violação de lei processual, uma vez que tal redundaria na absolvição de um não acusado.

68.º

Na verdade, se um arguido não é acusado, não pode ser perseguido criminalmente, ou seja, nem condenado nem absolvido, tendo de ser um terceiro estranho à douta decisão dos julgadores face ao cometimento de tal crime.

69.º

Condenação sem acusação constitui violação legal cominada com nulidade e absolvição sem acusação é um paradoxo, uma impossibilidade e salvo o devido respeito, um erro!

70.º

Não se pode esquecer que igualmente havia o recorrente pugnado pela alteração do ponto 12 dos factos dados como não provados, com base nos relatórios juntos aos autos, e não houve igualmente conhecimento de tal facto.

71.º

O reclamante, aquando da interposição do recurso, quer em sede de parte inicial bem como de motivação (basta atentar que na página inicial do requerimento de recurso, por entre as normas legais que servem de base ao mesmo consta o n.º 5 do artigo 411.º do CPP e a fls. 27, no *terminus* da motivação), expressou solene e inequivocamente o desejo de existência de audiência, nos termos do n.º 5 do artigo 411.º do CPP, tendo requerido a sua realização.

72.º

Mesmo que se entendesse que o mesmo poderia enfermar de qualquer vício, sempre teria o recorrente de ser notificado para proceder a explicitações do mesmo, sob pena de inconstitucionalidade por violação das suas garantias de defesa (*maxime* as plasmadas no artigo 32.º, n.º 1, da CRP).

73.º

De facto, temos por inconstitucional o entendimento de que qualquer não preenchimento de um formalismo legal, no tocante ao requerimento de realização de audiência, nos termos do n.º 5 do artigo 411.º do CPP, produzirá, sem hipótese de convalidação ou reparação pelo recorrente, a sua imediata rejeição.

74.º

Para mais quando no presente caso nem houve lugar a notificação de tal rejeição nem tal tema é afluído no duto acórdão recorrido.

75.º

Pelo que, igualmente por esta via, deixou o venerando tribunal *a quo* de conhecer de uma questão sobre a qual se deveria ter pronunciado, com a consequente nulidade, a qual se invoca, nos termos do alínea c) do n.º 1 do artigo 379.º *ex vi* do n.º 4 do artigo 425.º do CPP.

76.º

Dúvidas não haverão assim de que tal pedido foi efectuado, havendo ainda o teor do referido a fls. 11 do duto acórdão recorrido, sob o ponto 4, no sentido da realização de tal audiência, pelo que sempre colocou o reclamante a questão de não ter sido notificado.

77.º

Todavia, atenta a consideração que sempre nos merecem os tribunais, duvidou o recorrente de tamanha preterição dos seus direitos, pelo que aquando da ultimação do recurso, se procedeu à consulta dos autos, junto do venerando Tribunal da Relação de Coimbra, tendo-se constatado que a mesma não teve lugar, mostrando-se violado o requerimento nesse sentido e o duto acórdão recorrido eivado de uma não verdade.

78.º

Com efeito, conforme fls. 1364 dos autos, apenas teve lugar a conferência (conforme acta da mesma) e não já a audiência, mostrando-se assim violado o teor do artigo 419.º, n.º 3, alínea c), do CPP, dado o julgamento do recurso ter sido em conferência quando o devia ser, em razão de pedido efectuado nesse sentido, em audiência.

79.º

Após ter sido proferido douto acórdão de primeira instância, acabou por ser junto aos autos o relatório de perícia psiquiátrica médico-legal do reclamante, afigurando-se desde logo essencial por comprovar a dependência de estupefacientes pela qual passou o recorrente, a qual, conforme factos dados como provados, se mantinha à data da prática dos factos.

80.º

E aí se refere, a fls. 3, que apresenta como sintomas nucleares a suspeição e a desconfiança, pelo que teria poucas ou nenhuma amizade, preferindo estar só, perante o desconforto sentido em situações especiais.

81.º

Assim sendo, tornar-se-ia pouco provável uma participação a três para o cometimento de crimes, mostrando-se condenação pela qual foi alvo, violadora de tal relatório, tudo apontando para que o mesmo nunca agisse em conjugação de esforços com outrem, mas sozinho.

82.º

Ora, tal facto, pese embora ainda não fosse do conhecimento do tribunal de 1.ª instância, já o seria do venerando tribunal *a quo*, sendo que igualmente não mereceu a mínima consideração.

83.º

Havendo um relatório médico, insuspeito, que atesta uma realidade e se dá outra por provada, não incorrerá o tribunal *a quo* em erro notório na apreciação da prova?

