

SEPARATA

DE

ESTUDOS
EM HOMENAGEM
A CUNHA RODRIGUES

PEDRO CAEIRO



Coimbra Editora

2001

**APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO TEMPO
E PRAZOS DE SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO
DO PROCEDIMENTO CRIMINAL:
UM “CASO PRÁTICO” (*)**

PEDRO CAEIRO

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

I. O PROBLEMA

Na vigência do Código Penal [CP] de 1982 e do Código de Processo Penal [CPP] de 1929, a *suspensão do procedimento criminal* por efeito da *devolução de uma questão prejudicial* para juízo não penal podia ser prorrogada “por tempo razoável” (art. 3.º, § 3.º, do CPP de 1929), sem observar limites temporais estritos, pelo que a *suspensão da prescrição* do procedimento criminal prevista no art. 119.º, n.º 1, al. a), do CP de 1982, dali decorrente, não se encontrava sujeita a qualquer termo peremptório.

A partir de 1 de Janeiro de 1988, com a entrada em vigor do CPP de 1987, a suspensão do processo em virtude da devolução de questão prejudicial para juízo não penal passou a ter o *limite máximo de um ano* ⁽¹⁾,

(*) A questão que se analisa neste estudo surgiu, incidentalmente, numa consulta que nos foi formulada em tempos. Todavia, o “parecer” que daí resultou não versou o problema que aqui tratamos, o qual, pela sua peculiaridade, se nos afigura digno de atenção.

(1) Diz o art. 7.º, n.º 4, do CPP de 1987: “O tribunal marca o prazo da suspensão, que pode ser prorrogado até um ano se a demora na decisão não for imputável ao assistente ou ao arguido. (...) Esgotado o prazo sem que a questão prejudicial tenha sido resolvida, ou se a acção não tiver sido proposta no prazo máximo de um mês, a questão é decidida no processo penal”.

O actual regime retoma assim, no essencial, as soluções da versão originária do CPP de 1929, que previa, no seu art. 3.º, §§ 1.º e 2.º, certos prazos máximos para a suspensão

pelo que a suspensão da prescrição do procedimento criminal dali decorrente ficou, também ela, subordinada a esse limite.

O art. 7.º do Decreto-Lei [DL] n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, que aprovou o CPP de 1987, limitou a aplicação do novo Código aos processos instaurados após a entrada em vigor do mesmo (2), independentemente do momento em que a infracção tenha sido cometida, devendo os processos pendentes àquela data continuar a reger-se pela legislação anterior.

A questão que se põe é a seguinte: *atendendo à natureza das normas em causa, qual o regime prescricional aplicável, a partir de 1 de Janeiro de 1988, aos procedimentos criminais que, tendo sido instaurados antes da entrada em vigor do novo CPP, estiveram suspensos, em virtude da devolução de questão prejudicial, por período superior a um ano?*

II. A APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO TEMPO

1. O problema em geral: princípios reguladores

1.1. A generalidade da doutrina tende a considerar como *princípio geral* da competência temporal da lei penal o princípio da irretroactividade (3). Mas a irretroactividade da lei penal não é, em boa verdade, um princípio geral — é já o regime particular a que estão sujeitas as normas com certo conteúdo (as normas concretamente desfavoráveis ao agente). Por razões substancialmente idênticas, também não podemos acompanhar a ideia de que o princípio geral da aplicação da lei penal no tempo é o da “aplicação da lei penal favorável” (4).

Cremos que nenhuma razão existe para não seguir, neste ponto, a

do processo, nomeadamente, o prazo peremptório geral de um ano a contar do início da suspensão, admitindo-se uma prorrogação deste prazo, para aguardar o julgamento da acção não penal, por um período máximo de seis meses.

(2) Originariamente, previa-se que o novo CPP entrasse em vigor em 1 de Junho de 1987; a Lei [L] n.º 17/87, de 1 de Junho, diferiu esse momento para 1 de Janeiro de 1988.

(3) Assim, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, 1963, p. 153; CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português. Parte Geral*, I, 1981, p. 114; TERESA BELEZA, *Direito Penal*, I, 2.ª ed., p. 451 e ss.; e FIGUEIREDO DIAS / COSTA ANDRADE, *Direito Penal. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime* (fascículos), 1996, p. 183.

(4) Assim todavia TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, 2.ª ed., 1997, p. 107.

lição de Baptista Machado (5): “os limites de competência das leis, [...] no Direito Transitório, coincidem por princípio com os limites da eficácia temporal das leis”, de forma a que não se viole o “*princípio da não transconexão*”, ou “*não-transactividade*”, que deve delimitar o âmbito de eficácia (espacial e temporal) de qualquer lei, *sc.*, o princípio segundo o qual uma lei não pode aplicar-se a factos que com ela se não acham em contacto (6).

O princípio geral da aplicação da lei penal no tempo é, portanto, o *princípio da não-transconexão* — apreciar os factos de acordo com as regras que valiam no momento da produção dos mesmos —, que constitui um princípio geral de direito e que só cede perante casos excepcionais, em homenagem a outros valores que o legislador (constitucional) decidiu sobrepor-lhe. Nem parece que a lei penal, por força das especificidades de que inegavelmente se reveste, necessite de um outro *esquema* de direito transitório, diverso daquele que serve o direito privado; também no direito penal se defrontam os interesses na *estabilidade* e na *adaptação* (7). A diferença reside apenas, como é natural, nos *conteúdos* que aqueles interesses assumem e, conseqüentemente, nas *regras de conflitos* a que dão origem: proibição da retroactividade *in pejus* (estabilidade) e imposição da retroactividade *in melius* (adaptação) (8).

1.2. Àquele princípio geral de direito acresce, no direito penal, o princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege praevia*), o qual, ao proibir a aplicação retroactiva da lei penal *desfavorável* (9), dita conseqüências específicas em matéria de aplicação da lei penal no tempo.

(5) BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, 1970, p. 141.

(6) *Ibid.*, p. 119 e ss.

(7) Sobre o papel de ambos na delimitação temporal da eficácia das leis, cf. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a Aplicação da Lei Penal no Tempo*, 1968, p. 56 e ss.

(8) Em perspectiva totalmente diversa da que propomos, partindo de uma outra concepção da norma penal e da sua realização, cf. JAKOBS, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., p. 113, para quem o princípio geral deveria ser o da aplicação da lei vigente no momento do julgamento (embora, naturalmente, com as excepções ditas pelas garantias do cidadão).

(9) Cf. os arts. 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição [CRP] e 2.º, n.º 1, do CP. E só da lei *desfavorável*: só ela ofende as garantias de liberdade e segurança que subjazem ao princípio da legalidade criminal, pelo que não tem sentido configurar a aplicação retroactiva da lei mais favorável como uma excepção ao princípio da legalidade. Errónea, portanto, neste ponto, a doutrina vertida pelo Tribunal Constitucional [TC] no Ac. n.º 227/92, de 17-6-1992 (DR II, de 12-9-1992), segundo a qual “o princípio da aplicação retroactiva

Por um lado, a proibição da retroactividade *in pejus* coincide com o princípio da não-transconexão e dá *dignidade constitucional* à proibição da aplicação retroactiva da lei nova (desfavorável) a factos que não estiveram em contacto com ela ⁽¹⁰⁾.

Mas, por outro lado, aquela proibição pode, em casos pouco frequentes ⁽¹¹⁾, funcionar como regra de conflito e determinar *desvios* ao princípio da não-transconexão, conferindo eficácia *ultra-activa imprópria* ⁽¹²⁾ à lei antiga para regular factos que se produzem parcialmente após a cessação da sua vigência ⁽¹³⁾.

