

ACÓRDÃO N.º 491/2021

Processo n.º 224/2020

1.ª Secção

Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros

Acordam na 1.ª Secção do Tribunal Constitucional,**I – Relatório**

1. A., ora recorrente, foi condenado em primeira instância, pelo Tribunal do Círculo Judicial de Santa Maria da Feira, a 16 de novembro de 2012, pela prática de dois crimes de fraude fiscal, previstos e punidos pelo disposto nos artigos 103.º, n.º 1, alíneas *a)* e *c)*, e 104.º, n.ºs 1 e 2, do Regime Geral das Infrações Tributárias (RGIT), na pena única de quatro anos e seis meses de prisão efetiva.

Inconformado, recorreu para o Tribunal da Relação do Porto que, por acórdão de 11 de fevereiro de 2014, julgando parcialmente procedente o seu recurso, entendeu suspender a execução da prisão pelo período correspondente de 4 anos e seis meses.

Por sentença de 14 de março de 2019, o recorrente viria a ser condenado pelo Tribunal Judicial da Comarca de Aveiro, Juízo Local Criminal de Santa Maria da Feira, pela prática, no 3.º e 4.º trimestre de 2016, de um crime de abuso de confiança fiscal, previsto e punido no artigo 105.º, n.º 1, do RGIT, na pena de dois anos e dois meses de prisão, suspensa na sua execução pelo período de três anos sob condição do pagamento da quantia de € 22.101,23 durante tal período, devendo liquidar mensalmente a quantia de € 100 por conta da quantia total, durante o prazo da suspensão.

Por despacho de 13 de setembro de 2019 foi revogada a suspensão da pena de quatro anos e seis meses de prisão pela prática dos dois crimes de fraude fiscal.

De novo inconformado, recorreu para o Tribunal da Relação do Porto invocando a nulidade insanável da decisão de revogação da suspensão da pena proferida em primeira instância por falta de audiência prévia e presencial do arguido e a não verificação dos requisitos para a revogação da suspensão da execução da pena de prisão.

Por acórdão de 29 de janeiro de 2020, o Tribunal da Relação do Porto negou provimento ao recurso, confirmando a decisão de revogação da suspensão da pena e consequente determinação do cumprimento da pena de quatro anos e seis meses de prisão.

2. É deste acórdão que vem interposto o presente recurso de constitucionalidade para o Tribunal Constitucional, ao abrigo do artigo 70.º, n.º 1, alínea *b)*, da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, adiante designada por LTC), pretendendo «a apreciação da inconstitucionalidade do artigo 495.º, n.º 2 do Código de Processo Penal, na interpretação dada pelo Tribunal *a quo* (...) de que para prolação da revogação da suspensão da pena de prisão não condicionada a regime de prova, é dispensada a audição presencial do

Arguido/Condenado, por violação do artigo 32.º, n.ºs 1, 5 e 6 da Constituição da República Portuguesa» (cfr. requerimento de interposição do recurso a fls. 366).

3. O recorrente formulou as suas alegações, apresentando as seguintes conclusões:

«Conclusões:

Salvo o mui devido respeito por diversa opinião, a interpretação da norma constante do artigo 495.º, n.º 2, do CPP, segundo a qual (como entendeu o douto Tribunal a quo) para prolação da decisão de revogação da suspensão da pena de prisão não condicionada a regime de prova, é dispensada a audiência prévia e presencial do Arguido/Condenado, afigura-se materialmente inconstitucional, porquanto:

Tal interpretação olvida o direito do Arguido de estar presente em todos os atos processuais que diretamente lhe digam respeito e ser ouvido pelo tribunal sempre que deva ser tomada uma decisão que pessoalmente o afete (cfr. artigo 61.º, n.º 1, do CPP), o que, além de constituir nulidade insanável (cfr. artigo 119.º, alínea c), do CPP) contende com os direitos de defesa e audiência do Arguido, tal como vêm consagrados no n.º 1 do artigo 32.º da C.R.;

Olvida igualmente que se a própria lei consagra que quando acompanhado pelo técnico, o condenado tem que ser ouvido (cfr. n.º 2 do artigo 495.º do CPP), quando desacompanhado como é o caso sub judice, maioritariamente, o condeando deve ser ouvido.

Afigura-se duplamente violadora dos Direitos constitucionais de Defesa e Audiência do Arguido: por um lado, porque, o Arguido não foi notificado da promoção do Ministério Público tendente à revogação da suspensão da pena da prisão e, portanto, foi-lhe negada a possibilidade de se pronunciar/defender perante a posição do Ministério Público, violando assim do princípio da igualdade de armas de todo atendível em processo penal e, por outro lado, porque nem o Arguido, nem a sua Mandatária/Defensora foram notificados para comparecer ou, eventualmente, ser ouvidos antes da prolação da decisão do Juiz;

Ao arrepio do que ordenam os n.ºs 1 e 5 do artigo 32.º da Constituição da República, tal interpretação negou ao Arguido todas as oportunidades de defesa, quer no confronto da promoção do Ministério Público, facultando-lhe a dedução dos factos, razões e meios probatórios que poderiam obstar à pretendida revogação, quer perante o Juiz que decidiu revogar a suspensão;

Não tem em consideração o pressuposto fundamental que o atual regime exige para a revogação da suspensão, ou seja, o requisito de pendor material, que consiste na avaliação e ponderação, e efetuar pelo tribunal, depois de ouvido o arguido, no sentido de concluir se a condenação pela prática de um crime no decurso do período de suspensão da execução da pena, afasta irremediavelmente o juízo de prognose em que assentava a suspensão da execução da pena de prisão;

Não tem em linha de conta que mesmo verificado o requisito de natureza formal, a revogação da execução da pena de prisão não é nem deve ser automática, sob pena de violação dos direitos constitucionais de defesa, audiência e contraditório do Arguido;

Olvida também que só concedendo ao Arguido os direitos de audiência, defesa e contraditório, se poderá concluir com segurança pela eficácia ou ineficácia da manutenção da suspensão, pré-ordenada às finalidades visadas pela pena suspensa, sendo certo que, tratando-se de motivações de ordem subjetiva, ninguém melhor do que o Arguido/Condenado estará em condições de explicar as razões que conduziram ao cometimento de novo crime no período da suspensão;

Não permite ao Arguido, v.g. fornecer uma explicação que de alguma forma contribuisse para reduzir ou afastar o impacto negativo da nova atuação criminosa, em ordem a convencer o tribunal da subsistência das expectativas em si depositadas e que justificaram a suspensão da execução da pena;

Não observa o princípio do contraditório, estabelecido no artigo 32.º, n.º 5, da C.R.P., consubstanciado no direito/dever do juiz de ouvir as razões do Arguido em relação às questões e assuntos sobre os quais vai proferir decisão, bem como no direito do Arguido a intervir no processo e de se pronunciar e contraditar

todos os elementos de prova e argumentos jurídicos trazidos ao processo, direito que abrange todos os atos suscetíveis de afetarem a sua posição ou de atingirem a sua esfera jurídica;

O princípio do contraditório, com assento constitucional nos n.ºs 1 e 5 do artigo 32.º da Constituição, impõe que o juiz penal ao desenvolver a sua atividade oiça tanto a acusação como a defesa (nestes termos já se pronunciava o Prof. Figueiredo Dias, a pág. 149, do seu Direito Processual Penal, reimpressão da 1.ª edição 1974, Coimbra Editora 2004);

Esse princípio, “traduzindo-se ao menos, num direito à defesa, num direito a ser ouvido” (v. Eduardo Correia, ob. cit., ano 114.º, p. 365), só pode, com efeito, ser eficazmente assegurado mediante um adequado funcionamento da dialética processual – o que, como é óbvio, exige que as partes (Ministério Público e Arguido) se encontrem colocadas em posição de perfeita igualdade.

O que não se verifica quando, como, in casu, o Arguido não foi notificado nem da promoção do Ministério Público na primeira instância, nem para comparecer pessoalmente a fim de ser previamente ouvido ou pronunciar-se quanto à decisão de revogação da suspensão da execução da pena de prisão.

O Acórdão recorrido violou o princípio do contraditório porque não conferiu ao Arguido a possibilidade real de contrariar e contestar todas as informações ou elementos trazidos aos autos, do que resultou a privação da sua liberdade, sem que este se pudesse defender.

O princípio do contraditório que tem clara aplicação no caso concreto por estar em causa a liberdade do Arguido, o qual deve ser observado no decurso do processo, impedindo que nele se tome qualquer decisão que atinja o estatuto jurídico do Arguido/Condenado, sem que este tenha a oportunidade de se fazer previamente ouvir;

Estando em causa a revogação da suspensão da execução de uma pena privativa da liberdade, maioritária e necessariamente, o Arguido tem o direito a defender-se, o que lhe foi totalmente negado pelo Tribunal a quo.

A supra citada interpretação, íntegra, também, por força da desconsideração de tais normas e dos requisitos da fundamentação que lhes são inerentes, uma violação do princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 18.º da CRP, na medida em que, permitir o afastamento da audição prévia do Arguido elimina, objetiva e totalmente, o conteúdo essencial do direito ao contraditório plasmado no artigo 32.º, n.º 5, da C.R.P.

Nos antípodas da consagração constitucional, negou os princípios da defesa, do contraditório e da audição prévia, os quais, por maioria de razão, devem ser assegurados na decisão que aprecie os pressupostos da revogação da suspensão da execução da pena de prisão, de modo a que a mesma não constitua surpresa contra o Arguido.

Por imposição do artigo 32.º, n.º 1, da C.R.P., assiste ao Arguido o direito de impugnar não só os factos iniciais já conhecidos, mas quaisquer outros que surjam e que o tribunal pretenda levar em consideração;

Tais direitos do Arguido impõem-se, necessariamente, quando está em causa a sua liberdade, consubstanciando o direito que este tem em se fazer ouvir e contraditar todos os elementos (aqui se incluindo os de prova) ou argumentos (incluindo-se os de ordem jurídica), o que, in casu, lhe foi totalmente negado, quer por si, quer por intermédio da sua Mandatária/Defensora;

No dever jurídico geral do Estado de salvaguardar a dignidade humana, na sua expressão concreta de dever assegurar a garantia o Arguido de ser ouvido e na garantia de um processo leal de acordo com o princípio da igualdade de armas, revela-se o fundamento do direito do Arguido ser ouvido e a ser assistido pelo seu Defensor, o que, no caso em apreço, não se verificou.

