

qual não subscrevo o que se afirma no n.º 2.1 do presente aresto; aliás, o Tribunal tem mantido a regra de não suscitar officiosamente questões de carácter prévio que se revelam improcedentes, às quais não confere, em suma, qualquer relevo.

Quanto ao fundo, tenderia a analisar a natureza da pensão em causa, pois, independentemente do problema de igualdade de tratamento legislativo que se levanta, entendo que a solução consagrada na norma é desadequada ao fim a que se destina. — *Carlos Pamplona de Oliveira.*

Acórdão n.º 527/2006

Processo n.º 284/2006

Acordam na 3.ª Secção do Tribunal Constitucional:

1 — Por sentença do Tribunal Judicial da Comarca de São Vicente de 7 de Dezembro de 2004, a fl. 158, Custódio Militão Rodrigues foi absolvido da prática do crime de furto qualificado, previsto e punido nos artigos 203.º, n.º 1, e 204.º, n.º 2, alínea e), por referência ao artigo 202.º, alíneas d) e e), todos do Código Penal, pela qual tinha sido acusado, e homologada a desistência da queixa apresentada pelo ofendido quanto à prática de crime de furto simples, previsto e punido no artigo 203.º, n.º 1, do Código Penal, sendo, consequentemente, declarado extinto o procedimento criminal.

Para o efeito, considerou-se o seguinte na referida sentença:

«É, no entanto, de salientar que os bens furtados pelo arguido são no valor de € 87,20.

De acordo com o preceituado no artigo 204.º, n.º 4, do Código Penal, 'Não há lugar à qualificação se a coisa furtada for de diminuto valor'.

Nos termos do disposto no artigo 202.º, alínea c), do Código Penal, 'valor diminuto é aquele que não exceder uma unidade de conta avaliada no momento da prática do facto'.

No caso vertente, atendendo a que o valor dos bens furtados é inferior a uma unidade de conta, não há lugar à qualificação do crime, nos termos sobreditos.

Destarte, resulta da factualidade provada o preenchimento pelo arguido do sobredito elemento típico do tipo legal base do crime de furto simples.

[...]

Porém, no caso em apreço mostra-se que o ofendido, em audiência de julgamento, manifestou o propósito de desistir do procedimento criminal.

A tal desistência de queixa não se opôs o arguido (artigo 116.º, n.º 2, do Código Penal).

Pelo exposto, sendo certo que o ilícito em questão tem natureza semipública (cf. o n.º 3 do artigo 203.º do Código Penal), homologa a desistência de queixa apresentada pelo ofendido Manuel Luis Pereira Costa e, consequentemente, declaro extinto o procedimento criminal.»

Notificado da sentença, o Ministério Público recorreu para o Tribunal da Relação de Lisboa, que decidiu, por Acórdão de 25 de Janeiro de 2006, a fl. 216, «conceder provimento ao recurso, revogando [...] a sentença recorrida e condenando o arguido, como autor material de um crime de furto qualificado, previsto e punido nos artigos 203.º e 204.º, n.º 2, alínea e), com referência ao artigo 202.º, alíneas d) e e), todos do Código Penal, na pena de 2 anos de prisão, com execução da mesma suspensa pelo período de um ano».

Na parte que agora releva, diz-se neste acórdão:

«A) *Primeira questão (qualificação do crime de furto).*

[...] Assente que a conduta descrita integra a prática de um crime de furto simples, previsto e punido no artigo 203.º do Código Penal, importa agora determinar se a mesma é ou não subsumível à circunstância agravante ou modificativa prevista na alínea e) do n.º 2 do artigo 204.º, como se conclui na douda acusação.

O artigo 204.º do Código Penal parte do conceito de furto simples (cujos elementos constitutivos se acabaram de analisar), utilizando para isso, simplesmente, a palavra 'furtar'.

Enumera, de forma taxativa, as circunstâncias agravantes que qualificam o furto e que, consequentemente, modificam a pena aplicável.

Determina o artigo 204.º, n.º 2, alínea e), do Código Penal revisto, que:

'Quem furtar coisa móvel alheia: penetrando em habitação, ainda que móvel, estabelecimento comercial ou industrial ou outro espaço fechado, [...] por escalamento ou chaves falsas; é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.'

O crime de furto é qualificado quando a conduta do agente preenche qualquer uma das qualificativas previstas no artigo 204.º do Código Penal de 1995. São elas, naquilo que ao caso concreto interessa, a prática do crime com introdução em estabelecimento

comercial por escalamento, introdução em espaço fechado por chaves falsas.

O escalamento significa, designadamente, a introdução em casa ou em lugar fechado dela dependente, por local não destinado normalmente à entrada. As chaves falsas são, nomeadamente, quaisquer instrumentos que possam servir para abrir fechaduras.

No que diz respeito à desqualificação prevista, por força do n.º 4 do artigo 204.º do Código Penal, dispõe tal normativo:

'Não há lugar à qualificação se a coisa furtada for de diminuto valor.'

E valor diminuto é aquele que não excede uma unidade de conta avaliada no momento da prática do crime — alínea c) do artigo 202.º do Código Penal.

Aquando da perpetração do referido crime (Setembro de 2002) o valor da UC estava avaliado em € 79,81 — cf. artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro.

Ora, sendo de € 87,20 o valor dos objectos furtados (n.º 4 da matéria de facto), que ultrapassa o daquela UC, não poderá, pois, desqualificar-se o referido crime de furto.

[...] Entendemos, salvo melhor opinião, que 'aquela norma [artigo 202.º, alínea c), do Código Penal] é explícita e esclarecedora, sendo perfeitamente determinável o conteúdo do elemento valor, seja valor diminuto, seja valor elevado, seja valor consideravelmente elevado. Dada a referência nele consignada, o conteúdo do valor está previamente determinado pelo jogo do reenvio externo.

Não se justifica, por isso, não a aplicar.