1.3. Enfim, o terceiro princípio que regula a eficácia temporal da lei penal é o *princípio do tratamento mais favorável do agente* ⁽¹⁴⁾, que tem por principal (embora não único ⁽¹⁵⁾) corolário a regra da *imposição de apli-*

da lei penal de conteúdo mais favorável ao arguido constitui uma excepção ao princípio da legalidade penal consagrado no n.º 1 do artigo 29.º da Constituição, porque o princípio da legalidade não comporta, como é evidente, excepções: trata-se, tão-só, de uma excepção ao princípio da não-transconexão, que em nada afecta as garantias subjacentes ao primeiro. Neste sentido, cf. CASTANHEIRA NEVES, *O Princípio da Legalidade Criminal. O seu Problema Jurídico e o seu Critério Dogmático*, p. 18; FIGUEIREDO DIAS / COSTA ANDRADE, *cit.*, p. 170, s.; e TAIPA DE CARVALHO, *cit.*, p. 67 e ss. e 95.

⁽¹⁰⁾ Alertando para a comunhão da “razão de ser”, em geral, dos princípios da não-transconexão e da legalidade, cf. EDUARDO CORREIA, *cit.*, p. 153; no mesmo sentido, escreve CASTANHEIRA NEVES (*Sumários de Processo Criminal*, 1968, policop., p. 70) que a proibição da retroactividade *in pejus* só prescreve “algo mais do que a solução natural — aquela que sem ela se imporia pela própria natureza temporal das leis — na medida em que visa repelir” possíveis excepções ao princípio da não-transconexão.

⁽¹¹⁾ Cf. *infra*, 2.2., al. b).

⁽¹²⁾ Cf. *infra*, 2.1.

⁽¹³⁾ Não nos referimos, como é evidente, aos casos em que a lei antiga é aplicada, já no domínio da lei nova, a factos ocorridos *exclusivamente* no domínio da vigência da primeira: trata-se aí, muito simplesmente, de aplicar a *única* lei que esteve em contacto com os factos, em perfeita consonância com o princípio da não-transconexão. Nesse caso, não existe qualquer “eficácia ultra-activa” da norma, nem é necessário fundamentar a sua aplicação, como por vezes se faz, na proibição da retroactividade *in pejus*, nem é correcto invocar o princípio do tratamento mais favorável: a solução flui com naturalidade do princípio geral de aplicação das leis no tempo.

⁽¹⁴⁾ Não necessariamente do *arguido*; suponha-se que o cidadão A se encontra sob investigação por suspeita de ter praticado certo crime e que uma lei nova vem descriminalizar esse facto antes de A ser constituído arguido: parece líquido que o Ministério Público deve aplicar imediatamente a lei nova, procedendo ao arquivamento do processo. De igual forma, o disposto no art. 2.º, n.º 2, do CP, também se aplica ao *condenado*.

⁽¹⁵⁾ Bastará pensar, *v. g.*, na possibilidade de aplicação da lei estrangeira mais favorável prevista pelo art. 6.º, n.º 2, do CP (cf. *infra* nota 20).

cação retroactiva da lei mais favorável, contida nos arts. 29.º, n.º 4, da CRP e 2.º, n.ºs 2 e 4, do CP, segundo a qual, em caso de sucessão temporal de leis (em sentido amplo), deve aplicar-se retroactivamente o regime que se mostre concretamente mais favorável ao arguido, seja porque afasta a sua responsabilidade penal, seja porque a diminui.

A elaboração doutrinal e jurisprudencial desta regra encontra-se quase invariavelmente emparelhada com a da proibição da retroactividade *in pejus*, como se fossem elementos de um todo mais amplo ou se implicassem mutuamente ⁽¹⁶⁾. Mas essa perspectiva não parece a mais exacta; tem razão Rui Pereira ⁽¹⁷⁾ quando afirma que “a irretroactividade da lei penal e a retroactividade da lei penal mais favorável possuem diferentes genealogias, não podendo ser tomadas como verso e reverso do mesmo princípio jurídico”. Com efeito, a génese e o fundamento marcadamente político-jurídico da proibição da retroactividade *in pejus* — a defesa da liberdade e da segurança dos cidadãos contra o arbítrio do Estado — mostram como ela é *rigorosamente estranha* ao princípio do tratamento mais favorável, na sua veste de aplicação retroactiva da lei nova mais favorável, que possui uma génese e um fundamento especificamente político-crimi-

⁽¹⁶⁾ Vejam-se, entre outros, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., p. 193, que colocam sob o “princípio da não retroactividade” a proibição de retroactividade desfavorável e o “princípio da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável”.

⁽¹⁷⁾ RUI PEREIRA, “A relevância da lei penal de conteúdo mais favorável ao arguido”, *RPCC* 1 (1991), p. 60 e ss. No entanto, já não podemos acompanhar o A. quando afirma que “a retroactividade da lei penal mais favorável, não sendo, conceptualmente, o reverso da irretroactividade, também não a excepciona” porque, “pela sua amplitude, a imposição da retroactividade da lei penal mais favorável já *compreende* a proibição de retroactividade *in pejus*” (*ibid.*, p. 61): se bem vemos, esta proposição contradiz a que se cita em texto e leva a negar novamente, por outra via, a específica génese e o diverso fundamento de cada uma das regras. Além disso, não parece que possa afirmar-se que “se, por absurdo, o nosso direito penal postergasse o princípio da legalidade (...), ainda estaria vedada, em geral, a aplicação retroactiva da lei penal, devido à aplicabilidade retroactiva da lei penal mais favorável” (*ibid.*), e isto por duas razões: em primeiro lugar, porque, num plano lógico-normativo, impor a aplicação retroactiva da lei mais favorável *não equivale* a proibir a aplicação retroactiva da lei desfavorável (poderia até, e aqui sim, tratar-se do verso e reverso de um princípio geral de retroactividade de toda a lei penal); em segundo lugar, porque o princípio da aplicação retroactiva da lei mais favorável não tem virtualidades para explicar a aplicação da lei antiga determinada pela proibição da retroactividade *in pejus* (cf. *supra* 1.2. e *infra* 2.2., al. b)).

No sentido do texto, desenvolvivamente, também TAIPA DE CARVALHO, *cit.*, p. 95 e ss.

nais — ausência de exigências de prevenção que justifiquem a persistência da aplicação ao caso da lei (mais severa) que vigorava no momento da prática do facto (18). Dessa diferença radical decorre que só são legítimas as expectativas de não sofrer um regime mais grave do que aquele que vigora no momento da prática dos factos — não as de vir a beneficiar de um regime mais favorável (19).

Assim, o princípio do tratamento mais favorável, ao menos na sua refracção sobre a eficácia temporal das leis (20), é uma das mais lúdimas expressões do discurso da *necessidade da lei penal*, verdadeira pedra angular de todo o sistema e da sua legitimação constitucional (21). Se, no momento da decisão, o Estado se propõe atingir os mesmos fins (de prevenção) que presidiam à lei do *tempus delicti* através de uma nova lei cuja aplicação importa, concretamente, um sacrifício menor para os direitos (*maxime* a liberdade) do agente, nenhuma razão válida subsiste para não aplicar retroactivamente a lei nova, exceptuando por essa via o princípio da não-transconexão (22). Mais: essa é a solução imposta pelo paradigma penal vigente, que reprova toda a limitação desnecessária da liberdade. Assim, o que se encontra em jogo não é só uma garantia cons-

(18) Sobre todo o ponto, cf. a minuciosa análise histórica e dogmática de TAIPA DE CARVALHO, *cit.*, p. 65 e ss. e p. 95 e ss. O facto de a primeira regra poder apoiar-se, também, num fundamento político-criminal e de a segunda se ter tornado, de alguma forma, em garantia político-jurídica (*ibid.*), em nada contradiz a diversa racionalidade e densidade material que, por força daquela diferente origem, subjaz a cada uma delas.