Num Estado de Direito Democrático, baseado no “respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais” (cfr. artigo 2.º da CRP), o *jus puniendi* não pode ser exercido à custa do sacrifício desses direitos como, efetivamente, se verifica no caso em apreço.

O Estado de Direito Democrático não pode violar as garantias e liberdades fundamentais para assegurar o direito de punir.

O Recorrente/Arguido só será respeitado na sua dignidade de pessoa, se for tratado como sujeito do processo, e não como simples objeto de uma decisão judicial, o que exige que ele seja presencialmente ouvido, nomeadamente, para aferir da verificação dos pressupostos da revogação da suspensão da pena de prisão a que foi condenado.

O Acórdão *sub judice* constitui um ato decisório que influi no direito à liberdade e com a liberdade do Arguido, que pessoalmente o afeta, o que implica o reconhecimento legal do direito constitucional de defesa, contraditório e de audiência, cfr. artigo 61.º, n.º 1, alínea b), do CPP e artigo 32.º, n.ºs 1 e 5, da CRP, de molde a assegurar todas as garantias de defesa do Arguido.

Finalmente, porque não precedida da audição prévia e presencial do Arguido e/ou da sua Mandatária/Defensora, a douda decisão recorria totalmente ferida de nulidade insanável (cfr. artigo 119.º, alínea c) do CPP), foi proferida em violação do disposto no artigo 32.º n.º 1 e 5 da Constituição da República e, bem assim, do artigo 6.º, n.º 1 e n.º 3, alínea c), da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (*ex vi* artigo 8.º, n.º 2, da CRC).

Afigura-se, pois, inconstitucional por violação do artigo 32.º, n.ºs 1 e 5 da CRP e, bem assim, do artigo 6.º, n.º 1 e n.º 3, alínea c), da Convenção Europeia dos Direitos do Homem *ex vi* artigo 8.º, n.º 2, da CRP, a interpretação do artigo 495.º, n.º 2, do CPP, no sentido de que para prolação da revogação da suspensão da execução da pena de prisão não condicionada a regime de prova, é dispensada a audição presencial do Arguido/condenado, o que pretendemos seja declarado.»

4. O Ministério Público contra-alegou, apresentando as seguintes considerações, com relevo para a decisão a proferir:

- Do cotejo do critério normativo da questão de constitucionalidade constante do recurso interposto para o Tribunal da Relação do Porto, com o critério normativo constante do recurso de constitucionalidade agora apresentado resulta que a referência ao n.º 6 do artigo 35.º da Constituição só consta deste último pelo que não tendo essa dimensão da questão de constitucionalidade podido ser apreciada pelo tribunal recorrido, não deverá também ser objeto de apreciação por este Tribunal Constitucional (cfr. 15.º das contra-alegações).

- No que respeita ao *thema decidendum* subsistente, depois de ressaltar que teria sido mais prudente que o magistrado de primeira instância tivesse dado oportunidade ao condenado de se pronunciar sobre a possível revogação da suspensão da pena de prisão em que foi anteriormente condenado (16.º das contra-alegações), salienta que «o artigo 495º do Código de Processo Penal respeita apenas à situação de falta de cumprimento das condições de suspensão (nos casos em que há lugar à imposição ao condenado de deveres, regras de conduta ou outras obrigações), como resulta limpidamente da epígrafe desta disposição (“*Falta de cumprimento das condições de suspensão*”)), não se aplicando, pois, «à situação, como a dos autos, em que não houve lugar à definição de nenhuma condição específica para a suspensão da execução da pena de prisão e em que a revogação da suspensão se deve à prática de crime durante o período de suspensão.» (26.º das contra-alegações).

- De todo o modo, considera ainda, citando o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29 de janeiro de 2020, que «não decorre da lei, concretamente do art. 495º nº 2 do Cód. de Proc. Penal, ou de qualquer princípio que essa audição deva ser sempre pessoal e presencial.» (27.º das contra-alegações); constitui o «sentido útil da audição do condenado (...) o de poder contraditar informação que lhe possa ser desfavorável. No caso dos presentes autos, porém, não houve junção aos autos de nenhuma informação nova: não houve intervenção de técnico de reinserção social ou de qualquer outra entidade, nem parecer do Ministério Público.» (29.º das contra-alegações).

- A situação dos autos não incide sobre a fase de julgamento (a que se reportará o n.º 1 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa), antes sobre processo penal findo pela condenação, em

fase da execução da pena de prisão que foi imposta, uma vez desaparecida a condição que determinou a sua suspensão (31.º das contra-alegações).

- Considerando, que toda a informação sobre a qual se baseou o despacho judicial, de revogação da suspensão da execução da pena de prisão imposta ao condenado, era deste conhecida, entende que não existe violação do princípio do contraditório, nem violação dos direitos do arguido. Sendo certo, por outro lado, que o condenado viu ser-lhe garantida a possibilidade de interpor recurso da decisão recorrida, como se comprova pela interposição de recurso para este Tribunal Constitucional (30.º das contra-alegações).

- O n.º 5 do artigo 32.º da Constituição reporta-se à estrutura acusatória do processo criminal, falando na audiência de julgamento e na prática de atos instrutórios, o que não parece ter aplicação no caso dos presentes autos (31.º das contra-alegações).

- Por último, realça ainda que, mesmo que se entendesse de outro modo, estaríamos, no limite, perante uma mera irregularidade processual, entretanto sanada por não ter sido arguida em devido tempo pelo ora recorrente (31.º das contra-alegações).

Cumprir apreciar e decidir.

II - Fundamentação

a) *Delimitação da norma objeto do recurso*

5. É necessário começar por delimitar de forma precisa a norma objeto do presente processo.

Neste âmbito, antes do mais, cumpre salientar que não é muito clara a dimensão normativa que o recorrente pretende ver sindicada. Imprecisão a que não será alheia a controvérsia jurisprudencial existente em torno da melhor interpretação do artigo 495.º, n.º 2, do Código de Processo Penal (CPP).

O artigo 495.º, n.º 2, do CPP, sob a epígrafe “*Falta de cumprimento das condições de suspensão*”, dispõe:

«2 – O tribunal decide por despacho, depois de recolhida a prova, obtido parecer do Ministério Público e ouvido o condenado na presença do técnico que apoia e fiscaliza o cumprimento das condições da suspensão, bem como, sempre que necessário, ouvida a vítima, mesmo que não se tenha constituído assistente.»

A atual redação do n.º 2 foi introduzida pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, sendo posteriormente alterada pela Lei n.º 130/2015, de 4 de setembro, que aditou a sua parte final, relativamente à audição da vítima.

Com a alteração legislativa introduzida pela Lei n.º 48/2007, de 28 de agosto, para além do direito ao contraditório já anteriormente garantido pelo artigo 61.º, n.º 1, alínea *b*), e pela redação anterior do artigo 495.º, n.º 2, do CPP, passou a consagrar-se o direito à audiência pessoal e presencial do arguido.

6. Logo se suscitaram dúvidas sobre a interpretação a dar àquele preceito, designadamente no que respeita a saber se a audição do arguido para efeitos de revogação da suspensão da pena tem de ser pessoal e presencial apenas quando a suspensão foi sujeita a regime de prova, imposição de deveres e/ou regras de conduta, designadamente para apuramento das razões para a falta de cumprimento das condições de suspensão; ou, em alternativa, se é de aplicar em todos os casos, portanto também nas situações em que a revogação se deve à prática de crime durante o período de suspensão, sem que tenha havido lugar à definição de qualquer condição específica para a suspensão da execução da pena de prisão e sem que a suspensão tenha sido acompanhada de regime de prova.

Tendo em conta essas dúvidas, a jurisprudência dividiu-se.

Um segmento da jurisprudência entende que a necessidade de audiência pessoal do condenado apenas é legalmente imposta quando esteja em causa a revogação da suspensão com fundamento na falta de cumprimento das condições de suspensão. O preceito em referência respeitaria, assim, apenas às situações aludidas na sua epígrafe (“*Falta de cumprimento das condições de suspensão*”), circunscrevendo-se, portanto, aos casos de suspensão da execução da pena com regime de prova ou acompanhada da imposição de condições cuja observância deva ser apoiada e fiscalizada pelos serviços de reinserção social ou. Sustenta-se também esta posição no teor do artigo 495.º, n.º 2, do CPP, designadamente quando este alude à presença do técnico que apoia e fiscaliza o cumprimento das condições de suspensão. Vai nesse sentido, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26 de junho de 2013, Proc. n.º 45/09.5PTVRL.P1. Assim, a audiência «na presença do técnico», impor-se-ia, apenas, nos casos de suspensão acompanhada de regime de prova. Na lógica argumentativa que sustenta esta interpretação do preceito, constituindo o sentido útil da audiência do condenado o de poder contraditar informação que lhe possa ser desfavorável, uma tal situação só ocorre nos casos em que houve lugar à imposição ao condenado de deveres, regras de conduta ou outras obrigações. Neste sentido, se pronunciaram, entre outros, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 9 de janeiro de 2017, Proc. n.º 2/12.4PEBRG.G2, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de Fevereiro de 2012, Proc. n.º 565/04.8TAOER.L1-5, e os Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra de 4 de novembro de 2015, Proc. n.º 9/05.8GALSA.C1, de 30 de outubro de 2013, Proc. n.º 707/08.4PBAVR.C1, de 2 de abril de 2014, Proc. n.º 883/07.3TACBR.C1, de 4 de novembro de 2015, Proc. n.º 9/05.8GALSA.C1.