84.º

Ora, tal resposta ficou por dar, não havendo igualmente conhecimento de tal questão, o que, igualmente poderá ser foco de nulidade.

85.º

Por outro lado, tanto quanto se julga saber, não atendeu igualmente o venerando tribunal *a quo* ao pedido de obtenção de certidão face a diligência realizada contra o ora reclamante, após a entrada do requerimento de recurso num outro processo crime.

86.º

Na verdade, por requerimento datado de 30 de Julho de 2009, havia sido solicitada certidão do resultado da busca domiciliária levada a cabo no dia 21 de Maio do corrente ano, no âmbito e para efeitos do Proc. n.º 202/07.9JACBR, pois foi a residência do reclamante alvo de busca sem que nada tenha sido encontrado.

87.º

Todavia, como tal busca teve lugar após a entrada do requerimento de recurso, o ora recorrente não é arguido em tal processo e se mostra o mesmo sujeito a segredo, para defesa e salvaguarda dos seus direitos, requereu o recorrente a obtenção de certidão pelo tribunal.

88.º

Pelo que, à imagem do sucedido com a ausência de conhecimento do facto doze dos factos dados como não provados, também o resultado de tal busca igualmente se mostrava essencial para o juízo de prognose e para efeitos de suspensão da execução da pena de prisão.

89.º

Estando na base do recurso primacialmente tais questões (e não a condenação e medida da pena em si!) que ainda não foram julgadas nem em primeiro grau nem em segundo, entende-se que não será de aplicar quaisquer alíneas do n.º 1 do artigo 400.º ou do artigo 432.º do CPP, não havendo assim razões para a sua inadmissibilidade e não conhecimento do actual.

90.º

Assim falecendo igualmente as razões de sustentação da condenação em taxa de justiça.

91.º

Para mais no montante de 7 unidades de conta, o que se mostra exagerado, atento o facto de a final, nem se mostrar conhecido o objecto do recurso...

92.º

Ora, assim ficarão V/Ex.^{as} devida e cabalmente elucidadas sobre a luta do reclamante, em prol da reposição da verdade processual, podendo constatar quão juridicamente injusta foi a não admissão do recurso interposto bem como o não conhecimento deste.»

3. O Ministério Público responde nos termos seguintes:

«[...]

Resta, pois, para apreciação, apenas, a questão relativa ao artigo 400.º, n.º 1, alínea *f*), do Código de Processo Penal.

12.º

Ora, desde logo, regista-se a forma deficiente como a questão foi definida pelo recorrente, na formulação que dela faz, um pouco mais adiante:

“Como fundamento do recurso aponta-se o entendimento sufragado quer no acórdão da Relação de Coimbra quer nas sucessivas não admissões do recurso, por se entender violador das normas legais plasmadas nos artigos 399.º, 400.º n.º 1, alínea *f*), 411.º, n.º 5, 419.º, n.º 3, alínea *c*), 379.º, n.º 1, alínea *c*), *ex vi* do artigo 425.º, n.º 4, todos do CPP e artigo 32.º, n.º 1, da CRP, afigurando-se, não só relevante como essencial para a boa decisão da questão principal, uma vez que em causa estão direitos, liberdades e garantias do recorrente, e constitucionalmente tutelados.”

Com efeito, a referida formulação reporta-se a diversas disposições legais quando, o que está em causa no presente recurso é, exclusivamente, a aplicação do artigo 400.º, n.º 1, alínea *f*), do Código de Processo Penal, como antes se referiu.

13.º

Por outro lado, tem-se alguma dificuldade em perceber qual a exacta dimensão normativa que o recorrente pretende ver apreciada, a propósito desta última disposição do Código de Processo Penal, uma vez que nunca enuncia tal disposição normativa.

Ora, a redacção deste preceito é a seguinte:

“1 – Não é admissível recurso:

f) De acórdãos condenatórios proferidos, em recurso, pelas relações que confirmem decisão de 1.ª instância e apliquem pena de prisão não superior a oito anos”.

14.º

Por outro lado, não se aceita, de todo, a argumentação do interessado, segundo a qual esta disposição do CPP terá de ser interpretada em função do que indica na sua motivação (cfr. n.ºs 18 a 22 da motivação da sua reclamação):

“18. De facto, o que está em causa para o reclamante é a suscitação de questões novas que não tiveram ainda nenhum grau de jurisdição decisória.

19. Na verdade, apenas subsidiariamente se discute a execução da pena de prisão, uma vez que maioritariamente, está em causa a violação de norma processual e a preterição de direitos de defesa validamente suscitados.