Assim, porque inexistem causas que excluam a ilicitude do acto ou a culpa do arguido, cometeu aquele o crime de furto qualificado por que vinha acusado'.

B) *Segunda questão — natureza pública do crime de furto qualificado que não permite desistência de queixa.*

O crime de furto qualificado previsto e punido pelos artigos 203.º, n.º 1, e 204.º, n.º 2, alínea e), do aludido compêndio substantivo, reveste natureza pública, não dependendo da vontade do ofendido o prosseguimento do processo, pelo que a declaração de desistência de queixa apresentada pelo ofendido Manuel Luis Pereira Costa não produz qualquer efeito, atendendo aos actos provados.»

2 — Inconformado, Custódio Militão Rodrigues interpôs recurso para o Tribunal Constitucional, nos seguintes termos:

«1) O recurso é interposto ao abrigo do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro (na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 13-A/98, de 26 de Fevereiro);

2) O arguido pretende ver apreciada a constitucionalidade da norma da alínea c) do artigo 202.º do Código Penal (quando aplicável por força de um dos artigos do capítulo II do título II do Código Penal — nomeadamente o artigo 204.º) com a interpretação ou no sentido de vedar a aplicação da lei penal nova que, em função do valor, transforma um crime público em crime semipúblico (tendo havido desistência da queixa apresentada). Dito de outro modo: é materialmente inconstitucional, por aplicação, nomeadamente, do princípio da aplicação retroactiva da lei penal de conteúdo mais favorável, a norma constante da alínea c) do artigo 202.º do Código Penal, na medida em que veda a aplicação da lei penal nova que atribui relevância à desistência de queixa, transformando em crime semipúblico um crime público;

3) Tal norma, nos termos e com o sentido com que foi aplicada (pelo Tribunal da Relação de Lisboa), além de violar o disposto no n.º 4 do artigo 2.º do Código Penal, afronta directamente o princípio da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável, consagrado no n.º 4 do artigo 29.º da Constituição, e, bem assim, o princípio da necessidade da pena (n.º 2 do artigo 18.º) e, ainda, o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º do diploma fundamental;

[...]

3 — Admitido o recurso, e como já constassem dos autos as alegações do recorrente, foi o Ministério Público notificado para o efeito. São as seguintes as conclusões do recorrente:

«1 — À data da douda sentença de 1.ª instância, o valor dos objectos furtado é inferior à unidade de conta em vigor.

2 — Os objectos furtados são de valor diminuto.

3 — Os factos que integram o tipo de ilícito continuam a ser puníveis, é certo, mas com diferente regime penal, mais favorável ao arguido, nomeadamente, quanto à pena aplicável em abstracto e quanto aos pressupostos processuais.

4 — O tipo de ilícito praticado foi o crime de furto simples.

5 — Tal ilícito criminal tem a natureza de crime semipúblico.

6 — A nova lei ou o novo regime penal passa a fazer depender o procedimento de queixa do ofendido, e, consequentemente, a considerar relevante a desistência de queixa, sendo que o resultado

da sua aplicação é equivalente ao que decorre de uma lei que descriminaliza a conduta do arguido. A aplicação do novo regime determina a não punição do arguido (v. o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 677/98, proferido no processo n.º 194/97).

7 — Tal crime admite a desistência de queixa.

8 — O ofendido manifestou, em audiência de julgamento, a vontade em desistir do procedimento criminal.

9 — O arguido a tal não se opôs.

10 — O n.º 4 do artigo 29.º da CRP determina e exige a aplicação retroactiva da lei penal de conteúdo mais favorável ao arguido.

11 — A lei (ou o regime) que permite a desistência de queixa é mais favorável ao arguido do que aquela que não o permite.

12 — O tribunal de 1.ª instância, ao decidir como decidiu, fez uma aplicação correcta da lei e do direito, na medida em que, segundo as disposições penais em vigor, aplicou o regime que concretamente se mostrou (e mostra) mais favorável ao arguido (n.º 4 do artigo 2.º do Código Penal, em conjugação com o n.º 4 do artigo 29.º da CRP).

13 — Pelo contrário, o Tribunal da Relação de Lisboa, decidindo em recurso, fez uma errada interpretação e aplicação da lei e do direito, ao atender apenas ao momento da prática do facto e dessa forma fundamentar a punição do arguido à revelia da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável ao arguido (n.º 4 do artigo 2.º do Código Penal e n.º 4 do artigo 29.º da CRP).

14 — A norma da alínea c) do artigo 202.º do Código Penal (quando aplicável por força de um dos artigos do capítulo II do título II do Código Penal — nomeadamente o artigo 204.º) é materialmente inconstitucional, por violação do princípio da aplicação da lei penal de conteúdo mais favorável, quando ou se interpretada no sentido de vedar a aplicação da lei penal nova que, em função do valor, transforma em crime semipúblico um crime público.»

Por seu turno, o Ministério Público concluiu as suas alegações da seguinte forma:

«1 — Mantendo-se o regime legal definido na alínea c) do artigo 202.º do Código Penal, segundo o qual o valor diminuto é aquele que não excede uma unidade de conta avaliada no momento da prática do facto, não se coloca qualquer questão de aplicação retroactiva de lei penal nova mais favorável, por virtude da actualização trienal do montante da citada unidade de conta, ao abrigo de legislação não penal sobre a matéria.

2 — Inexistindo quaisquer violações de princípios ou normas constitucionais, designadamente a do artigo 29.º, n.º 4, da lei fundamental, deve o presente recurso improceder.»

4 — Cumpre começar por fixar o objecto do recurso, tendo em conta a forma como o recorrente o apresenta no requerimento de interposição.

É o seguinte o texto da norma impugnada pelo recorrente:

Artigo 202.º

Definições legais

Para efeitos do disposto nos artigos seguintes considera-se:

c) 'Valor diminuto' aquele que não exceder uma unidade de conta avaliada no momento da prática do facto;

[. . .]