De acordo com esta interpretação, o artigo 495.º, n.º 2, do CPP não se aplica às situações em que a revogação da suspensão se deve à prática de crime durante o período de suspensão, não tendo havido lugar à definição de qualquer condição específica para a suspensão da execução da pena de prisão. De acordo com o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 7 de abril de 2016, no Proc. n.º 26/13.7GCTND.C1, não há razão legal «para na situação prevista no art. 56.º, n.º 1, alínea b), do Código Penal se exigir que o arguido se tenha de explicar, presencialmente, perante o Juiz sobre as razões pelas quais praticou um crime no período de suspensão, como forma de decidir se o quadro em que o condenado voltou a delinquir e o seu impacto negativo na obtenção das finalidades que justificaram a suspensão da pena, podem ou não ainda ser alcançadas». Estando em causa o fundamento de revogação previsto no artigo 56.º, n.º 1, alínea b), do CP, o contraditório é plenamente assegurado através de notificação, para o efeito, do condenado. Não obstante, o tribunal pode determinar a audiência presencial quando considerar que se mostra necessária, mesmo neste caso.

Outra parte da jurisprudência entende existir obrigatoriedade de presença do arguido sempre que esteja em causa a revogação da suspensão da execução da pena de prisão. De acordo com essa posição, a audiência pessoal e presencial prevista no citado preceito impõe-se em todas as situações. Deve ocorrer quando o fundamento da revogação respeite à falta de cumprimento das condições da suspensão, prevista na alínea *a)* do n.º 1 do artigo 56.º do Código Penal, independentemente de tais condições terem sido sujeitas a apoio e fiscalização por determinadas autoridades ou serviços (artigos 51.º, n.º 4, e 52.º, n.º 4, ambos do Código Penal), mormente de reinserção social, com ou sem regime de prova (artigos 53.º e 54.º do Código Penal). E deve igualmente ocorrer quando o fundamento da revogação consista na condenação de crime cometido durante o período da suspensão, em que se revele que as finalidades que estavam na sua base não puderam, por meio dela, ser alcançadas, nos termos previstos na alínea *b)* do n.º 1 artigo 56.º. Assim, de acordo com esta posição, a referência, no citado artigo 495.º, n.º 2, à «presença do técnico que apoia e fiscaliza o cumprimento das condições da suspensão», tem em vista regular a participação (necessária) do aludido técnico no ato de audiência do condenado e não restringir a realização desta diligência essencial ao direito de defesa do arguido apenas aos casos em que a suspensão da execução da pena tiver sido sujeita a condições apoiadas e fiscalizadas por entidades (acompanhada, ou não, de regime de prova), como referido, por exemplo, no Acórdão do Tribunal da

Relação de Coimbra de 6 de fevereiro de 2019, Proc. n.º 221/14.9SBGRD-A.C1. Em conformidade com o disposto no artigo 61.º, n.º 1, alínea *b*), do CPP, considera-se indubitável que o arguido tem o direito de ser ouvido pelo tribunal sempre que este deva tomar qualquer decisão que pessoalmente o afete – conforme também o preceituado no artigo 495.º, n.º 2, do CPP, quanto à matéria em apreço (Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 11 de fevereiro de 2019, Proc. n.º 663/09.1JAPRT.G1).

De acordo com esta visão, a audição do condenado tem de ser presencial, até por poder estar em causa decisão que o pode vir afetar nos seus direitos, mormente no seu direito à liberdade. Só assim não sucederá quando, de todo em todo, se não logre a sua comparência em juízo, por exemplo, por o arguido se ter ausentado da residência constante do termo de identidade e residência e não se conseguir apurar ao seu paradeiro (Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 5 de junho de 2018, Proc. n.º 175/99.0GACTX.E1). Na base deste entendimento está a consideração de que esta «solução de impor que o condenado se pronuncie pessoalmente na presença do juiz, e não por meio de alegação escrita do defensor, traduz um especial acautelamento do contraditório, que, relevando do interesse em jogo – a liberdade –, tem, em coerência, de estender-se à notificação da decisão, na medida em que só o conhecimento do seu conteúdo lhe possibilita a defesa» (Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de março de 2019, Proc. n.º 811/09.1PAESP-B.P1).

A decisão recorrida acolhe a primeira corrente jurisprudencial referida, que entende que apenas existe necessidade legal de audição pessoal do condenado quando esteja em causa a revogação da suspensão com fundamento na falta de cumprimento das condições de suspensão.

Sendo os recursos para o Tribunal Constitucional restritos à questão da inconstitucionalidade (artigo 280.º, n.º 6, da Constituição), este Tribunal apenas deve apreciar a conformidade constitucional da interpretação perfilhada na decisão recorrida quanto às normas impugnadas no recurso de constitucionalidade interposto. Não cabe ao Tribunal Constitucional definir qual a melhor interpretação do direito infraconstitucional ou sindicar a aplicação do direito ordinário que foi feita na decisão recorrida. Os argumentos relativos à justiça ou injustiça da decisão *a quo* ou à justeza da interpretação legal efetuada face ao caso concreto em presença não são, portanto, de ter em conta.

7. Em termos literais, o requerimento de interposição do recurso indica a interpretação normativa do artigo 495.º, n.º 2, do CPP, no sentido segundo o qual «para a prolação da revogação da suspensão da pena de prisão não condicionada a regime de prova é dispensada a audição presencial do arguido/condenado», por violação das garantias de processo criminal consagradas nos n.ºs 1, 5 e 6 do artigo 32.º da Constituição (cfr. requerimento de recurso, fls. 366). Porém, as alegações produzidas permitem concluir que no segmento normativo atinente à dispensa da audição do arguido/condenado o recorrente pretendeu abranger um sentido mais lato do que o contido na adjetivação “presencial”. Como repetidamente é evidenciado nas conclusões acima transcritas, o recorrente não dirige as suas alegações apenas à circunstância de não ter sido ouvido presencialmente. Efetivamente, se percorrermos as referidas conclusões, encontramos referências mais gerais, por exemplo:

«O princípio do contraditório, com assento constitucional nos n.ºs 1 e 5 do artigo 32.º da Constituição, impõe que o juiz penal ao desenvolver a sua atividade oiça tanto a acusação como a defesa (...).

(...)

O que não se verifica quando, como, in casu, o Arguido não foi notificado nem da promoção do Ministério Público na primeira instância, nem para comparecer pessoalmente a fim de ser previamente ouvido ou pronunciar-se quanto à decisão de revogação da suspensão da execução da pena de prisão.

(...)

Estando em causa a revogação da suspensão da execução de uma pena privativa da liberdade, maioritária e necessariamente, o Arguido tem o direito a defender-se, o que lhe foi totalmente negado pelo Tribunal a quo.

(...)

No dever jurídico geral do Estado de salvaguardar a dignidade humana, na sua expressão concreta de dever assegurar a garantia o Arguido de ser ouvido e na garantia de um processo leal de acordo com o princípio da igualdade de armas, revela-se o fundamento do direito do Arguido ser ouvido e a ser assistido pelo seu Defensor, o que, no caso em apreço, não se verificou.

Finalmente, porque não precedida da audição prévia e presencial do Arguido e/ou da sua Mandatária/Defensora, a dita decisão recorrida ficou totalmente ferida de nulidade insanável (cfr. artigo 119.º, alínea c), do CPP), foi proferida em violação do disposto no artigo 32.º, n.º 1 e 5, da Constituição da República e, bem assim, do artigo 6.º, n.º 1 e n.º 3, alínea c), da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (*ex vi* artigo 8.º, n.º 2, da CRC).» (sublinhado aditado)

Como se pode assim verificar, o foco da alegação do recorrente dirige-se também à circunstância de, enquanto arguido, não ter sido notificado nem da promoção do Ministério Público na primeira instância, não lhe tendo sido conferida a possibilidade real de contrariar e contestar todas as informações ou elementos trazidos aos autos, do que resultou a privação da sua liberdade, sem que pudesse defender-se. Questiona igualmente o vício decorrente dessa situação. Essa dimensão normativa não esteve ausente na decisão do tribunal recorrido, estando imbricada no efetivo fundamento do ali decidido, como adiante melhor se evidenciará.

Devendo o objeto do recurso de constitucionalidade resultante do recurso coincidir com a *ratio decidendi* da decisão recorrida, importa, com efeito, identificar os *precisos* fundamentos da decisão do Tribunal da Relação do Porto e compreendê-los na dinâmica de todo o processado para melhor compreender o que está contido no objeto do recurso.

8. O ora recorrente foi condenado em primeira instância pela prática de dois crimes de fraude fiscal em pena de prisão efetiva, decisão que, por acórdão do Tribunal da Relação do Porto, transitado em julgado em 26 de maio de 2014, viria a ser parcialmente revogada, suspendendo o tribunal de recurso a pena de 4 anos e 6 meses de prisão por igual período de tempo, sem a imposição de quaisquer condições.

No período da suspensão da execução da pena, mais concretamente no 3.º e 4.º trimestres de 2016, o arguido praticou um crime de abuso de confiança fiscal pelo qual viria a ser condenado pelo Juízo Local Criminal de Santa Maria da Feira em pena de dois anos e seis meses de prisão com execução suspensa por três anos, condicionada ao pagamento de determinadas quantias. Entendeu este tribunal ao proferir essa condenação formular ainda um juízo de confiança em relação ao arguido apesar dos seus antecedentes criminais, dado estes remontarem a factos praticados até ao ano 2000 sem que até ao ano de 2016 voltasse a praticar qualquer crime, salientando ainda o facto de o arguido, entretanto, ter deixado de exercer a gerência das empresas a que estava ligado quando praticou os crimes referidos.

Conhecida esta condenação, por despacho de 13 de setembro de 2019, o Juízo Central Criminal de Santa Maria da Feira considerou gorado o juízo de prognose favorável anteriormente formulado em relação ao arguido por este ter voltado a praticar um crime de natureza fiscal no mesmo ramo de atividade e, sem estabelecer o contraditório, considerando que no caso não se aplicava o disposto no artigo 495.º, n.º 2, do CPP, na medida em que não estava em causa a violação de deveres ou regras de conduta (o que afastava a necessidade de prévia audição presencial do condenado), decidiu revogar a suspensão da execução da pena única de quatro anos e seis meses de prisão.