20. Com efeito, tais restrições ao direito de recurso apenas poderão valer quando o recorrente pretenda novamente questionar a pena aplicada ou a condenação.

21. Ora, no presente caso, trata-se de questão diversa, uma vez que a única coisa que exactamente se pretende é a reposição e harmonia do processo penal.

22. A entender-se diversamente, toda e qualquer preterição de direitos dos arguidos em julgamento de recurso com aplicação de pena de prisão inferior a cinco anos, ficariam impunes.”

15.º

Com efeito, o recurso de constitucionalidade não serve para apreciar questões novas, mas questões já suscitadas nos autos e apreciadas pelas instâncias recorridas.

Por outro lado, o objecto do recurso é, no presente caso, o artigo 400.º, n.º 1, alínea f), do Código de Processo Penal, na redacção do mesmo Código, e não na interpretação que dele faz o interessado. *Quod erat demonstrandum!*

Por último, o recurso de constitucionalidade destina-se, no caso português, à apreciação de dimensões normativas e não da situação em concreto verificada em cada processo (incidentes processuais, apreciação da prova, nulidades, etc.), cabendo esta apreciação exclusivamente à jurisdição recorrida.

Daí que uma parte muito significativa da argumentação do interessado, na motivação da sua reclamação, seja alheia à questão jurídica em apreciação, respeitando a aspectos específicos do processo em apreciação, que não poderão ser sindicados por este Tribunal Constitucional (cfr. por exemplo, n.ºs 30 a 92 da mesma motivação).

16.º

Por outro lado, compulsando a motivação da mesma reclamação para a conferência, há dificuldade em saber, exactamente, qual a dimensão normativa que o recorrente pretende ver apreciada, a propósito da inconstitucionalidade que invoca.

Na verdade, o recorrente afirma, por um lado (cfr. n.º 66 da referida motivação):

«De facto, entende-se como violador da Lei Fundamental o entendimento segundo o qual as violações de lei penal, cominadas como nulidade, podem ser sanadas por “remendo”, sem conhecimento, declaração e expurgação de tal nulidade».

Como afirma, por outro (cfr. n.º 73 da motivação da reclamação):

“De facto, temos por inconstitucional o entendimento de que qualquer não preenchimento de um formalismo legal, no tocante ao requerimento de realização de audiência, nos termos do n.º 5 do artigo 411.º do CPP, produzirá, sem hipótese de convalidação ou reparação pelo recorrente, a sua imediata rejeição”.

17.º

Ora, pergunta-se, onde está, nesta argumentação, o artigo 400.º, n.º 1, alínea f), do CPP - único objecto do recurso, volta a sublinhar-se?

A bem dizer, em parte alguma!

E é uma tal ausência que dita, inevitavelmente, o destino da presente reclamação, tal como já havia ditado o destino do recurso inicial.

18.º

É bem certo que toda a argumentação do interessado parece ter subjacente a preocupação de assegurar, custe o que custar, a suspensão da execução da pena de prisão que lhe foi aplicada.

São elucidativos, a este respeito, os argumentos esgrimidos nas suas alegações de recurso para o STJ (cfr. fls. 48-49, 51-53, 55-61 dos autos).

19.º

No entanto, o que está em causa, na apreciação do recurso inicial e da presente reclamação, é a aplicação, no caso dos autos, do artigo 400.º, n.º 1, alínea *f*), do CPP.

E, quanto a este ponto, a argumentação do ilustre Conselheiro Relator, deste Tribunal Constitucional, mantém plena consistência.

20.º

É bem certo, reconhece-se, que o reclamante tem alguma razão, quando refere a sua estranheza quanto à possível aplicação do artigo 400.º, n.º 1, alínea *e*), conjugada com o artigo 432.º, n.º 1, alínea *c*), ambos do CPP, enunciada, pela primeira vez, no despacho do Senhor Vice-Presidente do STJ (cfr. n.ºs 1 a 17 da motivação da reclamação em apreciação e *supra* n.º 7 da presente resposta).

A este propósito, tal argumentação não pode deixar de ser tida por inovadora, e de constituir uma decisão surpresa, nunca tendo o recorrente sido, com ela, confrontada, para poder reagir-lhe.

21.º

No entanto, tal argumento foi apenas invocado, pelo ilustre Conselheiro Relator, como mais um argumento que precludiria a apreciação do recurso do interessado, não significando, no caso concreto, que foi tal argumento – exclusivamente – que precluiu essa apreciação.