(19) Assim, RUI PEREIRA, *cit.*, p. 64 e ss.

(20) O mesmo não sucede na sua refracção sobre a *competência espacial* da lei penal, vertida no art. 6.º, n.º 2, do CP (aplicação da lei estrangeira concretamente mais favorável); nesse caso, avultam decisivamente, em primeiro plano, as (compreensíveis) expectativas do agente de que a sua conduta seja apreciada pela *lex loci delicti* — ainda que o respeito por essas expectativas implique, precisamente, o sacrifício das exigências de prevenção sentidas pela lei portuguesa (*lex severior*).

(21) Cf., por todos, FIGUEIREDO DIAS, “Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro”, *ROA* 43 (1983), p. 13 e ss.

(22) O princípio da não-transconexão pode ainda sofrer desvios por expressa imposição legal, *v. g.*, quando a lei antiga seja chamada a regular actos processuais que se produzem após o termo da sua vigência — como determina o referido art. 7.º do DL 78/87. Duas notas porém: trata-se aqui de *desvios*, e não propriamente de excepções, pois aquela imposição só é compreensível quando o procedimento criminal tenha tido início no domínio da lei antiga, pelo que se está perante uma eficácia ultra-activa imprópria; por outro lado, como veremos *infra* IV, 3, a validade da norma que impõe essa ultra-actividade está, também ela, sujeita ao controle do parâmetro constitucional do princípio do tratamento mais favorável.

titucional subjectiva dos cidadãos, mas também a própria *configuração constitucional do sistema penal na sua intencionalidade objectiva*.

2. A articulação do princípio da não-transconexão com as regras da proibição da retroactividade *in pejus* e da imposição da retroactividade *in melius* na aplicação da lei a factos duradouros (*factos partilhados*)

2.1. A conjugação do princípio da não-transconexão com a proibição da retroactividade *in pejus* e com a imposição da retroactividade *in melius* não levanta controvérsias quando os factos carecidos de regulação se produzem exclusivamente no domínio de uma lei. Nesses casos, não chega a existir um *conflito* de leis: o princípio da não-transconexão manda que se aplique a lei vigente no momento do facto; e a imposição da retroactividade *in melius*, exceptuando aquele princípio, manda que se aplique retroactivamente a lei nova mais favorável a factos anteriores à sua entrada em vigor.

Porém, as soluções não são tão claras quando se dá um verdadeiro conflito de leis, *sc.*, quando a sucessão de leis ocorre *durante* a realização do facto — nomeadamente, mas não só (23), durante a prática do crime (24). Com efeito, como a consideração jurídica do facto carecido de regulação — que, embora composto por parcelas, é um só — não pode ser dúplice, não é possível aplicar simultaneamente ao mesmo “facto partilhado” regimes diversos (25). Em consequência, a aplicação da lei (antiga ou nova)

(23) Como se verá adiante, o problema da aplicação da lei penal no tempo não se reduz à delimitação da vigência temporal das normas que definem os elementos do crime e respectiva punição — embora estas componham, evidentemente, o seu núcleo mais emblemático.

(24) Partimos do suposto de que o *tempus delicti*, sendo determinado pelo momento em que o agente actuou ou devia ter actuado, não pode reconduzir-se a um momento lógico, seja ele o início da execução da infracção (assim todavia CAVALEIRO DE FERREIRA, *cit.*, p. 122 e s.) ou o último acto da mesma (assim todavia FIGUEIREDO DIAS / COSTA ANDRADE, *cit.*, p. 185), antes deve integrar todos os momentos (perdoe-se a redundância: cronológicos) que dura a acção ou omissão (neste sentido, cf. TAIPA DE CARVALHO, *cit.*, p. 89).

(25) Cf. já BAPTISTA MACHADO, *Sobre a Aplicação...*, p. 59, *in fine*, e *Âmbito...*, p. 28. Convém frisar que utilizamos o conceito de *facto* num sentido amplíssimo, que não se reduz ao facto criminoso. Assim, no tratamento jurídico do mesmo *crime*, pode haver inúmeros factos carecidos de regulação, de natureza muito diversa, pelo que a proposição do texto não se inscreve na controvérsia acerca da legitimidade de aplicar a lei antiga e a

a um facto que se produziu parcialmente fora do período da sua vigência envolve *necessariamente* um desvio ao princípio da não-transconexão, na exacta medida em que a lei antiga deva ser chamada a regular factos cuja realização persista após o termo da sua vigência ou que a lei nova deva ser chamada a regular factos cuja realização se iniciou antes da sua entrada em vigor e perdurou depois desse momento — aquilo a que podemos chamar eficácia ultra-activa ou retroactiva *imprópria*, dado que com ela se emparelha sempre uma aplicação “imediate” (26), *sc.*, uma aplicação da lei a factos produzidos (também) na sua vigência (27).

Mas como resolver os *conflitos* de leis relativamente a estes “factos partilhados”?

2.2. Numa primeira tentativa de solução, e salvo disposição da lei em contrário, parece que não pode afastar-se, sem mais, a regra geral *lex posterior derogat priori*, que decide o *conflito* a favor da aplicação da lei nova ao facto cuja realização persiste após a sua entrada em vigor (interesse na *adaptação*). Só assim não será se essa solução violar a proibição da retroactividade *in pejus* — *rectius*, se com ela se ofenderem as garantias de segurança (28) que aquela proibição visa proteger (interesse na *estabilidade*). Vejamos três situações-tipo:

a) Se, *v. g.*, o agente tiver iniciado a execução de um crime de sequestro no domínio da lei antiga, que persiste após a entrada em vigor da lei nova, e se esta se limitar a cominar uma moldura penal mais grave para o facto, deve seguir-se a regra geral e aplicar-se a lei nova: trata-se aí de

lei nova a factos ou situações pertinentes ao mesmo *crime* (a questão da chamada “ponderação unitária ou diferenciada”: sobre ela cf. FIGUEIREDO DIAS / COSTA ANDRADE, *cit.*, p. 192, e TAIPA DE CARVALHO, *cit.*, p. 192 e ss.). A opção que se tome nesta matéria não contende com o raciocínio do texto, porquanto a ponderação unitária ou diferenciada diz sempre respeito, na acepção que vimos empregando, a factos diferentes — e nunca a um único facto.

(26) Cf. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a Aplicação...*, p. 48.

(27) Trata-se, no fundo, de um lugar paralelo às “normas reguladoras de direitos” do direito privado, que “são de aplicação imediata, significando esta última proposição, não que as normas não estejam sujeitas ao princípio da não-retroactividade [...], mas simplesmente que elas podem, no seu âmbito de aplicação, abranger também factos passados” (BAPTISTA MACHADO, *Sobre a Aplicação...*, p. 320)

(28) Cf. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, 4.ª ed., p. 123, e LOPES ROCHA, “Aplicação da lei criminal no tempo e no espaço”, in: *Jornadas de Direito Criminal* (C.E.J.), p. 92.

uma aplicação “imediate” da lei desfavorável a um facto que ocorre na sua vigência. Claro que tal aplicação “imediate” tem um *reflexo retroactivo* — *todo* o facto é apreciado à luz da lei nova —, mas nem por isso se viola a proibição de retroactividade *in pejus*, pois os pressupostos do facto realizam-se (também) *integralmente* no domínio da lei nova (29).

b) Todavia, se o facto se produziu apenas *parceladamente* sob o domínio de cada uma das leis, a aplicação da lei nova desfavorável pode ser impedida pela proibição da retroactividade *in pejus*. Assim, no exemplo apontado por Jakobs (30), se, ao praticar um crime de roubo, o agente agride a vítima no domínio da lei antiga e se apodera dos seus bens no domínio da lei nova (mais gravosa), a aplicação da última cai sob a proibição da retroactividade *in pejus*. O mesmo regime deve valer para os casos em que a lei nova vem prever uma circunstância agravante ou qualificativa inexistente na lei antiga, não importando se ela se realizou no domínio da primeira ou da segunda.