Deste despacho o ora recorrente interpôs recurso para o Tribunal da Relação do Porto, invocando a nulidade de decisão recorrida por violação dos direitos de audiência e defesa do arguido, e suscitando a inconstitucionalidade da interpretação do artigo 495.º, n.º 2, do CPP assumida na decisão recorrida (sendo esse o único preceito do CPP invocado na decisão).

No acórdão proferido o Tribunal da Relação do Porto identificou duas questões a decidir: 1) saber se a decisão recorrida padecia de nulidade insanável por falta de audiência prévia e presencial do arguido; e 2) analisar se não se verificavam os requisitos para a revogação da suspensão da execução da pena de prisão.

No que respeita à primeira questão – aquela que tem relação com o objeto do presente recurso de constitucionalidade – o Tribunal da Relação do Porto começou por salientar ser «inquestionável que, atualmente, a revogação da suspensão da pena nunca é uma consequência automática da conduta do condenado, exigindo sempre um juízo de ponderação negativo, no sentido da constatação de que se frustraram as finalidades que estiveram na base da suspensão» e que «se impõe sempre, independentemente do(s) motivo(s) da eventual revogação, a audiência do condenado». Prosseguindo, o acórdão sublinha que «a jurisprudência mais recente tem, reiterada e uniformemente, considerado que a audiência do condenado é obrigatória e que a sua falta constitui uma nulidade insanável, nos termos do art.º 119.º, alínea c), do Cód. Proc. Penal». Adere a este entendimento por considerar que «a revogação da suspensão configura uma alteração da sentença condenatória, pois que, sendo a suspensão da execução da pena uma verdadeira pena (uma pena de substituição), a sua revogação traduz-se sempre no cumprimento pelo condenado de outra pena – a pena de prisão», concluindo que «a revogação é um ato decisório que contende com a liberdade do arguido, que o atinge na sua esfera jurídica, o que implica o reconhecimento legal do direito constitucional de contraditório e de audiência». Depois de observar que «[a] pesar da sua especial incidência na audiência de discussão e julgamento, o princípio do contraditório abrange todos os atos suscetíveis de afetar a posição do arguido», o acórdão afasta-se, porém, da «posição maioritária» no que respeita «ao modo de concretizar a audiência do condenado», ao considerar que «não decorre da lei, concretamente do art.º 495.º, n.º 2 do Cód. Proc. Penal, ou de qualquer princípio, que essa audiência deva ser sempre pessoal e presencial». No que concerne a este preceito legal, esclarece-se ainda na decisão recorrida: «A razão da presença do técnico de reinserção social é óbvia: estando a efetuar o acompanhamento do condenado, apoiando e fiscalizando o cumprimento do plano de readaptação social, dos deveres ou das regras de conduta impostos, será ele quem melhor posicionado está para habilitar o tribunal a decidir (...). Por isso, só tem justificação a audiência pessoal e presencial do condenado nos casos em que exista esse apoio e fiscalização dos deveres e regras de conduta». Em conformidade com este entendimento, uma vez que no caso o arguido/recorrente foi condenado em pena de prisão suspensa na sua execução sem a imposição de quaisquer condições, o acórdão conclui que «não teria qualquer justificação, no caso, a audiência pessoal e presencial do condenado, pelo que a decisão recorrida não padece da nulidade apontada».

Depois de assim haver concluído, fazendo notar que o tribunal ali recorrido não notificou o arguido ou o seu defensor para se pronunciarem sobre a eventual revogação da suspensão, antes de ter sido proferida a decisão por aquele tribunal, a decisão ora recorrida passa a debruçar-se especificamente sobre a inobservância do princípio do contraditório, fazendo-o do seguinte modo (pp. 11 e ss. do acórdão recorrido, a fls. 351 e ss dos autos):

«O aludido princípio, com consagração constitucional no artigo 32.º, n.º 5, da CRP e, no que ao processo penal respeita, em diversas disposições do C.P.P., consiste em “qualquer sujeito ou participante processual dever ser ouvido sobre as questões em que for interessado ou que o afetem e, designadamente, sobre a produção dos meios de prova”.

(...)

A violação do princípio do contraditório que deve ser entendido como inerente a toda a função judicial, com o significado de que o julgador não está vinculado a seguir os argumentos de facto e de direito pelas partes, mas que aqueles devem ter a oportunidade de levar ao conhecimento daquele as suas razões,

funcionando como garantia de um processo justo, sendo na fase de julgamento que despoleta todos os seus efeitos; ele domina, antes de tudo, escreve Franz Matscher, Juiz do TEDH, a administração das provas.

No caso que nos ocupa, é manifesta a razão do recorrente no que respeita à omissão da sua prévia audição por parte do Sr. Juiz que proferiu o despacho recorrido.

(...)

Tendo o Sr. Juiz proferido a decisão recorrida sem ter concedido ao visado oportunidade para se pronunciar, violou manifestamente o princípio do contraditório.

Contudo, a questão que se coloca consiste em saber qual a consequência jurídico-processual da referida omissão.

Defende o recorrente que a violação do princípio do contraditório determina a nulidade do despacho recorrido, nos termos do art.º 119.º al. c) do C.P.P., equiparando a ausência de contraditório à omissão de audição presencial do arguido.

Vejamos:

(...), importa proceder à qualificação da omissão atrás referida, de forma a determinar a respetiva consequência jurídica, na medida em que o sistema legal português não se limita a decretar a invalidade e ineficácia de todo o ato desconforme ao modelo estabelecido em abstrato.

Exigências de economia processual impõem que a lei não considere todas as imperfeições sob o mesmo plano e antes gradue os efeitos dos vícios em razão da sua gravidade: (...)

Assim, de acordo com o disposto no artigo 118.º do C.P.P., que consagra o princípio da legalidade dos atos processuais, “A violação ou a inobservância da lei do processo penal só determina a nulidade do ato quando esta for expressamente cominada na lei”.

Ora, o vício decorrente daquela omissão de observância do contraditório não vem previsto na lei como nulidade, nem insanável, nem dependente de arguição.

Na verdade, pese embora a qualificação atribuída pelo recorrente, é manifesto que a omissão em causa não se enquadra nas nulidades absolutas ou insanáveis, a que alude o artigo 119.º do C.P.P.

Sabido que a violação ou inobservância das disposições da lei do processo penal só determina a nulidade do ato quando for expressamente cominada na lei, sendo que nos casos em que não cominar a nulidade, o ato ilegal é meramente irregular, não há dúvidas que estamos perante uma irregularidade – artigo 118.º, nºs 1 e 2, do Código Processo Penal.

Ora, dispõe o artigo 123.º, nº 1, do C.P.Penal que as irregularidades só determinam a invalidade dos atos quando tiverem sido arguidas pelos interessados no próprio ato ou, se a este não tiverem assistido, nos três dias seguintes a contar daquele em que tiverem sido notificadas para qualquer termo do processo ou intervindo em algum ato nele praticado. Se não forem arguidas nos termos referidos, o ato produzirá todos os efeitos jurídicos como se fosse perfeito.

(...) Como se escreveu no Ac. desta Relação de 27.05.2009, “não se tratando de questão de conhecimento oficioso (...), o seu conhecimento não competiria a esse tribunal sem que, previamente, houvesse sido suscitada na 1ª instância. (...) Assim, se os recorrentes pretendiam que fosse corrigido o procedimento adotado e fazer valer o direito de contraditório que lhes assistia, tinam de arguir primeiramente o vício perante o tribunal onde ele foi cometido e só depois, caso a decisão eu viesse a ser proferida lhes fosse desfavorável, interpor o competente recurso, só então estando reunidas as condições para que este tribunal apreciasse a questão.”

(...) Não estando a apontada irregularidade coberta por despacho judicial, não pode este Tribunal dela conhecer (...).

Conclui-se assim que a referida irregularidade se tem como sanada, improcedendo este fundamento do recurso.»

O percurso argumentativo assumido na decisão *a quo* pode resumir-se do seguinte modo:

Considerando que a decisão de revogação da suspensão da execução da pena de prisão configura uma alteração da sentença condenatória esta deve, em regra, por conseguinte, ser obrigatoriamente precedida da audição do condenado sob pena de nulidade insanável, nos termos do artigo 119.º, alínea *c)*, do CPP. Partindo desde ponto, o acórdão começa por afirmar que uma vez que a decisão de revogação da suspensão da pena foi proferida sem ter sido concedida ao visado oportunidade para se pronunciar, houve violação do princípio do contraditório. Todavia, de seguida, conclui que, no caso, a omissão da audição do condenado não configurava uma nulidade insanável por estar em causa a revogação de uma prisão suspensa sem a imposição de quaisquer condições, situação em que a audição prévia do condenado não tem de ser pessoal e presencial. Em conformidade com este entendimento, o tribunal *a quo* concluiu que a consequência jurídico-processual da referida omissão é a mera irregularidade e, como tal, tem de ser arguida, sem o que se considera definitivamente sanada.

9. Decorre do exposto que o segmento normativo atinente ao modo de cumprimento da audição do condenado – designadamente com dispensa da audição pessoal e presencial – não constitui fundamento autónomo da decisão, *i.e.*, não integra por si só a *ratio decidendi* do acórdão recorrido na parte relevante para efeitos do presente recurso. Antes constitui um elemento intermédio (ainda que fundamental) do percurso argumentativo desenvolvido como fundamento do decidido. Com efeito, foi por entender que não é necessária a audição pessoal e presencial do condenado para ser proferida decisão de revogação da prisão suspensa sem a imposição de quaisquer condições que a decisão recorrida concluiu que a violação do princípio do contraditório verificada – e que consistiu na prolação de decisão de revogação da suspensão da pena sem ter sido concedida ao visado oportunidade para se pronunciar –, era cominada com mera irregularidade e, nessa medida, se encontrava já sanada por não ter sido arguida perante o tribunal recorrido. O segmento normativo atinente ao modo de cumprimento da audição do condenado – com dispensa da audição pessoal e presencial do condenado – representa, assim, pressuposto da degradação de nulidade insanável para mera irregularidade do vício consistente na omissão do estabelecimento do contraditório na decisão de revogação da suspensão da pena de prisão.