O recorrente não incluiu no objecto do recurso nem a norma que consagra o princípio da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável (seja a constante do n.º 2 seja a constante do n.º 4 do artigo 2.º do Código Penal) nem a que prevê a possibilidade de desistência da queixa, nos crimes em que o procedimento criminal depende de queixa, como é o caso do furto simples (artigos 116.º, n.º 2, e 203.º, n.º 3, do Código Penal). Refere, todavia, que o preceito acima transcrito é impugnado enquanto aplicável por força do disposto no artigo 204.º do Código Penal, ou seja, enquanto relevante para a agravação do crime de furto.

Daqui não resulta, no entanto, qualquer obstáculo ao conhecimento do recurso porque, no caso, constitui questão prévia à da admissibilidade da desistência a questão de saber se o furto em causa deve ou não ser havido como furto qualificado, o que, por força do disposto no n.º 4 do artigo 204.º do Código Penal, depende da interpretação e aplicação da norma da alínea c) do referido artigo 202.º

Nestes termos, o presente recurso tem por objecto a norma da alínea c) do artigo 202.º do Código Penal, aplicável ao crime de furto por força do n.º 4 do artigo 204.º do mesmo Código, enquanto interpretada no sentido de considerar relevante o valor da unidade de conta vigente à data da prática do facto, impedindo a aplicação de lei posterior que o venha aumentar.

O recorrente entende que esta interpretação é inconstitucional por violação do princípio da aplicação retroactiva da lei penal mais favo-

rável, consagrado no n.º 4 do artigo 29.º da Constituição, do princípio da necessidade da pena (n.º 2 do artigo 18.º) e do princípio da igualdade (artigo 13.º).

5 — A reforma do Código Penal introduzida pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, trouxe alterações significativas no tratamento dos crimes contra o património (cf., por exemplo, Teresa Pizarro Beleza e Frederico Lacerda da Costa Pinto, *A Tutela Penal do Património após a Revisão do Código Penal*, Lisboa, 1998, pp. 5 e segs. e 55 e segs., José de Faria Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, t. II, Coimbra, 1999, anotação ao artigo 202.º, e M. Maia Gonçalves, *Código Penal Português, Anotado e Comentado*, 17.ª ed., Coimbra, 2005, pp. 666 e segs.).

Em particular no que respeita ao crime de furto, interessa agora salientar que o furto simples passou de crime público a crime semipúblico (cf. artigos 286.º da versão inicial do Código Penal de 1982 e 203.º, n.º 3, na redacção resultante do Decreto-Lei n.º 48/95) e que foram definidos quatro escalões relevantes para a respectiva punição.

Para marcar os referidos escalões, o legislador, sem voltar ao sistema de definir montantes fixos para o valor da coisa furtada, como sucedia no domínio do Código Penal de 1886 (cf. o respectivo artigo 421.º), optou por remeter para o montante da «unidade de conta».

Este valor determina-se, segundo o disposto no artigo 5.º (cujo n.º 2 tem hoje a redacção resultante do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro) do Decreto-Lei n.º 212/89, de 30 de Junho, por referência ao montante da «remuneração mínima mensal mais elevada» fixada para os trabalhadores por conta de outrem vigente à data da prática do facto, e é actualizado periodicamente, nos termos previstos no artigo 6.º, n.º 1, do mesmo diploma.

Assim passou a constar expressamente, aliás, do artigo 3.º da Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, que alterou o Código Penal.

Pretendeu-se, por esta via, e em primeiro lugar, ultrapassar dificuldades e incertezas existentes face à utilização, pela anterior redacção do Código, de «cláusulas gerais» para a definição das condições de agravação do crime de furto (artigo 421.º da versão inicial do Código Penal de 1982).

Isto mesmo se explica, aliás, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/95:

«A mais importante alteração reside no abandono do modelo vigente de recurso a conceitos indeterminados ou de cláusulas gerais de valor enquanto critérios de agravamento ou de privilégio, de modo a obviar as dificuldades que têm sido reveladas pela jurisprudência e a que o legislador não se pode manter alheio. Nesta conformidade, e sem regressar contudo ao velho modelo de escalões de valor patrimonial prefixado, optou-se por uma definição quantificada de conceitos como valor elevado, consideravelmente elevado e diminuto, enquanto fundamentos de qualificação ou privilégio. Desta forma, pretende-se potenciar uma maior segurança e justiça nas decisões.»

Pretendeu-se ainda, e em segundo lugar, ao escolher como índice o valor da unidade de conta (cf., em especial, as pp. 322, 331, 345, 530 de *Código Penal — Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, publicação do Ministério da Justiça, Lisboa, 1993), criado pelo referido Decreto-Lei n.º 212/89, garantir a actualização periódica dos montantes de referência, assim se ultrapassando dificuldades decorrentes da erosão monetária.

E, em terceiro lugar, ao definir como momento relevante para a determinação do valor da unidade de conta o da «prática do facto», pretendeu-se garantir a correspondência substancial entre o valor da coisa furtada, fixado com referência a esse mesmo momento, e a gravidade da respectiva punição, na medida em que desse valor dependa.

O texto actual dos artigos 5.º e 6.º, n.º 1, do citado Decreto-Lei n.º 212/89 é o seguinte:

«Artigo 5.º

1 — Em substituição da unidade de conta processual penal (UC) e da unidade de conta de custas (UCC), é criada a unidade de conta processual (UC), à qual passa a reportar-se qualquer referência legal às primeiras.

2 — Entende-se por unidade de conta processual (UC) a quantia em dinheiro equivalente a um quarto da remuneração mínima mensal mais elevada, garantida no momento da condenação, aos trabalhadores por conta de outrem, arredondada, quando necessário, para a unidade de euros mais próxima ou, se a proximidade for igual, para a unidade de euros imediatamente inferior.