Nestes casos, a proibição da retroactividade *in pejus* determina uma excepção à regra *lex posterior derogat priori* e conduz à aplicação da lei antiga, com eficácia *ultra-activa imprópria*, pois será ela a regular um facto que ocorreu parcialmente após a cessação da sua vigência.

c) Se a lei nova for mais favorável ao agente, deve ser ela a aplicada, tanto nos casos retratados na al. a) como na al. b) (realização integral ou apenas parcelar dos pressupostos do facto sob a lei nova), ao abrigo da regra *lex posterior derogat priori*, pois a sua eficácia retroactiva *imprópria* não viola a proibição da retroactividade *in pejus*. Além disso, essa eficácia retroactiva goza de cobertura constitucional suplementar na imposição da retroactividade *in melius*, apta a invalidar a norma legal que vise impedi-la por meio de uma espécie de ultra-actividade (*imprópria*) *in pejus* (31).

(29) Concordantemente com a solução, TAIPA DE CARVALHO, *cit.*, p. 92. Registe-se, porém, que não parece possível, no âmbito de uma moldura penal mais elevada estatuída na lei nova, levar em conta, na operação de determinação da medida concreta da pena, a duração do sequestro anterior à entrada em vigor da lei nova. Mas, *respeitado esse limite*, nenhuma razão existe para deixar de aplicar a lei nova, ainda que a medida concreta da pena se mostre mais pesada do que a que resultaria da aplicação da lei antiga levando em conta toda a duração do sequestro.

(30) JAKOBS, *cit.*, p. 117.

(31) Cf. *infra* IV, 3.

3. O problema específico da aplicação no tempo da lei processual penal

3.1. Até há relativamente pouco tempo, alguma doutrina ⁽³²⁾ (e, no seu encaicho, a jurisprudência quase unânime dos tribunais portugueses ⁽³³⁾) restringia o âmbito da proibição da retroactividade *in pejus* e da imposição da retroactividade *in melius* às normas substantivas que regulam directamente os pressupostos do facto criminoso e respectivas reacções, tendendo a aplicar *semper* a lei nova, *mais ou menos favorável*, aos processos em curso, desde que se tratasse de “normas processuais” ⁽³⁴⁾.

Ora, já em 1968 mostrava Castanheira Neves ⁽³⁵⁾ — num corte de análise que não é, todavia, inteiramente coincidente com o que aqui se propõe — que o problema jurídico-metodológico da aplicação da lei penal no tempo não se altera pelo facto de se tratar de normas substantivas ou processuais. Coincidentemente, escreve Figueiredo Dias ⁽³⁶⁾ que “o princípio jurídico-constitucional da legalidade se estende, em certo sentido, a toda a repressão penal e abrange, nesta medida, o próprio direito processual penal”, pelo que “não deve aplicar-se a nova lei processual penal a um acto ou situação processual que ocorra em processo pendente ou derive de um crime cometido no domínio da lei antiga, sempre que da nova lei resulte um agravamento da posição processual do arguido ou, em particular, uma limitação do seu direito de defesa”.

Quer dizer: os princípios reguladores da aplicação da lei penal no tempo e as formas da sua articulação, que expusemos supra, valem para toda a lei penal, independentemente da sua natureza substantiva ou processual

⁽³²⁾ Assim, CAVALEIRO DE FERREIRA, *cit.*, p. 127, e EDUARDO CORREIA, *cit.*, p. 161.

⁽³³⁾ Vd., por exemplo, o Ac. do STJ, de 3-4-1991 (*BMJ* 406, p. 495), segundo o qual “o artigo 29.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa visa apenas a aplicação da lei criminal, definidora de crimes e penas, não se aplicando aos preceitos processuais. [...] As garantias de processo penal constam do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa, onde não se prevê qualquer princípio de aplicação retroactiva de normas mais favoráveis”; e o Ac. do STJ, de 7-7-1994 (in: www.dgsi.pt), que, dada a “natureza processual” do instituto, considerou que nenhum obstáculo se levantava contra a extradição de um cidadão por factos que, à data em que alegadamente teriam sido praticados, não eram fundamento de extradição à luz dos instrumentos de direito internacional vigentes entre Portugal e o Estado requerente.

⁽³⁴⁾ Para a exposição crítica desta tendência, cf. TAIPA DE CARVALHO, *cit.*, p. 259 e ss.

⁽³⁵⁾ CASTANHEIRA NEVES, *Sumários...*, p. 68 e ss.

⁽³⁶⁾ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, 1974, p. 112.

— quer porque são princípios gerais de direito, quer porque implicam garantias susceptíveis de serem ofendidas por ambos os tipos de normas. Os desvios a que pretensamente deveria haver lugar em virtude da natureza processual das normas procedem, como veremos a seguir, dos equívocos gerados à volta das relações entre a proibição de retroactividade *in pejus* e a imposição da retroactividade favorável, por um lado, e o sentido da “aplicação imediata” das leis processuais, por outro, equívocos facilmente propiciados pela *natureza duradoura* do processo, que torna os actos processuais em *factos partilhados* sempre que a lei processual se altere entre o momento da prática do crime e o trânsito em julgado da decisão.

3.2. A doutrina portuguesa mais recente, no seio da qual se destaca Taipa de Carvalho ⁽³⁷⁾, tem procurado abordar o problema da aplicação da lei processual penal no tempo através do binómio *normas processuais penais materiais* (abrangidas pela proibição de retroactividade *in pejus* e pela imposição da retroactividade *in melius*) e *normas processuais penais formais* (relativamente às quais não valeriam aqueles princípios e que estariam, portanto, sujeitas a uma aplicação “imediata”) ⁽³⁸⁾. Sem contestar a justiça e a fecundidade da distinção — de que nos serviremos, aliás, mais adiante —, cremos que é necessário resolver um problema prévio: em que consiste, exactamente, a aplicação “imediata” e a aplicação retroactiva das normas processuais penais?

3.3. Não pode esquecer-se que todo o processo-crime, independentemente do momento em que é instaurado (na vigência da lei antiga ou já na vigência da lei nova), tem sempre por *causa referente* uma infracção penal cometida em certo momento. E daqui decorre uma importante consequência: se a lei processual em vigor no momento da prática do acto processual for diversa da que vigorava no momento do *tempus delicti* ⁽³⁹⁾, a

⁽³⁷⁾ TAIPA DE CARVALHO, *cit.*, p. 259 e ss.

⁽³⁸⁾ Esta perspectiva não é alheia à concepção da proibição da retroactividade *in pejus* e da imposição da retroactividade *in melius* como princípios primeiros da aplicação da lei penal no tempo — concepção que não partilhamos, como tivemos oportunidade de expor *sub II*.