Sendo o presente recurso de fiscalização concreta de constitucionalidade interposto ao abrigo da alínea *b)* do n.º 1 do artigo 70.º da LTC (e da alínea *b)* do n.º 1 do artigo 280.º da Constituição) o respetivo objeto apenas pode traduzir-se numa questão de (in)constitucionalidade da(s) norma(s) arguida(s) pelo recorrente de que a decisão recorrida haja feito efetiva aplicação ou que tenha constituído o fundamento normativo do aí decidido. Esta é uma decorrência do caráter instrumental do recurso de constitucionalidade em relação à decisão da causa, traduzida no facto de o recurso visar sempre a satisfação de um interesse concreto, não podendo, pois, traduzir-se na resolução de simples questões académicas.

Diante do exposto, justifica-se clarificar o enunciado normativo a sindicar, delimitando o objeto do presente recurso em função da dimensão normativa arguida e efetivamente aplicada pela decisão recorrida por referência à norma interpretativamente extraída do artigo 495.º, n.º 2, e do artigo 119.º, ambos do CPP, que permite a revogação da suspensão da pena de prisão não sujeita a condições ou acompanhada de regime de prova, com dispensa de audição presencial do arguido/condenado e sem que lhe tenha sido previamente dada a oportunidade de sobre a mesma se pronunciar, por esta preterição redundar em mera irregularidade.

b) Do mérito

10. A questão de constitucionalidade que se oferece ao Tribunal Constitucional incide, assim, sobre a compatibilidade com as garantias do processo criminal consagradas no artigo 32.º, n.ºs 1 e 5, da

Constituição, da norma interpretativamente extraída do artigo 495.º, n.º 2, e do artigo 119.º, ambos do CPP, que permite a revogação da suspensão da pena de prisão não sujeita a condições ou acompanhada de regime de prova, com dispensa de audiência presencial do arguido/condenado e sem lhe tenha sido previamente dada a oportunidade de sobre a mesma se pronunciar, por esta preterição redundar em mera irregularidade.

Na tese do recorrente, esta interpretação do artigo 495.º, n.º 2, e do artigo 119.º, ambos do CPP, enferma de inconstitucionalidade material, essencialmente por violação dos direitos de defesa e audiência do arguido consagrados nos n.ºs 1 e 6 do artigo 32.º da Constituição e, bem assim, dos princípios da estrutura acusatória do processo penal e do direito ao contraditório consagrados no n.º 5 do referido preceito constitucional, conjugados com o artigo 6.º, n.º 1, e n.º 3, alínea c), da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

11. Começamos por analisar a compatibilidade da referida dimensão normativa com a garantia dos direitos de defesa do arguido e com o direito ao contraditório.

A Constituição, sob o signo da proteção da dignidade da pessoa humana (artigo 2.º), impõe que o Direito Processual Penal da República Portuguesa trate os arguidos como sujeitos e não como objetos do processo, assegurando «todas as garantias de defesa, incluindo o recurso» (artigo 32.º, n.º 1, da Constituição). Trata-se de uma fórmula que, na sua completude, serve dois propósitos na nossa ordem constitucional. Desde logo, contém a génese dos restantes direitos e garantias constantes dos números seguintes desse preceito. Efetivamente, como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira (cf., Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, 4.ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007, pág. 516), «todas as normas restantes deste artigo, que todas elas são, em última análise, garantias de defesa». Mas, para além disso, é possível extrair do artigo 32.º, n.º 1, da Constituição uma proteção global a todas as posições jurídicas de garantia de defesa, mesmo que não explicitamente consagradas na Constituição. Nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira (já citados) «este preceito introdutório serve também de cláusula geral englobadora de todas as garantias que, embora não explicitadas nos números seguintes, hajam de decorrer do princípio da proteção global e completa dos direitos de defesa do arguido em processo criminal. Em “todas as garantias de defesa” engloba indubitavelmente todos os direitos e instrumentos necessários e adequados para o arguido defender a sua posição e contrariar a acusação.».

O Tribunal Constitucional já se pronunciou diversas vezes sobre o âmbito deste preceito. Assim, e entre muitos outros, no Acórdão n.º 61/88, da 2.ª Secção, podemos encontrar uma síntese do conteúdo genérico do direito de defesa do arguido aí consagrado (ponto 8, alínea a), do Acórdão, reiterado pelo Acórdão n.º 487/2018, da 2.ª Secção, ponto 15):

«No artigo 32.º, n.º 1, da Constituição dispõe-se que “o processo criminal assegurará todas as garantias de defesa”. Esta cláusula constitucional apresenta-se com um cunho “reassuntivo” e “residual” - relativamente às concretizações que já recebe nos números seguintes desse mesmo artigo - e, na sua “abertura”, acaba por revestir-se, também ela, de um carácter acentuadamente “programático”. Mas, na medida em que se apela para um núcleo essencial deste, não deixa a mesma cláusula constitucional de conter “um eminente conteúdo normativo imediato a que se pode recorrer diretamente, em caso limite, para inconstitucionalizar certos preceitos da lei ordinária” (cf. Figueiredo Dias, A Revisão Constitucional, o Processo Penal e os Tribunais, p. 51, e o Acórdão n.º 164 da Comissão Constitucional, Apêndice ao Diário da República, de 31 de dezembro de 1979).»

Entre os direitos de defesa que o processo criminal deve assegurar, nos termos do artigo 32.º, n.º 1, da Constituição, conta-se «o direito do arguido “a ser ouvido”», enquanto direito a dispor de oportunidade processual efetiva de discutir e tomar posição sobre quaisquer decisões que o afetem. O princípio do contraditório está também expressamente consagrado no artigo 32.º, n.º 5, da Constituição. Trata-se de um direito que integra o «núcleo principiológico estruturante do processo

penal inserido na Constituição, vinculativo de todo o procedimento de atuação jurisdicional para assegurar a concretização dos direitos fundamentais, [que] assenta num modelo de estrutura acusatória integrado pelo princípio da investigação baseado numa ideia de participação constitutiva dos sujeitos processuais na definição do direito a aplicar ao caso concreto, assumindo particular relevo o “contraditório como valor permanente do processo”» (Cfr. José Manuel Damião da Cunha, O Caso Julgado Parcial, Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção num Processo de Estrutura Acusatória, UCP, 2002, pp. 281 a 290).

Como o Tribunal Constitucional sintetizou no Acórdão n.º 372/2000, da 3.ª Secção, ponto 8.1., depois de recordar o entendimento da jurisprudência constitucional, que remonta ao Parecer n.º 18/81 da Comissão Constitucional (Pareceres da Comissão Constitucional, 16.º vol., disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/bibliotecacc.html>) e reiterada, entre outros, pelos Acórdãos n.ºs 434/87, da 2.ª Secção, ponto 4, e 172/92, da 2.ª Secção, ponto 9, o conteúdo essencial do princípio do contraditório 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 efetiva possibilidade ao sujeito processual contra o qual é dirigida de a discutir, de a contestar e de a valorar», e de que a extensão processual desse princípio abarca a audiência de julgamento e «os atos instrutórios que a lei determina».

Sendo assim, e uma vez que a revogação da suspensão da execução da pena assenta necessariamente na conclusão de que a condenação por outro crime no período da suspensão invalida o juízo de prognose favorável anteriormente formulado (art. 56.º, n.º1, al. b), do Código Penal), proferir uma tal decisão sem o prévio estabelecimento do contraditório seria admitir um juízo desfavorável ao arguido condenado sem qualquer aporte das suas razões para a poder infirmar. Ora, tal não é de aceitar à luz do princípio constitucionalmente garantido do contraditório. Mesmo que os autos forneçam toda a informação relevante para decidir sobre revogação da suspensão da execução da pena de prisão imposta ao condenado, ainda assim não pode ser dispensada a audição do arguido para este efeito. Trata-se de assegurar que o condenado apresente perante o juiz as suas “razões” e contradiga os elementos de prova ou simplesmente os argumentos ou dados de facto trazidos ao processo que afetem a sua posição.

Não podem, assim, subsistir dúvidas de que o princípio do contraditório, constitucionalmente tutelado, no artigo 32.º, n.º 1 e 5, da Constituição da República Portuguesa, se aplica à decisão de revogação da suspensão da execução da pena de prisão, independentemente de esta ser ou não condicionada ao cumprimento de determinadas obrigações.

12. Coisa diferente é saber se o contraditório tem de ser observado de determinada forma, designadamente através de audiência pessoal do condenado.

Não decorre do artigo 32.º, n.º 1, da Constituição que o exercício do contraditório tenha de contar, necessariamente, com a audição presencial do arguido condenado. O contraditório pode ser exercido através do defensor, a quem deve ser dada a oportunidade de, em momento prévio ao despacho de revogação, se pronunciar quanto à promoção do Ministério Público.

Como notado por Henriques Gaspar (Código de Processo Penal Comentado, Almedina, 2014, p. 212): «O direito do arguido a ser ouvido significa direito a pronunciar-se antes de ser tomada uma decisão que direta e pessoalmente o afete; não tem de consistir sempre numa audição ou audiência pessoal e oral; a possibilidade de se pronunciar por escrito através de intervenção processual do defensor satisfaz, por regra, o direito a ser ouvido para exercer o contraditório.»

Tal não significa que seja indiferente que o arguido esteja presente no ato processual em causa, nomeadamente para efeito da concretização do princípio do contraditório, em especial quando esteja em causa a afetação dos seus direitos. A presença do arguido em audiência permite a sua identificação e audição direta pelo juiz, garantindo que este tem a possibilidade de apresentar, se entender, em tribunal, as razões e motivações das suas ações e omissões. É em concretização deste princípio que o Código Processo Penal prevê, no artigo 61.º, n.º 1, alíneas a) e g), que o arguido goza, em especial, em qualquer fase do processo e, salvas as exceções da lei, do direito de estar presente aos atos processuais que

diretamente lhe disserem respeito e do direito de intervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo as diligências que se lhe afigurarem necessárias.