Artigo 6.º

1 — Trienalmente, e com início em Janeiro de 1992, a UC considera-se automaticamente actualizada nos termos previstos no artigo anterior a partir de 1 de Janeiro de 1992, devendo, para o efeito, atender-se sempre à remuneração mínima que, sem arredondamento, tiver vigorado no dia 1 de Outubro do ano anterior.»

6 — O artigo 202.º do Código Penal, nas suas alíneas a), b) e c), optou, portanto, por remeter para normas não penais a integração dos conceitos que utiliza para a qualificação do furto: valor elevado, valor consideravelmente elevado, valor diminuto.

Sobre a utilização desta técnica do «reenvio externo», criticada por José de Faria Costa a pp. 12-13 da anotação acima referida, nomeadamente pela sua «fragilidade de legitimação constitucional», já o Tribunal Constitucional teve a oportunidade de se pronunciar no Acórdão n.º 232/2002 (*Diário da República*, 2.ª série, de 18 de Julho de 2002), a propósito do crime de burla qualificada, em termos que importa recordar.

Estava então em causa a questão da compatibilidade com o «princípio da legalidade penal, na dimensão da reserva de lei quanto às normas incriminadoras, consagrado, conjuntamente, nos artigos 29.º, n.º 1 [...] e 165.º, n.º 1, alínea c), da Constituição», problema que o Tribunal apreciou da seguinte forma:

«Do mesmo modo, no caso dos autos, a definição e a actualização do montante da UC, operada pela remissão da norma do artigo 202.º, alínea b), do Código Penal, não integra qualquer inovatória definição dos elementos relevantes do tipo legal do crime em causa — o crime de burla qualificada —, não deixando a descoberto qualquer elemento essencial para a compreensão da conduta proibida ou para o controlo democrático da incriminação.

Ora, nem o conteúdo da proibição legal resulta das normas atinentes à determinação do montante da UC nem a norma 'remissiva' — do artigo 202.º, alínea b) — é uma norma em branco que delegue o poder de definir o conteúdo da incriminação.

Na verdade, são as normas relativas à previsão e punição do crime de burla qualificada que determinam o critério da ilicitude e orientam suficientemente os destinatários dessas normas quanto às condutas que são efectivamente proibidas.

Por outras palavras, que são [...] as do [...] Acórdão n.º 427/95, o cerne do proibido, o núcleo essencial da conduta punível, o seu conteúdo de desvalor a respeito da lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos, é revelado na lei penal, fundamentando-se na sua violação a culpa do agente.

Assim, é evidente que a norma de índole técnico-económica que, em concreto, define e actualiza o montante da UC não tem de estar subordinada ao princípio da reserva de lei que vigora no âmbito do direito penal.

A observância da reserva de lei é assegurada pelas normas incriminatórias do tipo legal de crime em causa.»

Não é esta a questão que, especificamente, está em causa no âmbito do presente recurso. É, todavia, necessário partir deste juízo de não inconstitucionalidade para apreciar o problema colocado pelo recorrente, já que ficaria prejudicado por um entendimento de sinal contrário.

7 — Segundo o acórdão recorrido, em Setembro de 2002, ou seja, à data da prática do crime pelo qual foi condenado o ora recorrente, furto de objectos avaliados em € 87,20, o valor da unidade de conta era de € 79,81 (artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro).

Conforme alega o recorrente, na altura da sentença (Dezembro de 2004), uma unidade de conta tinha o valor de € 89, em resultado do disposto no Decreto-Lei n.º 320-C/2002, de 30 de Dezembro.

Desta alteração do valor da unidade de conta retira o recorrente a consequência de que, por exigência do princípio da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável, consagrado no n.º 4 do artigo 2.º do Código Penal e no n.º 4 do artigo 29.º da Constituição, deve ser considerado relevante o valor vigente à data da sentença, como julgou a 1.ª instância, e não o que vigorava à data da prática do facto, como entendeu o Tribunal da Relação de Lisboa, em aplicação do disposto na alínea c) do artigo 202.º do Código Penal.

Em apoio desta conclusão, o recorrente cita o Acórdão n.º 677/98 (*Diário da República*, 2.ª série, de 4 de Março de 1999), no qual se julgou inconstitucional, «por violação do princípio da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável, consagrado no n.º 4 do artigo 29.º da Constituição, a norma constante do n.º 4 do artigo 2.º do Código Penal, na parte em que veda a aplicação da lei penal nova que transforma em crime semipúblico um crime público, quando tenha havido desistência da queixa apresentada e trânsito em julgado da sentença condenatória».

Para alcançar este julgamento, o Acórdão n.º 677/98 considerou ser irrelevante averiguar da natureza material ou processual «da lei que transforma um crime público em semipúblico». Entendeu que «não pode extrair-se da natureza jurídica que se atribua à nova lei uma decisão quanto à necessidade constitucional da sua aplicação retroactiva. Esta decisão há-de resultar do sentido e alcance da garantia constitucional em causa, bem como da virtualidade revelada pelas normas que se sucedem no tempo para afectar a situação concreta dos arguidos ou condenados. Ora, a nova lei é de tal modo relevante para a situação concreta dos agentes, no caso *sub iudice*, que a sua aplicação levaria à não punição».

E analisou ainda os fundamentos do princípio da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável, em termos que cabe relembrar:

«3 — É nos seus artigos 1.º e 2.º que o Código Penal estabelece as regras relativas à aplicação no tempo das normas penais. A par do princípio *tempus regit actum*, consagrado no n.º 1 do artigo 2.º (cf. a primeira parte do n.º 4 do artigo 29.º da Constituição), cuja dimensão mais importante se concretiza na irretroactividade da lei penal incriminadora (n.º 1 do artigo 1.º do Código Penal e n.º 3 do artigo 29.º da Constituição), prescreve este diploma um outro princípio, complementar do anterior, nos n.ºs 2 e 4 do seu artigo 2.º: o da retroactividade da lei mais favorável.