⁽³⁹⁾ O raciocínio que se desenvolve em texto parte do pressuposto, convincentemente fundamentado por TAIPA DE CARVALHO, *cit.*, p. 279 e ss., de que o “momento-critério” da determinação da lei processual aplicável tem que ser o do *tempus delicti*, sob pena de se poderem violar as garantias que a proibição da retroactividade *in pejus* visa assegurar.

sua aplicação “imediate” (*sc.*, a sua aplicação ao acto processual presente) *coenvolve sempre, em qualquer caso, uma eficácia retroactiva imprópria*, porquanto toma para a produção dos efeitos presentes a que tende um facto que ocorreu antes da sua entrada em vigor. Só esta impositação das coisas permite discutir os termos posteriores do problema, *sc.*, se certa norma da lei nova pode, ou não, ser aplicada “imediatamente” — com a eficácia retroactiva imprópria que aí vai sempre implicada ⁽⁴⁰⁾.

Deste modo, como o processo-crime é sempre, nas condições descritas, um “facto partilhado”, a propalada pretensão de aplicação “imediate” das normas processuais penais (*in genere*, de acordo com a doutrina tradicional, ou apenas das normas processuais materiais não desfavoráveis e das normas processuais formais, de acordo com a doutrina mais recente) não é mais do que uma expressão particular da regra *lex posterior derogat priori*, cujas condições de aplicação vimos supra sub 2. Com efeito, cada acto processual deve, em princípio, obedecer à lei que vigora no momento da sua prática — mesmo que se trate de uma lei posterior à prática do facto que deu causa ao processo. Só não será assim se tal aplicação, por via da eficácia retroactiva imprópria que lhe inere, ofender as garantias que a proibição da retroactividade *in pejus* visa assegurar. Deste modo, vale também para a lei processual quanto se expendeu supra sub 2.2, à excepção, evidentemente, das considerações tecidas na alínea a), pois não é possível que os pressupostos do facto a regular se tenham produzido integralmente no domínio da lei nova — o ponto de partida do problema é, precisamente, o ter-se produzido o facto causador do processo no domínio de uma lei processual que já não se encontra em vigor no momento da prática do acto processual presente.

3.4. Dilucidados os termos do binómio “aplicação imediata” — “aplicação retroactiva”, cumpre saber em que casos é que a aplicação imediata

rar; no mesmo sentido, cf. o Acórdão de Fixação de Jurisprudência (cognominado, por razões insondáveis, “Assento”) do STJ n.º 1/98, de 9-7-1998 (in *DR I-A*, de 29-7-1998).

⁽⁴⁰⁾ Na verdade, não vemos de que outra forma se pode sustentar a tese — com a qual concordamos — de que, *v. g.*, não se pode aplicar “imediatamente”, sob pena de se violar a proibição da retroactividade *in pejus*, a lei nova que prevê um novo fundamento autónomo para o decretamento da prisão preventiva, ainda que o facto-fundamento se produza exclusivamente no domínio da nova lei: é que o mérito da questão depende, antes de mais, de se poder identificar nessa aplicação “imediate” uma eficácia (também) *retroactiva* e, portanto, sujeita à proibição da retroactividade *in pejus*. Aliás, a conjunção aplicação imediata — eficácia retroactiva imprópria encontra-se implícita no art. 5.º, n.º 1, al. a), do CPP de 1987; sobre esta norma e a sua interpretação, cf. *infra* 3.5.

com eficácia retroactiva imprópria é vedada pela proibição da retroactividade *in pejus*. Afigura-se-nos correcta, como ponto de partida, a proposta de Taipa de Carvalho ⁽⁴¹⁾, que, denunciando o vício conceitualista que deduz acriticamente o regime aplicável da inserção formal-sistemática das normas, distingue entre “normas processuais penais materiais” e “normas processuais formais”. As primeiras, incidindo sobre a responsabilidade penal do arguido, encontram-se sujeitas às mesmas garantias constitucionais que regem as normas substantivas ⁽⁴²⁾ e que podem excepcionar a regra *lex posterior derogat priori*. As segundas limitam-se a estabelecer formalidades técnicas do procedimento criminal e, por não contenderem directamente com a responsabilidade do agente nem com a sua posição processual, não se encontram subordinadas àqueles princípios.

Só que, na verdade, parece-nos possível ir um pouco mais além. A designação de ambos os tipos de normas, ao introduzir uma ambiguidade — obviamente desejada — nos respectivos conceitos, mostra que o facto de terem a sua fonte normativa na lei substantiva ou processual é relativamente indiferente para o problema da aplicação da lei penal no tempo. Decisivo é apenas o seu conteúdo; e por isso pode talvez afirmar-se que são normas processuais materiais todas aquelas que contendam com as garantias subjacentes à proibição da retroactividade *in pejus* e normas processuais formais as restantes ⁽⁴³⁾. Deste modo, a distinção não deve ser um *prius* relativamente à questão da (não) sujeição das normas àquela proibição, mas sim um resultado da correcta delimitação do âmbito da proibição de retroactividade desfavorável. Só por esta via se logra superar completamente o aludido vício conceitualista que, sem qualquer fundamento constitucional ou legal, infere o regime aplicável da “natureza” das normas.

⁽⁴¹⁾ TAIPA DE CARVALHO, *cit.*, p. 263 e ss.; em sentido coincidente, GOMES CANOTILHO, “Anotação ao Ac. 70/90 do Tribunal Constitucional”, *RLJ* 123, p. 95; atribuindo à prescrição uma “vertente substantiva”, precisamente para a subordinar à proibição da retroactividade *in pejus* e ao princípio do tratamento mais favorável, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime*, 1993, §§ 1128 e 1135. No mesmo sentido de se encontrar a prescrição do procedimento sujeita às “garantias inerentes ao princípio da legalidade em direito penal”, em virtude da sua dimensão substantiva, *vd.*, por último, o Acórdão de Fixação de Jurisprudência do STJ n.º 12/2000, de 16-11-2000 (*DR I-A*, de 6-12-2000).

⁽⁴²⁾ TAIPA DE CARVALHO, *cit.*, p. 274.

⁽⁴³⁾ Relegando para segundo plano o problema da natureza das normas e preocupando-se, sobretudo, com a preservação das garantias constitucionais na aplicação das mesmas, cf. também TERESA BELEZA, *cit.*, p. 459 e ss.

Em suma: a lei processual penal deve seguir o brocardo *tempus regit actum* (aplicação da lei vigente no momento da prática do acto processual em causa), salvo se tal aplicação “imediate” agravar a responsabilidade do arguido ou a sua posição processual (v. g., uma norma que alargue um prazo prescricional, ou crie factos interruptivos ou suspensivos da prescrição não previstos na lei antiga ⁽⁴⁴⁾, ou admita meios de prova proibidos pela lei antiga). Enfim, por quanto se expendeu *supra* sub 2.2, al. c), não é necessário invocar o princípio do tratamento mais favorável para justificar a aplicação “imediate” da norma processual penal que se mostre concretamente mais favorável: tal solução decorre imediatamente da regra de conflitos *lex posterior derogat priori*. Contudo, como veremos, a norma legal que vise impedi-la encontra-se sujeita à censura da imposição constitucional da retroactividade *in melius*.