A argumentação utilizada, como se viu (cfr. *supra* n.ºs 6 e 8 da presente resposta), foi o seguinte:

«Relativamente à norma da alínea *f*) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal, a questão analisada na decisão recorrida reconduz-se a saber se, num caso como o dos autos em que a Relação, em recurso, absolveu o arguido de um dos crimes por que havia sido condenado em 1.ª instância, reduzindo a pena em conformidade com essa absolvição, e mantendo no mais o decidido em 1.ª instância, é ainda uma “decisão confirmativa”, para efeitos da aplicação daquele preceito, conducente à inadmissibilidade do recurso.

Da sistematização seguida na decisão recorrida e do discurso argumentativo adoptado retira-se que a decisão em causa seguiu a tese maioritária do Supremo, “no sentido de que há dupla conforme quando haja confirmação da condenação *in melius*”, tendo entendido que tal se teria verificado no caso presente, por o acórdão em causa ao ter absolvido o arguido da prática de um crime de burla informática e, em conformidade, reduzido a pena aplicada, ter sido mais favorável ao arguido. Assim, e de acordo com esta jurisprudência o caso seria subsumível à citada alínea *f*) do n.º 1 do artigo 400.º, com a consequente inadmissibilidade do recurso interposto. Só deste modo se compreende que no final da decisão se tenha conhecido da questão da constitucionalidade desta norma» [...].

“Deste modo, quer se entenda existir uma dupla fundamentação, quer se considere que, no caso, a aplicação da norma da alínea *e*) do n.º 1 do artigo 400.º, conjugada com a da alínea *c*) do n.º 1 do artigo 432.º do Código de Processo Penal, constitui um fundamento alternativo decisório, igualmente conducente, por si só, à inadmissibilidade do recurso do acórdão da Relação para o Supremo Tribunal de Justiça, não pode tomar-se conhecimento do objecto do presente recurso de constitucionalidade, por inutilidade, como é entendimento pacífico deste Tribunal. Efectivamente, em resultado da aplicação destes preceitos, não constantes do objecto do recurso, qualquer que fosse a sorte deste relativamente à questão da alínea *f*) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal sempre a decisão recorrida se manteria com base nos preceitos não impugnados”.

22.º

Sublinha-se, a este propósito, a expressão “igualmente conducente, por si só, à inadmissibilidade do recurso do acórdão da Relação para o Supremo Tribunal de Justiça”, que ilustra bem a argumentação acabada de apresentar.

23.º

De todo o modo, mantém-se incólume o argumento principal enunciado pelo Senhor Vice-Presidente do STJ, de forma alguma posto em causa pela argumentação do ora reclamante:

«Da sistematização seguida na decisão recorrida e do discurso argumentativo adoptado retira-se que a decisão em causa seguiu a tese maioritária do Supremo, “no sentido de que há dupla conforme quando haja confirmação da condenação *in melius*”, tendo entendido que tal se teria verificado no caso presente, por o acórdão em causa ao ter absolvido o arguido da prática de um crime de burla informática e, em conformidade, reduzido a pena aplicada, ter sido mais favorável ao arguido. Assim, e de acordo com esta jurisprudência o caso seria subsumível à citada alínea *f*) do n.º 1 do artigo 400.º, com a consequente inadmissibilidade do recurso interposto. Só deste modo se compreende que no final da decisão se tenha conhecido da questão da constitucionalidade desta norma» [...].

24.º

Concorda-se, pois, com esta posição do STJ.

Assim, mesmo que se entenda que o recurso inicial, do ora reclamante, deva merecer apreciação, julga-se que a conclusão a retirar, de tal apreciação, deverá ser a de rejeição do mesmo recurso, nos termos do artigo 400.º, n.º 1, alínea *f*), do Código de Processo Penal.»

4. A questão que agora cumpre decidir é menos complexa do que, face à argumentação do recorrente, poderia parecer.

A decisão recorrida é o despacho do Vice-Presidente do Supremo Tribunal de Justiça que, indeferindo reclamação deduzida ao abrigo do artigo 405.º do Código de Processo Penal, confirmou a não admissão do recurso interposto pelo ora reclamante de um acórdão da Relação. Esse acórdão, em provimento parcial do recurso pelo mesmo interposto, absolveu o recorrente de um dos crimes pelos quais tinha sido condenado em 1.ª instância e reduziu a pena unitária para quatro anos de prisão (diminuiu em três meses a condenação de 1.ª instância).

Na Relação, considerou-se que o recurso para o Supremo não era admissível por aplicação da alínea *f*) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal (a regra da chamada “dupla conforme”). No despacho recorrido entendeu-se que efectivamente o recurso não seria admissível à luz desse preceito na interpretação que lhe é dada na jurisprudência maioritária do Supremo Tribunal de Justiça. Mas, porque esse entendimento não é inteiramente pacífico, acrescentou-se que, de todo o modo, nunca o recurso seria admissível face ao disposto na alínea *e*) do n.º 1 do artigo 400.º, conjugada com a alínea *c*) do n.º 1 do artigo 432.º do Código de Processo Penal.