Distingue o Código Penal, quanto a este último ponto, duas hipóteses: a de o facto, punível segundo a lei vigente no momento da sua prática, deixar de o ser, porque a nova lei o eliminou do número das infracções (n.º 2 do artigo 2.º); e a de 'as disposições penais vigentes no momento da prática do facto' serem 'diferentes das estabelecidas em leis posteriores' (n.º 4 do mesmo artigo 2.º).

Incluem-se, assim, na primeira as situações em que é eliminada a punibilidade de um facto concreto, independentemente da via técnica através da qual se alcançou tal resultado (eliminação da norma incriminadora, alteração da descrição do facto típico, aditamento de uma nova causa de justificação ou de exculpação, ou alargamento do âmbito de aplicação das já existentes...). Diferentemente, na segunda contemplam-se os casos em que o facto, que era punível com base na lei antiga, continua a ser punível à luz da lei nova, mas agora com diferente regime penal (é alterada a pena que concretamente deve ser aplicada, são alteradas as condições da suspensão da execução da pena, os casos ou os prazos em que pode ser concedida a liberdade condicional, por exemplo).

A esta distinção vem a corresponder uma diferente estatuição. Assim, por força do n.º 2 do artigo 2.º, a aplicação da lei mais favorável, que elimina a incriminabilidade do facto concreto praticado, acarreta uma não punição do agente, e, em consequência, a cessação da execução da pena e dos efeitos penais decorrentes de uma eventual condenação, ainda que transitada em julgado. Ao invés, a aplicação da lei nova mais favorável, quando não afasta a incriminabilidade do facto, está legalmente condicionada à não formação anterior de caso julgado da sentença condenatória, nos termos do n.º 4 do artigo 2.º

Substancialmente, a diferença de regimes explicar-se-ia pela circunstância de neste último caso não haver 'uma nova avaliação quanto à natureza criminal do facto, que permanece punível', apenas se entendendo 'que bastará para o reprimir uma sanção mais leve ou que comporte efeitos penais menos graves' (Manuel António Lopes Rocha, 'Aplicação da lei criminal no tempo e no espaço', *Jornadas de Direito Criminal — O Novo Código Penal e Legislação Complementar*, Lisboa, 1993, p. 99).

O problema de constitucionalidade suscitado reside em saber se é ou não conforme com a lei fundamental a norma do n.º 4 do artigo 2.º do Código Penal de 1982, na parte em que veda a aplicação da lei penal nova que transforma em crime semipúblico um crime público, quando tenha havido desistência da queixa apresentada e trânsito em julgado da sentença condenatória.

[...]

4 — É no capítulo dedicado aos direitos, liberdades e garantias pessoais que a Constituição consagra os princípios básicos relativos à 'aplicação da lei criminal' (artigo 29.º). Entre eles, contam-se o princípio da legalidade, o princípio da irretroactividade da lei incriminadora, o princípio da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável, o princípio *ne bis in idem* e o direito à revisão da sentença e à indemnização em caso de condenação injusta.

Na parte que agora nos importa considerar, o n.º 4 do artigo 29.º determina que se aplicam 'retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido'.

Não se afigura difícil encontrar o fundamento substancial para esta regra, que decorre directamente do princípio que a doutrina tem denominado da necessidade das penas (ou da tutela penal) ou da máxima restrição das penas (Acórdão deste Tribunal n.º 290/97, de 12 de Março de 1997, publicado no *Diário da República*, 2.ª série, de 15 de Maio de 1997, e Figueiredo Dias e Costa Andrade, 'Direito penal — Questões fundamentais — A doutrina geral do crime', em curso de publicação, Coimbra, 1996, pp. 66 e segs.; Maria Fernanda Palma, *Direito Penal — Parte Geral*, Lisboa, 1994, pp. 65 e segs.; Teresa Pizarro Beleza, *Direito Penal*, 1.º vol., 2.ª ed., Lisboa, 1985, pp. 50 e segs.; José Sousa e Brito, 'A lei penal na Constituição', *Estudos sobre a Constituição*, 2.º vol., Lisboa, 178, pp. 199 e segs. e 222 e segs.; Taipa de Carvalho, *Sucessão de Leis Penais*, 2.ª ed., Coimbra, 1997, pp. 102 e segs.).

Resulta deste princípio a asserção de que a legitimidade das penas criminais depende da sua necessidade, adequação e proporcionalidade, em sentido estrito, para a protecção de bens ou interesses constitucionalmente tutelados, e o seu valor assenta na verificação de que 'qualquer criminalização e respectiva punição'

(Anabela Miranda Rodrigues, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, Coimbra, 1995, p. 255) determina a restrição de direitos, liberdades e garantias das pessoas (*maxime*, do direito à liberdade, consagrado no n.º 1 do artigo 27.º da Constituição). Ora, tal restrição só pode justificar-se, nos termos do n.º 2 do artigo 18.º, quando se mostre necessária para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Pode afirmar-se, assim, que a garantia da aplicação da lei penal mais favorável se limita a exprimir, ou a traduzir, na matéria dos limites temporais da aplicação da lei penal, o princípio da necessidade das penas. Na verdade, se, em momento posterior à prática do facto, a pena se revela desnecessária, torna-se constitucionalmente ilegítima.

5 — Como já se viu, a norma do n.º 4 do artigo 2.º do Código Penal foi interpretada pelo Supremo Tribunal de Justiça no sentido de não permitir a aplicação retroactiva da lei que transforma em crime semipúblico um crime público — lei que é, por isso, mais favorável — e de impedir, conseqüentemente, a relevância da desistência da queixa apresentada.

Apurado o fundamento do n.º 4 do artigo 29.º da Constituição, impõe-se a conclusão de que se verifica uma contradição formal entre esta disposição e a norma do n.º 4 do artigo 2.º do Código Penal, com o alcance com que foi aplicada pelo acórdão recorrido [...]