3.5. Não podemos concluir a análise da proibição de retroactividade desfavorável na lei processual penal sem uma alusão ao que se dispõe no art. 5.º do CPP de 1987. Depois de se consagrar, no n.º 1, a aplicação imediata da lei processual penal, determina-se, no n.º 2, que tal regra cessa, relativamente aos processos iniciados anteriormente à sua vigência ⁽⁴⁵⁾, se

⁽⁴⁴⁾ Diga-se, incidentalmente, que a doutrina vertida no Acórdão de Fixação de Jurisprudência do STJ n.º 10/2000, de 19-10 (DR I-A, de 10-11-2000), segundo a qual a declaração de contumácia suspendia a prescrição no domínio do CP de 1982 e do CPP de 1987, se mostra materialmente incorrecta e constitucionalmente inadequada. *Materialmente incorrecta*, porque não se vislumbra qualquer fundamento que permita afirmar que o art. 336.º do CPP de 1987, ao dispor que a declaração de contumácia implica a suspensão dos termos ulteriores do processo até à apresentação do arguido, “só poderá querer ter tido em vista aquela suspensão relacionada com a prescrição do procedimento criminal”. Na verdade, a suspensão do processo e a suspensão do prazo prescricional são dois institutos que podem encontrar-se ligados — mas que não se identificam. Nem a primeira pode implicar a segunda, como deveria ser evidente, sem expressa indicação legal nesse sentido. *Constitucionalmente inadequada*, porque constitui uma verdadeira integração de lacunas por via jurisprudencial, *contra reum*, assim violando o princípio da legalidade criminal. Cf., para maiores desenvolvimentos, o bem fundamentado voto de vencido do Senhor Juiz Conselheiro Carmona da Mota (acompanhado, aliás, de três votos concordantes).

⁽⁴⁵⁾ E, acrescentamos nós, aos processos iniciados já na sua vigência, mas relativos a crimes cometidos na vigência da lei processual anterior: cf. de novo FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual...*, p. 112, na parte em que expressamente considera que “não deve aplicar-se a nova lei processual penal [desfavorável] a um acto ou situação processual que ocorra em processo pendente ou *derive de um crime cometido no domínio da lei antiga*” (interpolação e itálicos nossos); concordantemente, MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal anotado*, 4.ª ed., p. 55.

dela puder resultar um “agravamento sensível e ainda evitável da situação processual do arguido, nomeadamente uma limitação do seu direito de defesa”.

Procurando dar um sentido útil a esta norma, à luz da sua concepção acerca da aplicação no tempo da lei processual — cuja substância e resultados, como vimos dizendo, acompanhamos —, considera Taipa de Carvalho ⁽⁴⁶⁾ que ela diz respeito, exclusivamente, às normas processuais penais *formais*, admitindo depois que as normas sobre o direito de defesa do arguido se encontram aí indevidamente referidas, para concluir, por fim, que “o disposto na referida al. a) não devia constar do art. 5.º, pois que versa uma questão que, por exigência constitucional e do Estado-de-Direito, está submetida ao princípio da retroactividade da lei penal desfavorável, e, portanto, é abrangida pelo art. 2.º, n.º 4, do Código Penal”.

Ora, não parece que estas asserções sejam compatíveis entre si. Na verdade, uma norma de cuja aplicação resulte qualquer agravamento (sensível ou não) da posição processual do arguido, nomeadamente limitações ao seu direito de defesa, não pode, em caso algum, ser classificada como norma processual formal. É certo que, por isso mesmo, o A. afirma que as normas relativas ao direito de defesa do arguido não deveriam encontrar-se incluídas no art. 5.º, n.º 2, al. a). Só que, segundo cremos, a restrição do conteúdo deste dispositivo às normas processuais formais seria um verdadeiro contra-senso lógico-normativo: as normas processuais formais são apenas, por definição, aquelas que não ofendem as garantias asseguradas pela proibição de retroactividade *in pejus* e, por isso, não carecem de qualquer regulamentação específica no plano da sucessão de leis.

Daqui decorre que aquela norma inter-temporal *inclui* as normas processuais materiais e deve ser considerada *inconstitucional*, por violação da primeira parte do art. 29.º, n.º 4, da CRP ⁽⁴⁷⁾, na interpretação em que permite a aplicação imediata da lei nova, com eficácia retroactiva imprópria, quando essa aplicação implicar um agravamento “não sensível” da posi-

⁽⁴⁶⁾ TAIPA DE CARVALHO, *cit.*, p. 278 e s.

⁽⁴⁷⁾ Para a fundamentação da consagração constitucional da proibição da retroactividade *in pejus* relativamente às normas processuais penais materiais, cf. TAIPA DE CARVALHO, *cit.*, p. 274 e ss. Supomos que esta visão das coisas é hoje pacífica, sobretudo depois de o TC ter admitido a extensão da imposição da retroactividade favorável àquelas normas: não se compreenderia que a CRP impusesse a retroactividade favorável e não proibisse a retroactividade *in pejus*.

ção processual do arguido que ofenda as garantias asseguradas pela proibição de retroactividade *in pejus*.

3.6. Resta analisar a possibilidade de aplicação retroactiva da lei processual nova mais favorável em sentido estrito, *sc.*, o problema de saber se a nova lei pode afectar actos processuais exclusivamente produzidos no domínio da lei anterior.

E a resposta é negativa, por já não haver aí, verdadeiramente, uma situação de *sucessão de leis*. Se a lei nova vem permitir, *v. g.*, o recurso da decisão de acusação, mas o processo se encontra na fase de julgamento, a dita lei, embora mais favorável, não pode aplicar-se, pois a norma da lei antiga que não o permitia produziu e esgotou já todos os seus efeitos, pelo que a recorribilidade da decisão de acusação já não é matéria decidenda. Assim, uma de duas: ou o objecto da norma é um facto (também presente (*v. g.*, o decurso de um prazo prescricional, a duração e os pressupostos da prisão preventiva) — e vale quanto se expendeu nos pontos anteriores —, ou é um facto passado — e não chega a dar-se o conflito de leis porque a lei nova não pode aspirar a regular (novamente) uma situação cujos efeitos jurídicos se esgotaram antes da sua entrada em vigor.

III. A NORMA CONTIDA NO ARTIGO 7.º, N.º 4, DO CPP DE 1987 (“NORMA PROCESSUAL PENAL FORMAL”), E A MODIFICAÇÃO QUE ELA IMPLICA NA NORMA CONTIDA NO ART. 119.º, N.º 1, AL. A), DO CP DE 1982 (“NORMA PROCESSUAL PENAL MATERIAL”)

1. A natureza da norma contida no art. 7.º, n.º 4, do CPP de 1987

A norma contida no art. 7.º, n.º 4, do CPP de 1987, tem por escopo definir o prazo máximo (um ano) pelo qual pode durar a suspensão do processo crime em virtude da devolução de uma questão prejudicial para tribunal não penal⁽⁴⁸⁾. Desta forma, alterou-se o regime do CPP de 1929,

⁽⁴⁸⁾ Desenvolvidamente sobre a devolução de questões prejudiciais para tribunal não penal, cf. HELENA BOLINA, *Questões Prejudiciais Cíveis em Processo Penal* (dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), 1995 (não publicada); e, por último, FREDERICO DA COSTA PINTO, *Direito Processual Penal* (fasc.), 1998, p. 233 e ss.

porquanto não se previa aí qualquer prazo máximo para a suspensão do processo ditada por aquele motivo, referindo-se o seu art. 3.º, § 3.º, a um “prazo razoável”.

Enquanto tal, trata-se de uma norma processual penal *formal*, pois limita-se a determinar um prazo máximo para certo incidente, sem que daí advenha um efeito directo para a posição processual do arguido. Seria, pois, uma das normas que deveriam aplicar-se imediatamente após a entrada em vigor do CPP de 1987, não fora o disposto no art. 7.º, n.º 1, do DL 78/87 já citado, que restringiu a aplicação do novo CPP aos processos instaurados após a sua entrada em vigor.

2. A modificação da norma contida no art. 119.º, n.º 1, al. a), do CP de 1982, decorrente da entrada em vigor do art. 7.º, n.º 4, do CPP

2.1. Sucede que o surgimento da norma contida no art. 7.º, n.º 4, do CPP, veio alterar *também*, em 1 de Janeiro de 1988, o regime da prescrição do procedimento criminal.