13. Analisemos agora o processo objeto de recurso.

No caso dos autos, não só o arguido não foi notificado da promoção do Ministério Público tendente à revogação da suspensão da pena da prisão, como se entendeu que aquela omissão configurava uma mera irregularidade, que por não ter sido suscitada no prazo legal, se teve por sanada (cfr. pp. 11 a 15 da decisão recorrida, fls. 351 a 355 dos autos). Assim, a violação do princípio do contraditório enquanto garantia geral de defesa decorre da *ratio decidendi* do tribunal *a quo* à luz do disposto no artigo 119.º, alínea *c*), do CPP, enquanto pressuposto da classificação como mera irregularidade do vício de omissão do estabelecimento do contraditório, que efetivamente foi assumido como verificado pelo tribunal *a quo*, e da dispensa de audiência presencial do condenado. Verificando que o arguido nem sequer fora notificado da promoção do Ministério Público tendente à revogação da suspensão da pena da prisão, foi por considerar que a sua audiência não tinha de ser presencial que o tribunal *a quo* considerou sanado o vício (que classificou como mera irregularidade) uma vez que não fora arguido no prazo legal, nos termos previstos no artigo 118.º, n.ºs 1 e 2, e 123.º, n.º 1, do CPP (cfr. pp. 11 a 15 da decisão recorrida, fls. 351 a 355 dos autos).

Desta forma, a omissão do contraditório na decisão de revogação da suspensão da pena não sujeita a qualquer obrigação degradou-se de nulidade insanável (com que é sancionada no caso de suspensão da pena de prisão sujeita a obrigações) em mera irregularidade sanável se não for arguida no prazo legal perante o tribunal que profere a decisão. No caso, esta relativização da importância de o arguido estar presente num ato processual em que está em causa a sua potencial privação de liberdade, conduziu à total omissão do contraditório na revogação da suspensão da pena de prisão.

A questão que importa resolver reconduz-se assim a saber se a Constituição não impõe a consagração de uma solução mais grave do que a mera irregularidade para a violação do direito em causa – especificamente, o direito ao exercício do contraditório na decisão de revogação da suspensão da pena de prisão não sujeita a condições.

14. Esta via interpretativa, que degrada a violação do direito fundamental ao exercício do contraditório, no âmbito deste caso, numa mera irregularidade, é problemática à luz da Constituição. Efetivamente, é essa fundamentação que permitiu, neste caso, a falta de reação da ordem jurídica portuguesa à revogação da suspensão da pena de prisão sem que tenha sido previamente dada a oportunidade ao arguido/condenado de sobre a mesma se pronunciar.

Constituindo o direito ao contraditório uma das dimensões das garantias de defesa constitucionalmente garantidas (artigo 32.º, n.º 1), determinar qual o tipo de vício que caracteriza a sua violação implica analisar a intensidade de proteção normativa que a Constituição lhe confere.

O n.º 5 do artigo 32.º da Constituição, assumindo que o princípio do contraditório constitui um princípio estruturante do processo penal de estrutura acusatória, estabelece que a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar estão subordinados ao princípio do contraditório. Assim, por imposição constitucional, na audiência de julgamento o contraditório não contempla qualquer restrição. Porém, a Constituição remete para a lei ordinária a definição da amplitude do contraditório a vigorar nas demais fases do processo. Desta forma, só na audiência de julgamento o princípio atinge a amplitude máxima, sendo diretamente aplicável sem necessidade de conformação pelo legislador ordinário. Fora da fase de julgamento, diante da liberdade de que dispõe para conformar o contraditório o legislador ordinário pode também definir a sanção para a sua violação.

A definição das formas de erradicação dos efeitos vícios não pode, porém, deixar de corresponder à sua gravidade e às necessidades de eficácia do processo penal. Como elucidativamente foi sintetizado por João Conde Correia (*Contributo para a Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais Penais*, Coimbra Editora, 1999, pp. 193-194) «Nuns casos, de menor gravidade, os ideais de economia, certeza e segurança processual ganham preponderância de tal modo que o legislador tenderá a desenvolver

instrumentos de eliminação dos efeitos práticos ou jurídicos produzidos muito limitados. Na prática estes mecanismos acabam, muitas vezes, por permitir a recuperação do valor jurídico dos efeitos produzidos. (...) Noutros casos, de maior gravidade, os ideais de justiça processual impõem amplos mecanismos de destruição dos atos violadores dos direitos, liberdades e garantias individuais, de tal forma que estes, só com muita dificuldade, podem escapar. Aliás, em casos extremos, o poder destrutivo do instrumento utilizado é tão grande que nem sequer respeita os efeitos pacificadores do caso julgado. (...) Não basta indicar, por via geral ou especial, quais os atos que podem ser destruídos. É necessário definir qual o instrumento correspondente a cada um deles, por forma adequar a sua gravidade às potencialidades daquele. Aos vícios mais graves devem corresponder os mecanismos mais amplos e aos vícios mais leves os mecanismos mais restritivos. Se não fosse assim o legislador estaria a violar o princípio da proporcionalidade, criando um sistema injusto e desfasado da realidade. Quanto maior for a gravidade do vício maior deve ser a sanção processual utilizada e, em consequência, menor a probabilidade de sobrevivência do ato praticado».

Certo é que na determinação dos atos instrutórios que hão-de ficar subordinados ao princípio do contraditório o legislador «não pode esquecer que o arguido tem de ser sempre respeitado na sua dignidade de pessoa, o que implica ser tratado como *sujeito* do processo, e não como simples *objecto* da decisão judicial. Ou seja, tem sempre de ter presente que o processo criminal há-de ser *a due process of law, a fair process*, onde o arguido tenha efetiva possibilidade de ser ouvido e de se defender, em perfeita igualdade com o Ministério Público. É que, como adverte Eduardo Correia, [“Breves reflexões sobre a necessidade de reforma do Código de Processo Penal relativamente a réus presentes, ausentes e contumazes”] in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 114.º, p. 365, o princípio do contraditório se traduz “ao menos, num direito à defesa, num direito a ser ouvido”» (Acórdão n.º 434/87, da 2.ª Secção, ponto 4, reiterado no Acórdão n.º 339/2005, da 2.ª Secção, ponto 2.2.).

Na liberdade de conformação na caracterização do vício que consiste na omissão do contraditório fora da audiência de julgamento o legislador ordinário não está, pois, dispensado de respeitar os limites impostos pela operacionalidade do processo justo.

15. Como referido também no Acórdão n.º 61/88, da 2.ª Secção, ponto 8, alínea a), reiterado pelo Acórdão n.º 207/88, da 1.ª Secção, ponto 4, e pelo Acórdão n.º 487/2018, da 2.ª Secção, ponto 15:

«A ideia geral (...), em suma, por onde terão de aferir-se outras possíveis concretizações (judiciais) do princípio da defesa, para além das consignadas nos n.ºs 2 e seguintes do artigo 32.º - será a de que o processo criminal há de configurar-se como um *due process of law*, devendo considerar-se ilegítimas, por consequência, quer eventuais normas processuais, quer procedimentos aplicativos delas, que impliquem um encurtamento inadmissível, um prejuízo insuportável e injustificável das possibilidades de defesa do arguido (assim, basicamente, cfr. Acórdão n.º 337/86, deste Tribunal, [...]).»

Neste mesmo sentido, escreveu-se no Acórdão n.º 109/99, da 3.ª Secção:

«5.1. Este Tribunal tem sublinhado, em múltiplas ocasiões, que o processo penal de um Estado de Direito tem que ser um processo equitativo e leal (*a due process of law, a fair process, a fair trial*), no qual o Estado, quando faz valer o seu *ius puniendi*, atue com respeito pela pessoa do arguido (*maxime*, do seu direito de defesa), de molde, designadamente, a evitarem-se condenações injustas. A absolvição de um criminoso é preferível à condenação de um inocente. Tal como se escreveu no Acórdão n.º 434/87 (...), o processo penal, para além de assegurar ao Estado “a possibilidade de realizar o seu *ius puniendi*”, tem que oferecer aos cidadãos “as garantias necessárias para os proteger contra abusos que possam cometer-se no exercício desse poder punitivo, designadamente contra a possibilidade de uma sentença injusta”.

O processo penal, para – como hoje exige, *expressis verbis*, a Constituição (cf. artigo 20.º, n.º 4) – ser um processo equitativo, tem que assegurar todas as garantias de defesa, incluindo o recurso (cf. o artigo 32.º, n.º 1, da Lei Fundamental).»

Do mesmo modo, este Tribunal tem jurisprudência firmada sobre o direito de defesa em processo penal, quer na vertente do direito ao recurso, quer na vertente do direito a ser assistido por defensor, enquanto manifestações concretas da cláusula geral consagrada no referido artigo 32.º, n.º 1. A esse respeito, escreveu-se o seguinte, no Acórdão n.º 314/2007, da 2.ª Secção, na fundamentação:

«O direito de defesa do arguido em processo penal, constitucionalmente proclamado, é uma cláusula geral que inclui não só todas as garantias explicitadas nos diversos números do artigo 32.º da C.R.P., mas também todas as demais que decorram da necessidade de efetiva defesa do arguido.

Este preceito deve ser interpretado à luz do denominado processo penal equitativo e leal, no qual o Estado, ao fazer valer o seu *jus puniendi*, deve atuar com respeito pela pessoa do arguido, considerando-o um sujeito processual a quem devem ser asseguradas todas as possibilidades de contrariar a acusação, de ser julgado por um tribunal independente e do processo decorrer com lealdade de procedimentos, considerando-se ilegítimas quaisquer disposições, ou suas interpretações, que impliquem uma diminuição inadmissível das possibilidades de defesa do arguido.»

Decorre, assim, da jurisprudência do Tribunal Constitucional, a visão de que a garantia de um processo justo e equitativo se aplica plenamente no domínio penal, com especial cuidado com a salvaguarda dos direitos de defesa do arguido, nomeadamente no que diz respeito à possibilidade de este apresentar uma argumentação contrária face à perspetiva de uma decisão que afete os seus direitos fundamentais.