Ora, a verdade é que, independentemente de outras considerações, se considera que o respeito pelo núcleo essencial da garantia afirmada no n.º 4 do artigo 29.º da Constituição implica, pelo menos, que o caso julgado da condenação não afaste a aplicação retroactiva da lei nova descriminalizadora ou que produza efeitos substancialmente análogos.

Não estando em causa, neste processo, averiguar da conformidade constitucional da não aplicação retroactiva da lei mais favorável a todos os casos hipoteticamente abrangidos pelo n.º 2 do artigo 4.º do Código Penal, há que entender que, na parte em que constitui objecto do presente recurso, esta norma não respeita o conteúdo essencial do n.º 4 do artigo 29.º da Constituição. Com efeito, se a nova lei passa a fazer depender o procedimento de queixa da ofendida, e, conseqüentemente, a considerar relevante a desistência da queixa, o resultado da sua aplicação é equivalente ao que decorre de uma lei que descriminaliza, em sentido próprio, a conduta do agente. Num caso como no outro, a aplicação da lei nova determinaria a não punição.»

8 — Não são, porém, comparáveis as situações colocadas nos dois recursos.

É exacto que, em último caso, também agora se trata, afinal, de saber se pode ou não relevar para efeitos de não punição (aqui, por extinção do procedimento criminal) a desistência da queixa por parte do ofendido. E é igualmente exacto que, também nos dois casos, a resposta a essa questão depende de se poder passar a tratar como crime semipúblico um crime que, quando foi praticado, constituía um crime público.

Sucedê, todavia, que, no caso a que respeita o Acórdão n.º 677/98 (e abstrai-se agora da questão do caso julgado da decisão condenatória então em causa, que não releva), se colocava efectivamente, nos termos ali desenvolvidos, uma questão de sucessão de leis no tempo — a lei antiga, segundo a qual o crime então em causa era um crime público, e a lei nova, de acordo com a qual o crime passou a ser considerado como um crime semipúblico —, que havia de ser abrangida pelo referido princípio da aplicação retroactiva.

No caso presente, diferentemente, não ocorreu entre os dois momentos em causa — o da prática do facto e o da condenação — qualquer alteração da lei penal decisivamente aplicável, a alínea c) do artigo 202.º do Código Penal, já que sempre vigorou a regra de que o valor relevante da unidade de conta é o que corresponde ao momento da prática do facto.

Dir-se-á eventualmente que a inconstitucionalidade reside precisamente na desconsideração da elevação do valor da unidade de conta, posterior à prática da infracção, e que afecta, portanto, a parte da alínea c) do artigo 202.º do Código Penal que conduz a essa consequência.

A verdade, no entanto, é que essa afirmação se não pode em caso algum justificar com o princípio da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável, cuja razão de ser foi já apontada, por transcrição do Acórdão n.º 677/98.

Com efeito, não se verificam as razões de tal aplicação retroactiva. O resultado alcançado através do reenvio para a lei que fixa o valor da unidade de conta e, em especial, para o regime definido para a respectiva actualização não assenta em nenhuma alteração de perspectiva do legislador penal sobre o desvalor da conduta incriminada, antes se explica, como se disse já, pela preocupação de evitar as consequências que indirectamente pudessem resultar da erosão monetária.

Não tem assim cabimento, no caso, ir averiguar se as normas integradoras da definição constante da alínea c) do artigo 202.º do Código Penal, e, por essa via, do n.º 4 do artigo 204.º do mesmo Código — constantes dos artigos 5.º e 6.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 212/89 — adquirem ou não a natureza das normas integradas, já que tal questão não tem relevo para o que agora interessa.

Aplicar o valor vigente à data da condenação quebraria, como também se observou já, a correspondência material que o legislador quis manter entre o valor da coisa furtada, que não é reavaliada nesse momento, e a gravidade da punição do furto.

Só pode, assim, concluir-se que a norma constante da alínea c) do artigo 202.º do Código Penal, interpretada nos termos definidos, não viola nem o princípio da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável nem, pelas mesmas razões, o princípio da necessidade da pena.

E não viola, seguramente, o princípio da igualdade, alegação que o recorrente também não fundamenta.

9 — Nestes termos, nega-se provimento ao recurso.

Custas pelo recorrente, fixando-se a taxa de justiça em 20 UC.

Lisboa, 27 de Setembro de 2006. — *Maria dos Prazeres Pizarro Beleza* — *Gil Galvão* — *Vitor Gomes* — *Bravo Serra* (vencido, nos termos da declaração de voto junta) — *Artur Mauricio*.

Declaração de voto. — Votei vencido quer quanto ao conhecimento do objecto do recurso quer quanto ao juízo de não inconstitucionalidade formulado no aresto a que a presente declaração se encontra apendiculado.

Assim:

1 — Aquando do recurso interposto pelo Ministério Público para o Tribunal da Relação de Lisboa e concernente à sentença proferida no Tribunal da Comarca de São Vicente, teve o ora recorrente oportunidade de responder à motivação apresentada pela entidade então impugnante.

Todavia, nessa resposta, o ora recorrente não suscitou, a meu ver, qualquer questão de inconstitucionalidade normativa, designadamente reportada aos preceitos constantes das disposições conjugadas dos artigos 202.º, alínea c), 203.º e 204.º, n.ºs 2, alínea e), e 4, todos do Código Penal.