A não admissão do recurso pela decisão recorrida assenta, portanto, em dois fundamentos, cada um deles susceptível de, por si só, conduzir a esse resultado. Como o recorrente só pretende atacar um deles – o da alínea *f*) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal –, na “decisão sumária” agora objecto de reclamação entendeu-se que não tem utilidade conhecer do recurso interposto ao abrigo da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro (LTC), porque sempre a decisão de não admissão do recurso para o Supremo se manteria com o outro fundamento. E, com base na ideia, solidamente firmada na jurisprudência do Tribunal, de que o recurso de fiscalização concreta de constitucionalidade tem natureza instrumental, decidiu-se pelo seu não conhecimento.

Esta decisão corresponde à realidade que os autos patenteiam e ao entendimento uniforme do Tribunal acerca do objecto e função do recurso de fiscalização concreta de constitucionalidade. E reitera-se, uma vez que nada daquilo que o reclamante alega é susceptível de pôr em crise os seus fundamentos.

Não se contesta que, na reclamação só se justificasse suscitar a inconstitucionalidade da norma da alínea *f*) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal, porque esta era a norma que constituía a base legal da decisão de não admissão do recurso contra a qual se reagia. Mas a configuração do incidente mudou a partir do momento em que o órgão jurisdicional que apreciou a reclamação introduziu um outro fundamento que, embora conduzindo ao mesmo resultado, constitui uma base normativa autónoma. O despacho recorrido entende que a situação concreta preenche a hipótese normativa de duas previsões autónomas de irrecorribilidade de acórdãos da Relação. E invocou-as a ambas como *ratio decidendi*. Perante essa decisão só um recurso de constitucionalidade que permita remover ambos os fundamentos pode reflectir-se utilmente no processo. Virtualidade que o recurso interposto não tem porque, admitindo que viesse a julgar-se inconstitucional a norma da alínea *f*), sempre se manteria firme a decisão de não admitir o recurso para o Supremo com fundamento na alínea *e*) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal.

O reclamante argumenta ainda que só tendo suscitado a questão de inconstitucionalidade relativamente à norma da alínea *f*) e só isso lhe sendo exigível porque esta fora a norma aplicada pelo despacho contra que reagia, ficou confrontado com o facto de face ao disposto no n.º 2 do artigo 72.º da LTC, só poder recorrer relativamente a essa inconstitucionalidade que suscitou. Pelo que o entendimento adoptado na decisão sumária conduz a que lhe fique vedado o recurso de constitucionalidade para defesa de garantias do processo criminal constitucionalmente impostas.

Mas sem razão.

Independentemente da questão da saber se, no caso, lhe era exigível a referida suscitação o Tribunal vem desde sempre decidindo que o referido ónus não tem aplicação naquelas situações, excepcionais ou anómalas, em que o interessado não tenha disposto de oportunidade processual para, agindo com a devida diligência, suscitar previamente a questão de constitucionalidade perante o tribunal que proferiu a decisão recorrida. Pelo que não é real o obstáculo que invoca a que tivesse incluído no objecto do recurso de constitucionalidade os dois fundamentos que o despacho recorrido adoptou. Isto, sem curar de saber se a reacção perante “decisões surpresa” com a arguição da respectiva nulidade não será ainda um meio necessário para provocar uma primeira apreciação da questão de constitucionalidade por parte da ordem jurisdicional competente das normas (inovatoriamente) aplicadas (cfr. Lopes do Rego, *Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, pp. 83 e segs.).

Diga-se, finalmente, que só podendo agora decidir-se se deve ou não conhecer-se do recurso, as considerações do recorrente acerca da importância ou do bem fundado da questão de inconstitucionalidade são irrelevantes.

5. O recorrente insurge-se também contra o montante em que foi fixada a taxa de justiça, que considera excessiva.

Mas também aqui sem razão. A taxa de justiça foi fixada dentro dos limites previstos no artigo 6.º, n.º 2, e com observância dos parâmetros estabelecidos pelo artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 303/98, de 7 de Outubro (com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 91/2008, de 2 de Junho), correspondendo à prática do Tribunal em casos semelhantes.

6. Decisão

Pelo exposto, indefere-se a reclamação e condena-se o recorrente nas custas com 20 unidades de conta de taxa de justiça.

Lisboa, 28 de Abril de 2010. – Vitor Gomes – Ana Maria Guerra Martins – Gil Galvão.