16. A obrigação de que o processo criminal da República Portuguesa deva ser um processo justo resulta igualmente da sua vinculação à Convenção Europeia dos Direitos Humanos. O seu artigo 6.º, n.º 1, estabelece essa regra, que se aplica a casos criminais e civis, de onde decorre que cada parte tenha uma oportunidade razoável de apresentar o seu caso em condições que não o coloquem em desvantagem em relação ao seu oponente (Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos [TEDH] *Öcalan v. Turquia*, em Tribunal Pleno, Petição n.º 46221/99, § 140; *Foucher v. França*, Petição n.º 22209/93, § 34; *Bulut v. Áustria*, Petição n.º 17358/90, § 47; *Faig Mammadov v. Azerbaijão*, Petição n.º 60802/09, § 19). Trata-se de uma lógica de igualdade de armas que está intimamente relacionada com o direito ao exercício do contraditório e, em alguns casos, o TEDH analisa a existência de uma violação do artigo 6.º, n.º 1, analisando os dois conceitos em conjunto.

O artigo 6.º da CEDH, lido como um todo, garante o direito do arguido a participar efetivamente no processo criminal (Acórdão do TEDH *Murtažalijeva v. Rússia*, em Tribunal Pleno, Petição n.º 36658/05, § 91). Em geral, isto inclui, *inter alia*, não só o seu direito de estar presente, mas também o de ouvir e acompanhar o processo. Tais direitos estão implícitos na própria noção de procedimento contraditório e podem também derivar das garantias contidas nas alíneas c), d) e e) do n.º 3 do artigo 6.º (Acórdão do TEDH *Stanford v. Reino Unido*, Petição n.º 16757/90, § 26). Nos processos penais o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH sobrepõe-se às garantias específicas do seu n.º 3, embora não se limite aos direitos aí estabelecidos. De facto, as garantias contidas no artigo 6.º, n.º 3, são elementos constitutivos, entre outros, do conceito de um processo justo estabelecido no n.º 1 (Acórdão do TEDH *Ibrahim e Outros v. Reino Unido*, em Tribunal Pleno, Petições n.º 50541/08, 50571/08, 50573/08 e 40351/09, § 251). O Tribunal tratou das questões da igualdade de armas e do princípio do contraditório em diversas situações, muitas vezes sobrepondo-se aos direitos de defesa previstos no artigo 6.º, n.º 3, da Convenção.

O direito ao contraditório significa, em princípio, a oportunidade de as partes terem conhecimento e comentarem todas as provas aduzidas ou observações apresentadas com vista a influenciar a decisão do tribunal (Acórdão do TEDH *Brandstetter v. Áustria*, Petições n.º 11170/84, 12876/87 e 13468/87, § 67). Qualquer pessoa sujeita a uma acusação criminal deve ser protegida pelo direito de defesa estabelecido no artigo 6.º, n.º 1, alínea c), em todas as fases do processo (Acórdão do TEDH *Imbrioscia v. Suíça*, Petição n.º 13972/88, § 37).

Como sublinhado por António Henriques Gaspar (“Princípios do processo penal português e a Convenção” in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, vol. II, ponto 5):

«O princípio do contraditório enquadra, no conteúdo fundamental, o direito de audiência (*audiatur et altera pars*), no sentido de ouvir tanto a acusação como a defesa os sujeitos processuais devem ser ouvidos antes de ser tomada qualquer decisão que pessoalmente os afete, e têm o direito de interrogar e contra-interrogar as testemunhas e de contestar um meio de prova apresentado.

O contraditório constitui um elemento essencial (ou um subprincípio) do princípio do processo equitativo; o contraditório é, por isso, diretamente assumido na CEDH como garantia central do processo penal.

Na jurisprudência do TEDH, a noção de contraditório significa que as partes devem poder conhecer – e ter conhecimento – de todas as posições processuais ou observações (requerimentos; petições; pareceres; alegações) apresentadas por outros sujeitos processuais e terem a possibilidade de as discutir antes da decisão do juiz aplicando-se qualquer que seja a natureza do processo e em todas as fases do processo.

(...) O respeito pelo contraditório e pela igualdade de armas (a distinção entre contraditório e igualdade de armas nem sempre é clara), bem como da integridade da defesa, pressupõe um justo equilíbrio entre os interesses contraditórios da investigação e da defesa, nomeadamente o acesso aos elementos do processo necessários à defesa do direito à liberdade.»

Decorre, pois, da CEDH, uma ligação intrínseca entre as obrigações de um processo justo com a garantia de o arguido ter oportunidade efetiva de se defender e de exercer o contraditório, no âmbito do processo criminal.

17. Será, portanto, necessariamente à luz das exigências de um processo penal justo e equitativo que assegura o equilíbrio entre o interesse público da realização da justiça penal e da viabilização da pretensão punitiva do Estado e os direitos fundamentais dos cidadãos, mormente o direito de liberdade, que cumprirá encontrar a resposta para a questão de constitucionalidade que nos ocupa. O julgamento sobre a suficiência da norma em apreciação para assegurar a operacionalidade devida a um processo penal justo e equitativo deve ter presente que a razão que fundamenta o regime aplicável à invalidade dos atos processuais penais reside precisamente nesse equilíbrio.

Ora, na análise a empreender nesse contexto sobressai, desde logo, uma razão de similitude entre a decisão de revogação da suspensão da pena de prisão e a sentença penal condenatória a implicar grau de exigência idêntico no estabelecimento do contraditório ao nível do iter decisório e dos objetivos que são prosseguidos.

Desde logo, porque a suspensão da execução da pena de prisão tem a natureza de uma pena de substituição. Constituindo mesmo «entre nós *a mais importante* das penas de substituição», é uma verdadeira pena autónoma (Figueiredo Dias, in *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas, Editorial Notícias, 1993, §494 e §508). Como salienta André Lamas Leite, (*As penas de substituição e figuras afins*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 30, n.º 2, maio-agosto 2020, separata, p. 331) «as penas substitutivas surgem logo determinadas na decisão judicial e são de aplicação imediata, apenas sendo revogadas aberto um incidente processual de incumprimento».

A circunstância de poder vir a ser revogada não altera a sua natureza. Efetivamente, «a suspensão da execução da pena de prisão pode ser revogada, como prevê o artigo 56.º do CP, mas tal eventualidade não lhe retira a natureza de pena de substituição, de pena “não privativa da liberdade”, como, de resto, a qualifica o CPP ao integrar no título III do seu livro X, sob a epígrafe “Da execução das penas não privativas da liberdade”, a execução da pena suspensa. As vicissitudes da execução de

uma pena não alteram a sua natureza» (sumário do Acórdão do Supremo Tribunal de 13 de Janeiro de 2010, Proc. n.º 2569/01.3TBGMR-D.G1.S1).

Ao determinar a execução da pena efetiva de prisão, o despacho decisório modifica a estrutura exequível da pena, transformando a pena autónoma de suspensão, em pena concreta ou efetiva, de prisão. Esta transformação representa uma modificação *in pejus* da pena substitutiva, não detentiva, aplicada na sentença. Por conseguinte o despacho decisório que revoga a pena substitutiva de suspensão da execução da pena de prisão, ao aplicar, por sua vez, a pena efetiva de prisão, equivale, em termos práticos e de relevância jurídica, à determinação de uma sentença.

Não se trata, portanto, nem tal seria admissível, de um efeito automático da prática criminosa. A segunda condenação só será possível, válida e eficaz, mediante uma posterior e específica decisão judicial, autónoma, sobre a (in)validade e (in)eficácia da primeira.

Assim sendo, a degradação para mera irregularidade (portanto sanável) da sanção para a falta de contraditório na revogação da suspensão da pena excede em muito a diferença que separa este ato da condenação proferida na audiência de julgamento ao nível do íter decisório e relevo que no mesmo deve ter o estabelecimento do contraditório.

18. Na tese do Ministério Público, a situação dos autos não se reporta a um arguido em fase de julgamento (a que se aplicaria o n.º 1 do artigo 32.º da Constituição), antes a uma situação de processo penal findo pela condenação, em fase da execução da pena de prisão que foi imposta, uma vez desaparecida a condição que determinou a sua suspensão. O n.º 5 do artigo 32.º da Constituição reporta-se à estrutura acusatória do processo criminal, referindo na sua letra a audiência de julgamento e a prática de atos instrutórios, pelo que também não teria aplicação no caso dos presentes autos.

Um tal entendimento parece, porém, ignorar aspetos essenciais da diferenciação entre penas substitutivas e incidentes de execução da pena, desde logo, o momento no íter decisório e na fase do processo penal em que ambas as decisões surgem, bem como os diferentes objetivos que são prosseguidos.

O incidente de execução desenrola-se na dependência de uma sanção principal ou acessória, já em fase pós-sentencial. O objetivo é resolver problemas que surgem nessa fase, determinados pelo inadimplemento do condenado de obrigações que a pena principal ou acessória lhe impunha, havendo necessidade de modificar algo nos exatos termos em que a sanção foi judicialmente determinada. Pode também dar-se o caso de se impor modificar o modo de cumprimento da pena, por exemplo no que respeita ao catálogo das obrigações a respeitar, designadamente na liberdade condicional concedida, à luz de finalidades preventivas.

Diferentemente, as penas de substituição, aplicadas e executadas em vez de uma pena principal, integram, desde logo, o momento da escolha da sanção penal a aplicar, constituindo uma categoria autónoma de penas com uma intencionalidade político-criminal específica. Por conseguinte, a decisão sobre a eventual revogação da suspensão da execução da pena (e de aplicação da pena efetiva) não pode deixar de assegurar todas as garantias de defesa (artigo 32.º, n.º 1, da Constituição), de forma em tudo semelhante ao restante íter processual penal, não havendo razão válida para que seja negada ao condenado a tutela jus-fundamental decorrente do artigo 32.º.

Na verdade, o artigo 32.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa determina que o processo criminal assegura *todas* as garantias de defesa, incluindo o recurso. Ora, «Em “todas as garantias de defesa” englobam-se indubitavelmente todos os direitos e instrumentos necessários e adequados para o arguido defender a sua posição (...). Este preceito pode, portanto, ser fonte autónoma de garantias de defesa» (J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, 2007, p. 516).