Ora, com o recurso então interposto da sentença prolatada na 1.ª instância, o que se pretendia discutir era, justamente, a questão de saber se — muito embora existisse uma circunstância por via da qual a subtracção indiciariamente cometida pelo arguido e que lhe era imputada na acusação conduziu, em abstracto, a que a mesma fosse de considerar como consubstanciando o cometimento de um crime de furto qualificado, tendo em conta o facto de, atento o valor da coisa subtraída ao tempo da indiciária prática dos factos (valor superior a uma unidade de conta), cobrar aplicação o disposto no n.º 4 do artigo 203.º, com referência à alínea c) do artigo 202.º, um e outro do Código Penal —, tendo em atenção que, aquando da prolação da sentença, já tinha sido alterado para quantitativo superior o valor dessa unidade, haveria, ou não, de se atender a esse último quantitativo, para efeitos de se considerar como não podendo o furto ser havido como qualificado e, sendo dada resposta afirmativa a essa questão, se tomar em linha de conta a «desistência de queixa» apresentada pelo ofendido.

Nesse contexto, e em face do modo como se postava a pretensão de recurso do Ministério Público, era absolutamente previsível que fossem aqueles os normativos que haveriam de ser convocados pelo então proferendo acórdão da 2.ª instância.

Mas, sendo assim, recaía sobre o então recorrido e ora recorrente, na resposta à motivação de recurso, impostrar uma tal questão de desarmonia constitucional.

O que não fez, podendo tê-lo feito. Por isso, tratando-se, como se trata, de um recurso esteado na alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, tenho para mim que não foi cumprido o ónus consistente na suscitação da questão de inconstitucionalidade, o que consequentemente, também no meu entender, que se não devesse tomar conhecimento do objecto da vertente impugnada.

2 — No que se prende com o juízo de não inconstitucionalidade levado a efeito no presente acórdão, dissenti do mesmo, cumprindo, *brevitatis causa*, indicar as razões dessa discordância.

Acompanho o que é referido neste aresto no sentido de o problema se não poder colocar em sede de aplicação retroactiva da lei penal, pois que o mesmo deve, antes, ser perspectivado como de «remessa» ou «reenvio» para normas não penais de alguns conceitos integrativos do ilícito.

Mas, conquanto perfilhe aquele acompanhamento, na minha visão, a questão, em termos substanciais, não se coloca em moldes diversos daqueles casos em que a lei penal, ela mesma, especifica totalmente os elementos do ilícito.

Ao jeito de exemplo, se porventura (como, de certo modo, acontecia, no domínio do Código Penal de 1886) a «qualificação» do furto,

inter alia e por si só, dependesse do valor da coisa subtraída, explícita e especificamente indicado na lei penal, caso, aquando do proferimento da sentença condenatória, esse valor tivesse sido alterado em termos de «desqualificar» o crime, certamente não se deixaria de atender a essa circunstância, designadamente com relevância na determinação da moldura abstracta da pena e nas causas extintivas do procedimento criminal, precisamente porque essa «desqualificação» se afigurava como mais favorável ao arguido.

Ora, na minha óptica, a «remessa» ou «reenvio» para normas não penais de um dos elementos do ilícito (ao menos para efeitos de se poder atender à «desistência da queixa») concernente ao valor da coisa subtraída, não pode conduzir a um «congelamento» desse elemento quanto ao tempo da prática do ilícito, em termos de implicar uma desconsideração do reflexo de favorabilidade que advém para quem praticar idêntica acção após ser alterado tal elemento — visto que, então, ou não vai ser perseguido penalmente ou vai beneficiar de um regime que se mostra mais favorável comparativamente àquele que se impunha a quem praticou semelhante facto e foi condenado à «sombra» do regime existente antes dessa alteração.

Nesta senda, sou do entendimento de que a interpretação normativa levada a efeito pelo acórdão recorrido perante este Tribunal é ofensiva do n.º 4 do artigo 29.º da Constituição. — *Bravo Serra*.

Acórdão n.º 532/2006

Processo n.º 384/2006

Acordam na 3.ª Secção do Tribunal Constitucional:

1 — Por sentença do 2.º Juízo do Tribunal Judicial da Moita de 28 de Janeiro de 2005, a fl. 137, Pepe José da Conceição Dominguez foi condenado na pena de 2 anos de prisão pela prática de um crime de roubo, previsto e punido pelas disposições conjugadas dos artigos 210.º, n.ºs 1 e 2, alínea b), e 204.º, n.ºs 2, alínea f), e 4, ambos do Código Penal. Feito o cúmulo jurídico com outra pena de 9 meses de prisão que lhe havia sido imposta em outro processo, também daquele 2.º Juízo, veio a ser condenado na pena única de 2 anos e 3 meses de prisão.

Inconformado, Pepe José da Conceição Dominguez recorreu para o Tribunal da Relação de Lisboa, que, por acórdão de 15 de Março de 2006, a fl. 207, negou provimento ao recurso.

Na parte que agora releva, afirmou-se no mencionado acórdão:

«A alegada inconstitucionalidade do artigo 147.º do Código de Processo Penal prende-se, na perspectiva do recorrente, com o facto de tal preceito não obrigar à presença do defensor no acto do reconhecimento ali previsto. Daqui, conclui pela limitação dos direitos previstos no artigo 32.º, n.º 1, da Constituição.

Ora, não vislumbramos em que é que possa verificar-se a desconformidade com a lei fundamental, nomeadamente por ofensa às garantias de defesa, do mencionado artigo 147.º ao não impor a presença obrigatória do defensor no reconhecimento nele disciplinado.

Com efeito, na salvaguarda das garantias do processo criminal vertidas no texto constitucional, o legislador ordinário é livre no estabelecimento dos actos processuais em que é obrigatória a assistência do defensor.

E fê-lo, com alguma minúcia, diga-se, no artigo 64.º do Código de Processo Penal, preceito que não contempla a obrigatoriedade da presença do defensor na diligência em questão.

De resto, as garantias de defesa, nas quais assume especial relevo o princípio do contraditório, cujo conteúdo essencial consiste em que nenhuma prova deve ser aceite na audiência, nem nenhuma decisão (mesmo interlocutória) deve ser tomada pelo juiz, sem que previamente tenha sido dada ampla e efectiva possibilidade ao sujeito processual contra o qual é dirigida de a discutir, de a contestar e de a valorar, foram inequivocamente respeitadas no julgamento, pois como se vê através da motivação de facto o agora recorrente ao ser aí identificado pelo ofendido como o autor dos factos descritos teve seguramente o ensejo de contraditar o reconhecimento daí resultante.