Na verdade, a norma constante do art. 119.º, n.º 1, al. a), do CP de 1982 (actual art. 120.º, n.º 1, al. a)), ao dispor que a prescrição do procedimento criminal se suspende durante o tempo em que o procedimento criminal *não possa* continuar por efeito da devolução de uma questão prejudicial para juízo não penal, incorporou, como prazo máximo da suspensão do prazo prescricional, o prazo máximo de um ano que limita a suspensão do processo.

2.2. Daqui decorre que, relativamente aos processos instaurados antes de 1 de Janeiro de 1988, coexistem, a partir dessa data, dois regimes prescricionais diversos, no que diz respeito ao prazo máximo por que pode durar a suspensão da prescrição do procedimento determinada pela suspensão do processo por devolução de questão prejudicial para tribunal não penal: o regime anterior, de acordo com o qual a suspensão da prescrição do procedimento não tem termo certo, e o regime posterior, de acordo com o qual a prescrição do procedimento não pode suspender-se por mais de um ano.

Podemos concluir, então, que a imposição de um termo certo à suspensão do processo teve por efeito a criação de uma norma prescricional *autónoma* em relação à norma processual: no regime anterior, a suspensão da prescrição duraria enquanto durasse a suspensão do processo (ou, ao

menos, enquanto o prazo da última pudesse considerar-se razoável); no regime posterior a 1988, a suspensão da prescrição do procedimento em virtude da suspensão do processo não pode durar mais de um ano — mesmo que o processo se encontre suspenso por mais tempo, *v. g.*, em virtude de uma decisão irregular.

IV. A QUESTÃO

1. Enunciação

Figuremos agora um “caso prático”.

Suponhamos que, num processo instaurado na vigência do CPP de 1929, o juiz de instrução profere uma decisão de suspensão do processo, antes de 1 de Janeiro de 1988, ao abrigo do art. 3.º daquele diploma, para que certa questão prejudicial seja resolvida por tribunal não penal, prorrogando depois, por várias vezes, antes e após aquela data, o prazo da suspensão do processo, durante cerca de 5 anos. A questão que se põe é, em termos crus, a seguinte: trazido o facto a julgamento, o tempo por que o processo esteve suspenso deve, ou não, relevar para efeitos da suspensão da prescrição do procedimento criminal, na parte em que excede o prazo máximo de um ano previsto pelo art. 7.º, n.º 4, do CPP de 1987?

2. A distinção entre a regularidade processual das decisões de prorrogação da suspensão do processo e a imputação do tempo da suspensão do processo na suspensão do prazo prescricional

2.1. De acordo com as *regras gerais*, que expusemos *supra*, o juiz de instrução deveria ter aplicado o disposto no art. 7.º, n.º 4, do CPP de 1987, às decisões que proferiu após a entrada em vigor do diploma. Vale por dizer: de acordo com aquelas regras, as prorrogações da suspensão do processo proferidas após 1 de Janeiro de 1988 não deveriam ter excedido, globalmente, o prazo máximo de um ano. Com efeito, essa seria a solução *processual* adequada à regra *tempus regit actum*, e, tratando-se de uma norma processual penal *formal*, não teria sentido trazer ao discurso problematizante a proibição de retroactividade *in pejus* nem a imposição da retroactividade favorável.

Isto, como dissemos, de acordo com as *regras gerais*. Porém, o referido art. 7.º, n.º 1, do DL 78/87, *exclui* expressamente do âmbito de apli-

cação do CPP de 1987 os processos instaurados antes da entrada em vigor deste diploma⁽⁴⁹⁾. Assim sendo, tratando-se de uma opção legislativa legítima e constitucionalmente válida, as decisões de prorrogação da suspensão do processo posteriores a 1 de Janeiro de 1988, tomadas ao abrigo do art. 3.º do CPP de 1929, devem ter-se por *processualmente regulares*, mesmo na parte em que conduziram a uma suspensão do processo por período superior a um ano.

2.2. Questão bem diversa, e independente daquela, é a de saber se *todo* o período pelo qual o processo se encontrou suspenso pode ser imputado na suspensão da prescrição do procedimento criminal. Na verdade, como vimos, a suspensão da prescrição do procedimento em virtude da devolução de questão prejudicial para tribunal não penal não pode exceder, a partir de 1 de Janeiro de 1988, o prazo máximo de um ano. O objecto de análise não é, agora, o art. 7.º, n.º 4, do CPP de 1987, mas sim o art. 119.º, n.º 1, al. *a*), do CP de 1982 (actual art. 120.º, n.º 1, al. *a*)), que ganhou, em virtude da entrada em vigor daquele primeiro dispositivo, um conteúdo diverso no que toca o prazo máximo da suspensão do prazo prescricional — e que constitui, claramente, uma *norma processual material*⁽⁵⁰⁾.

Assim, o tribunal de julgamento que tome contacto com o processo depois de 1 de Janeiro de 1988 depara-se com dois regimes prescricionais diferentes a propósito do mesmo procedimento criminal: o da lei antiga, segundo o qual a suspensão da prescrição do procedimento dura enquanto durar a suspensão do processo, sem termo certo, e o da lei nova, segundo o qual a suspensão da prescrição do procedimento criminal em virtude da suspensão do processo não pode ultrapassar o prazo de um ano.

⁽⁴⁹⁾ Trata-se, portanto, de uma verdadeira “norma de conflito”, porquanto determina qual a lei aplicável aos factos que se encontram simultaneamente sob o domínio da lei antiga (critério do *tempus delicti*) e da lei nova (aplicabilidade “imediate” da lei nova aos processos pendentes): cf. BAPTISTA MACHADO, *Sobre a Aplicação...*, p. 47 e ss.

⁽⁵⁰⁾ Este entendimento foi partilhado pelo Acórdão de Fixação de Jurisprudência do STJ n.º 1/98, embora nesse aresto estivesse em causa a *interrupção* da prescrição: “a prescrição do procedimento penal é, sem dúvida, uma causa de extinção dessa responsabilidade, como se vê do plano sistemático do Código Penal, incluída, como está, no título V do livro I.º, justamente epigrafado de ‘Extinção da responsabilidade criminal’. E a interrupção da prescrição participa evidentemente da disciplina geral do instituto. Por conseguinte, qualquer alteração legislativa dessa disciplina ou desse regime releva para a problemática da aplicação da lei criminal no tempo”.

Sabendo que se trata de um processo (e de um prazo prescricional) em curso, a solução conforme com as regras gerais seria, uma vez mais, a aplicação imediata da lei nova ao facto partilhado (*lex posterior derogat priori*). Concretamente, o tribunal deveria considerar que:

- a) a nova lei não afecta os períodos de suspensão da prescrição, já consumados, determinados por decisões anteriores a 1 de Janeiro de 1988 ⁽⁵¹⁾;
- b) caso se encontrasse em curso, em 1 de Janeiro de 1988, um prazo de suspensão da prescrição, determinado por decisão tomada em momento anterior, deveria aplicar-se a lei nova, contando-se o prazo (máximo) de um ano a partir da data dessa decisão, enquanto durasse a suspensão do processo. Novas decisões de suspensão do processo, tomadas depois da entrada em vigor do CPP de 1987, não poderiam ter a virtualidade de suspender o prazo prescricional por período superior ao resto resultante da subtracção daquele período ao prazo de um ano;
- c) caso não decorresse nenhum prazo de suspensão da prescrição à data da entrada em vigor do CPP, as novas decisões, consideradas em globo, não teriam a virtualidade de suspender o prazo prescricional por período superior a um ano — ainda que a suspensão do processo perdurasse por mais tempo.