A menção expressa feita no n.º 5 do artigo 32.º da Constituição à audiência de discussão e julgamento não deve, pois, ser interpretada como limitando a aplicação do contraditório àquele ato processual. O princípio do contraditório tem uma dimensão de garantia essencial da defesa (artigo 32.º, n.º 1, da Constituição) e por isso não pode deixar de abranger todos os atos suscetíveis de afetar a posição do arguido no processo. Sendo o contraditório um valor a preservar ao longo de todo o processo acusatório, a sua inobservância afeta de forma indelével o processo justo. Acresce que, como decorre do acima exposto, o despacho decisório que revoga a pena substitutiva de suspensão da execução da pena de prisão, ao aplicar, por sua vez, a pena efetiva de prisão, equivale, em termos práticos e de relevância jurídica, à determinação de uma sentença.

19. É a esta luz que se deve aferir se a norma que aplica uma sanção de mera irregularidade à preterição do contraditório antes da revogação da pena substitutiva de suspensão da execução da pena de prisão, e consequente aplicação de pena efetiva de prisão viola a necessária proporcionalidade entre vício e sanção processual. Efetivamente, não se pode esquecer que a discricionariedade do legislador conhece como limite a regra de que quanto maior for a gravidade do vício maior deve ser a sanção processual utilizada e, em consequência, menor a probabilidade de sobrevivência do ato praticado.

Ora, analisando o vício em presença, consistindo na preterição do ato obrigatório da audiência prévia do arguido, pode-se concluir que este se traduz numa omissão que é facilmente detetável, sendo apreensível por qualquer pessoa sem exigir especiais conhecimentos, designadamente jurídicos. Nem sequer exige a análise do processo. Nessa medida, a sua identificação não constitui ónus excessivo para o cidadão comum.

Este conjunto de considerações já conduziu o Tribunal a um juízo de não inconstitucionalidade na apreciação de normas que, sendo embora distintas daquela que aqui cumpre julgar, apresentam ainda com ela alguns pontos de afinidade por estar em causa saber se é suficiente, em termos de exigências constitucionais, a qualificação como irregularidade do vício de falta de contraditório. No Acórdão n.º 105/2018, da 1.ª Secção, o Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre a conformidade constitucional da «interpretação extraída da conjugação dos artigos 118.º, n.º 1 e 2, 123.º, n.º 1, e 215.º, n.º 3 e 4, todos do Código de Processo Penal (CPP), conducente ao sentido de que constitui mera irregularidade a não audiência do arguido sobre o requerimento do Ministério Público tendente à declaração da especial complexidade do procedimento, em momento prévio à prolação do despacho judicial que defira esse requerimento, procedendo a tal declaração». Tratava-se, então, de saber «se a solução normativa, preconizada no critério sob sindicância, se encontra compreendida no âmbito da liberdade de conformação do legislador infraconstitucional» o que se reconduz, «no fundo, à averiguação sobre se a modalidade e intensidade da violação do direito em causa – especificamente, o direito ao exercício do contraditório – vincula, constitucionalmente, à consagração de uma solução mais grave – no âmbito dos vícios de incumprimento das disposições legais – do que a irregularidade» (ponto 7 do Acórdão). Para aquilatar da referida suficiência, relevou a circunstância de o vício em causa – a preterição do ato obrigatório de audiência prévia do arguido – ser facilmente detetável e a sua invocação não exigir uma especial análise do processo, pelo que o regime legal convocável por via da sua qualificação como irregularidade não se traduz num ónus excessivo ou desproporcionado, impendente sobre o arguido prejudicado pelo vício. Encontrando-se a reposição da legalidade relativamente ao cumprimento efetivo da formalidade de audiência prevista no artigo 215.º, n.º 4, do CPP, apenas dependente da arguição do respetivo vício pelo arguido, nos termos plasmados no artigo 123.º, n.º 1, do referido diploma, e encontrando-se o mesmo assistido por defensor, não se vislumbrou que esse condicionamento extravase o âmbito de conformação confiado ao legislador. Considerou-se legítimo que este opte por não colocar todos os vícios no mesmo plano, «gradua[ndo] os seus efeitos de acordo com a respetiva gravidade», como pode ler-se no Acórdão n.º 429/95, da 1.ª Secção, ponto 10 (expressão posteriormente citada pelo Acórdão n.º 350/2006, 2.ª Secção, ponto 2.5, e pelo Acórdão n.º 105/2018,

da 1.ª Secção, ponto 7), tendo em conta a necessidade de equilíbrio entre a realização da pretensão punitiva do Estado e a tutela de direitos fundamentais dos arguidos.

A norma *sub judice* apresenta, todavia, uma dimensão particular, não só pelo momento processual em que incide, como essencialmente por ter uma incidência imediata na privação da liberdade do arguido condenado.

Desde logo, quanto ao momento do processo, será relevante considerar que na fase processual em que este incidente se desenvolve – já depois de ter sido proferida a sentença – o condenado pode não contar já com o aconselhamento do defensor que o assistiu no processo, designadamente na fase de julgamento, perdendo-se a relação de confiança relevante a uma pronta defesa.

Além disso, a norma em análise incide sobre uma decisão que determina a privação da liberdade. Esta diferença é especialmente relevante porque a resposta à questão sobre a suficiência, em termos de exigências constitucionais, da classificação do vício em causa como um vício sanável, reside, em última análise, na verificação sobre se se mostra respeitado o equilíbrio constitucionalmente imposto entre os valores constitucionais em presença (no caso, de um lado o interesse público na ação penal e, do lado contrário, o exercício do direito de defesa, em especial quando está em causa a defesa da liberdade).

Ora, como o Tribunal também já afirmou, «se o direito de audição tem uma extensão geral a todos os atos suscetíveis de afetar a posição do arguido (...), a sua efetivação é constitucionalmente exigível de forma particularmente intensa quando estão em causa decisões judiciais que, de forma direta (imediata ou não), têm como resultado a privação de liberdade daquele sujeito» (ponto 10 do Acórdão n.º 555/2008, 2.ª Secção). Assim, nas situações como a do presente processo, a força normativa da Constituição e das garantias que ela dá no âmbito do processo criminal impõe-se com especial acuidade.

Ao permitir que o arguido seja privado da efetiva possibilidade de ser ouvido e de se defender, em perfeita igualdade com o Ministério Público, num momento prévio à decisão de revogação da suspensão da prisão não sujeita a condições, a norma que considera ser sanável a omissão da audição do arguido condenado afeta necessariamente o núcleo essencial do princípio do contraditório, tal como vem sendo definido pela jurisprudência do Tribunal Constitucional. Efetivamente, dessa forma deixa de ser garantido ao arguido ou ao seu defensor o direito de, num momento prévio à decisão de revogação da suspensão da pena de prisão, se pronunciar e contraditar os dados de facto constantes dos autos que interpelam a uma reponderação do juízo de prognose favorável que anteriormente foi feita. Na verdade, um tal juízo assenta necessariamente também em dados pessoais do arguido que ele, melhor do que ninguém, pode confirmar ou infirmar, desde que esteja na disponibilidade de o fazer, em sua defesa. Neste ponto joga-se também a diferença entre o tratamento processual do arguido como sujeito ou mero objeto do processo penal.

Acresce que à omissão do contraditório não se contrapõe nenhum interesse que justifique o sacrifício daquele direito fundamental de defesa, não estando em causa nenhum imperativo de celeridade nem se mostrando especialmente comprometida a pretensão punitiva do Estado num processo que – recorde-se - já atingiu a condenação. O reajustamento da pena à conduta posterior à condenação, não sendo indiferente àquela pretensão, não deve ser alcançado à custa da participação constitutiva da defesa na redefinição do quadro factual e circunstancial que convoca a nova ponderação sobre a suficiência da simples ameaça da privação da liberdade.

Num tal contexto, a dignidade do bem jurídico (direito de defesa) tutelada pela Constituição (que na dimensão normativa aqui em análise, como acima se notou, se aproxima da aplicabilidade imediata decorrente do artigo 32.º, n.º 5, para a audiência) exige um nível de proteção legal vigoroso. Esse nível de proteção não pode deixar de implicar a consagração legal de um mecanismo destrutivo mais forte do que a sua cominação com um mero vício sanável na ausência de arguição pelo visado, impondo uma solução processual que impeça a sobrevivência do ato ferido pela omissão do contraditório. Tanto mais

por estar em causa uma decisão judicial que, de forma direta tem como resultado a privação de liberdade.

Ora, uma exigência forte de assegurar o exercício do direito de defesa através do necessário estabelecimento do contraditório não se compadece com sanção fraca para a sua omissão. Nesta medida, a norma em juízo não respeita o equilíbrio constitucionalmente imposto entre a realização da pretensão punitiva do Estado e a tutela de direitos fundamentais dos arguidos obstando à concretização, no âmbito do processo criminal, de um *due process of law, a fair process* (para utilizarmos as palavras do Acórdão n.º 434/87, da 2.ª Secção, ponto 4).

20. Conclui-se, assim, que a norma interpretativamente extraída do artigo 495.º, n.º 2, e do artigo 119.º, ambos do CPP no sentido em que permite a revogação da suspensão da pena de prisão não sujeita a condições ou acompanhada de regime de prova, com dispensa de audiência presencial do arguido/condenado e sem que lhe tenha sido previamente dada a oportunidade de sobre a mesma se pronunciar, por a mesma redundar em mera irregularidade, viola as garantias constitucionais de defesa, consagradas no artigo 32.º, n.º 1 e 5, da Constituição.

Por se ter concluído pela inconstitucionalidade da norma com esta base, revela-se desnecessário prosseguir a análise dos restantes parâmetros constitucionais e convencionais invocados no recurso.

III – Decisão

Termos em que se decide:

a) Julgar inconstitucional a norma interpretativamente extraída do artigo 495.º, n.º 2, e do artigo 119.º, ambos do CPP, que permite a revogação da suspensão da pena de prisão não sujeita a condições ou acompanhada de regime de prova, com dispensa de audiência presencial do arguido/condenado e sem que lhe tenha sido previamente dada a oportunidade de sobre a mesma se pronunciar, por esta preterição redundar em mera irregularidade; e, conseqüentemente,

b) Conceder provimento ao recurso.

Sem custas.

Lisboa, 8 de julho de 2021 - *Maria de Fátima Mata-Mouros - Pedro Machete - José João Abrantes - José Teles Pereira - João Pedro Caupers*