Assim, sem necessidade de outras considerações também aqui, na alegada inconstitucionalidade, não assiste razão ao recorrente.»

2 — Ainda inconformado, Pepe José da Conceição Dominguez veio «interpor recurso para o Tribunal Constitucional, nos termos da alínea b) do artigo 70.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Setembro, pretendendo-se ver apreciada a inconstitucionalidade do artigo 147.º e implicitamente do artigo 64.º, ambos do Código de Processo Penal, por se entender que as normas neles contidas violam o artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa».

O recurso foi admitido, por decisão que não vincula este Tribunal (n.º 3 do artigo 76.º da Lei n.º 28/82). Note-se, todavia, que, no despacho de admissão, a fl. 221, o relator observou não ter sido suscitada, durante o processo, qualquer inconstitucionalidade referida ao artigo 64.º do Código de Processo Penal.

3 — Notificadas para o efeito, as partes apresentaram alegações, que o recorrente concluiu da seguinte forma:

«1.º O recorrente discorda do entendimento do venerando Tribunal da Relação de Lisboa, que não vislumbrou a verificada desconformidade do mencionado artigo 147.º do Código de Processo Penal com a lei fundamental, nomeadamente por ofensa às garantias de defesa ao não impor a presença obrigatória do defensor no reconhecimento nele disciplinado, ou, na não obrigatoriedade de assistência pelo defensor dos actos de inquérito diferentes daqueles em que a lei a consagrou, em especial no que respeita à prova por reconhecimento, realizada perante os órgãos de polícia criminal com observância de todas as formalidades legais previstas no artigo 147.º do Código de Processo Penal, por entender que, na salvaguarda das garantias do processo criminal vertidas no texto constitucional, o legislador é livre no estabelecimento dos actos processuais em que é obrigatória a assistência de defensor.

2.º Tal norma, assim interpretada e aplicada com o alcance supra-referido, mostra-se ferida de inconstitucionalidade material por contrariar, directamente, o disposto no artigo 32.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, que preceitua que «o processo criminal assegura todas as garantias de defesa, e no n.º 2 [3], que preceitua ter o arguido direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo.»

Quanto ao Ministério Público, formulou as seguintes conclusões:

«1 — A norma do artigo 147.º do Código de Processo Penal, relativa ao reconhecimento de pessoas, quando esta diligência probatória tem lugar na fase de inquérito, ainda que perante órgão de polícia criminal, não é inconstitucional, por não estar prevista a presença obrigatória de defensor.

2 — Termos em que não deverá proceder o presente recurso.»

4 — Cumpre começar por delimitar o objecto do recurso, particularmente por ter sido incluído no respectivo requerimento de interposição o artigo 64.º do Código de Processo Penal e por se verificar que, como se referiu no citado despacho a fl. 221, a inconstitucionalidade suscitada perante o Tribunal da Relação de Lisboa se restringia ao artigo 147.º do mesmo Código.

A verdade, todavia, é que nas alegações de recurso de constitucionalidade o recorrente, ao reafirmar a inconstitucionalidade suscitada, abandonou qualquer referência ao artigo 64.º do Código de Processo Penal.

Assim, e sem necessidade de maiores considerações, fixa-se que constitui objecto do presente recurso a norma do artigo 147.º do Código de Processo Penal enquanto interpretada no sentido de que não impõe a presença obrigatória de defensor no reconhecimento nele disciplinado, realizado perante os órgãos de polícia criminal e com observância de todas as formalidades legais previstas no mesmo preceito.

O recorrente afirma — sem, no entanto, apresentar qualquer justificação para a acusação — que tal norma viola os direitos de defesa do arguido, consagrados no n.º 1 e no n.º 2 (3) do artigo 32.º da Constituição.

5 — Adaptando ao caso o que se escreveu no Acórdão n.º 413/2004, disponível em www.tribunalconstitucional.pt, embora não respeitante ao acto de reconhecimento, mas igualmente relativo à questão da obrigatoriedade ou não de assistência por defensor em processo criminal, «há que distinguir claramente duas questões diferentes, o que o recorrente não fez nas alegações de recurso: não está em causa qualquer interpretação» do artigo 147.º do Código de Processo Penal «da qual resulte que se possa recusar» ao suspeito «o direito de se fazer acompanhar por defensor» durante o reconhecimento realizado na fase de inquérito, como foi o caso; «o problema colocado é outro, e consiste em saber se esse acompanhamento é constitucionalmente obrigatório — ou seja, se viola a Constituição a norma de que resulte a possibilidade de» o mesmo suspeito «prejudicar de defensor no» acto de reconhecimento, realizado de acordo com todas as formalidades exigidas pelo artigo 147.º do Código de Processo Penal (como o recorrente afirma).

Com efeito, não tendo sido arguida a falsidade dos autos a fl. 31 (auto de reconhecimento) e 32 (constituição de arguido), o Tribunal Constitucional não pode questionar que «o suspeito foi informado da possibilidade de escolher/indicar/solicitar um defensor, para estar presente durante a realização do acto processual, tendo recusado» (cf. fl. 31). Está, assim afastada, sem necessidade de maiores demonstrações, a alegada violação do n.º 3 do artigo 32.º da Constituição, na parte em que garante o direito de escolha e de assistência por defensor.

6 — Resta analisar a acusação de violação das garantias de defesa, apontada pelo recorrente.

Como igualmente se escreveu no citado Acórdão n.º 413/2004, «o n.º 3 do artigo 32.º da Constituição remete para a lei a definição dos casos em que é obrigatória a assistência por advogado, o que