2.3. Mantendo entre parêntesis a limitação constante da norma inter-temporal contida no art. 7.º, n.º 1, do DL 78/87 (dela cuidaremos mais adiante), a solução proposta não carece de especial fundamentação, pois decorre naturalmente da regra *lex posterior derogat priori* e a sua eficácia retroactiva (imprópria) não é impedida pela proibição de retroactividade *in pejus*, já que conduz à diminuição do prazo de suspensão da prescrição, que, no caso concreto, teria durado, à luz do CPP de 1929, vários anos.

A objecção mais óbvia que contra ela se levantará é a seguinte: como é possível aplicar a nova norma prescricional, que remete para a nova norma processual da suspensão do processo, se esta última não é, ela própria, aplicável? Na verdade, embora se trate de duas normas autónomas, com escopos diversos, parece claro que tanto o legislador de 1929 como o de 1987 quiseram ligar a suspensão do prazo prescricional à suspensão

⁽⁵¹⁾ Cf. *supra* II, 3.6.

do processo — opção que é perfeitamente razoável e compreensível. Como pode admitir-se, então, uma solução que desvincule o prazo de suspensão da prescrição do prazo de suspensão do processo?

Duas razões fundamentais impõem este entendimento.

Em primeiro lugar, por isso que se trata de *duas normas autónomas*, pertinentes a institutos diversos e de diferente natureza, pelo que a inaplicabilidade da norma processual formal, por opção legislativa, não prejudica, num plano lógico-normativo, a aplicação da norma processual material. Para mostrar a irredutível *descontinuidade* entre ambas, bastará pensar no seguinte exemplo: suponha-se que, num processo que corre os seus termos ao abrigo do novo CPP, o juiz suspende indevidamente o processo por período superior a um ano; parece claro que o tempo em que irregularmente se excede aquele prazo não deve ser imputado no prazo de suspensão da prescrição.

Em segundo lugar, porque, como veremos no ponto seguinte, a aplicação “imediata” da nova norma prescricional é imposta pelo art. 29.º, n.º 4, da CRP.

3. A inconstitucionalidade material do art. 7.º, n.º 1, do DL 78/87, na parte em que impede a aplicação imediata, com eficácia retroactiva imprópria, do art. 7.º, n.º 4, do CPP de 1987, que estabelece, *ex vi* do art. 119.º, n.º 1, al. a), do CP de 1982, o prazo máximo de um ano para a suspensão da prescrição do procedimento criminal em virtude da devolução de questão prejudicial para tribunal não penal

3.1. A organização da inter-temporalidade, nas normas processuais formais, cabe na discricionariedade do legislador ⁽⁵²⁾; mas no que toca as normas processuais materiais — e a que regula os prazos máximos de suspensão da prescrição é, seguramente, uma delas —, o legislador ordinário não pode criar uma espécie de *ultra-actividade* in pejus, violando a *imposição constitucional da retroactividade favorável*.

Com efeito, o legislador ordinário goza, em princípio, de uma ampla margem de liberdade para determinar a vigência temporal dos diplomas que edita, podendo fazê-lo, justamente, através de “normas sobre normas” semelhantes ao referido dispositivo. Mas também é líquido que tais nor-

⁽⁵²⁾ Neste sentido, cf. GOMES CANOTILHO, *cit.*, p. 95.

mas, por mais “gerais” que sejam, não podem derogar os preceitos constitucionais ⁽⁵³⁾. Ora, o princípio do tratamento mais favorável, acolhido pelo art. 29.º, n.º 4, da CRP, impede o legislador ordinário de proibir a aplicação “imediate”, com eficácia retroactiva imprópria, de uma norma processual penal material de conteúdo mais favorável ao arguido ⁽⁵⁴⁾.

3.2. Por outras palavras: aplicar a lei antiga, admitindo a suspensão indefinida do prazo prescricional daí decorrente, com base no art. 7.º, n.º 1, do DL 78/87, num momento em que vigora um regime mais favorável para o arguido, significaria que aquela norma, permitindo tal solução, se encontra ferida de inconstitucionalidade material, por violação do art. 29.º, n.º 4, da CRP, na parte em que impõe a aplicação retroactiva das leis penais de conteúdo favorável.

Ninguém admitiria, certamente, a validade constitucional de uma norma que eliminasse do elenco legal certa causa de interrupção da prescrição e auto-limitasse a sua aplicabilidade aos processos ainda não instaurados, de maneira a permitir que o facto interruptivo, ocorrido já durante a vigência da dita norma nos processos já instaurados, tivesse ainda a virtualidade de interromper o prazo prescricional. Ora, o problema do art. 7.º, n.º 1, do DL 78/87 citado é em tudo análogo ao exemplo apontado, com a diferença de que se trata do encurtamento dos prazos de um obstáculo ao prazo prescricional.

3.3. Concluindo: no caso figurado, o regime resultante da conjugação do art. 119.º, n.º 1, al. a), do CP, com o art. 7.º, n.º 4, do CPP de 1987 mostrava-se concretamente mais favorável do que aquele que resultava da conjugação da primeira norma com o art. 3.º, § 3.º, do CPP de 1929, porquanto,

⁽⁵³⁾ Assim BAPTISTA MACHADO, *Sobre a Aplicação...*, p. 55.

⁽⁵⁴⁾ Neste preciso sentido, cf. o Ac. do TC n.º 250/92, de 1-7 (DR II, de 27-10-1992), que julgou inconstitucional a norma constante do art. 7.º, n.º 1, do DL 78/87, na parte em que manda aplicar aos processos pendentes à data da entrada em vigor CPP de 1987, o corpo e o n.º 2 do § 1.º do art. 667.º do CPP de 1929 (jurisprudência reafirmada, posteriormente, no Ac. do TC n.º 451/93, de 15-7). O TC invertiu, assim, a incorrecta orientação seguida anteriormente nos Acs. do TC n.º 155/88, de 29-6 (DR II, de 17-9-1988) e n.º 70/90. No plano propriamente substantivo, o mesmo Tribunal teve ocasião de considerar inconstitucionais as normas constantes dos arts. 2.º e 5.º, n.º 2, do DL 20-A/90, de 15 de Janeiro, que aprovou o Regime Jurídico das Infracções Fiscais Não Aduaneiras, quando interpretadas no sentido de impedir a aplicação retroactiva *in melius* do novo regime: cf. os Acs. do TC n.º 227/92, de 17-6 (DR II, de 12-9-1992), n.º 755/93, de 25-11, e n.º 223/94, de 3-3.

à luz do primeiro, o prazo de suspensão da prescrição do procedimento criminal não podia exceder, a partir de 1 de Janeiro de 1988, o período de um ano — e as sucessivas decisões de prorrogação da suspensão do processo posteriores àquela data excederam esse prazo, pelo que a aplicação do segundo regime levaria a que a suspensão do prazo prescricional tivesse, em concreto, uma duração superior a um ano.

Assim, o juiz do julgamento deveria desaplicar o art. 7.º, n.º 1, do DL 78/87, materialmente inconstitucional, por violação do art. 29.º, n.º 4, da CRP, na parte em que impede a aplicação da lei nova mais favorável, e aplicar o art. 119.º, n.º 1, al. a), do CP, conjugado com o art. 7.º, n.º 4, do CPP de 1987, ao abrigo do art. 2.º, n.º 4, do CP e do art. 29.º, n.º 4, da CRP.

A resolução de um “caso prático”, pois, em homenagem singela a Cunha Rodrigues, Jurista a quem as necessidades pragmáticas das altas funções que desempenhou não fizeram perder a inquietação científica, reflectida nos estudos com que vem enriquecendo a literatura jurídico-penal portuguesa.