

COLÓQUIOS

DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSO PENAL RECURSOS

Maio de 2022

Publicação das Intervenções



COLEÇÃO LIVROS DIGITAIS DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esta coleção tem como objetivo principal a publicação de todas as intervenções científicas proferidas no Ciclo de Colóquios do Supremo Tribunal de Justiça

Presidente do Supremo Tribunal de Justiça
Juiz Conselheiro Henrique Araújo

Chefe do Gabinete do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça
Juíza Desembargadora Gabriela Cunha Rodrigues

Ficha Técnica

Coordenação Científica

Juiz Conselheiro Nuno Gonçalves
Vice-Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

Produção Executiva

Juíza de Direito Sandra dos Reis Luís
Adjunta do Gabinete do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

Coordenação Executiva do Colóquio

Gabinete do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

Fotografia

Fernando Piçarra: págs. 5 e 7
Eduardo Pimenta: págs. 2, 4, 6, 17, 23, 45, 57 e 106

Grafismo, capa e contracapa

Ana Oliveira Pinto, Designer

Esta publicação não adopta o novo Acordo Ortográfico, deixando-se essa opção ao critério dos autores.

Edição Julho de 2023

ISBN
978-989-53058-5-8

Sempre que desejar voltar ao índice, clique



- 05** Henrique Araújo
Juiz Conselheiro, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça
- 07** Nuno A. Gonçalves
Vice-Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Coordenador Científico do Colóquio
- 08** A REVISTA PENAL EM REVISTA
Helena Morão
Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- 18** RECORRIBILIDADE PARA O SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA -
A impugnação da condenação em segunda instância
José António Barreiros
Advogado
- 24** A ALTERAÇÃO AO ARTIGO 400.º, N.º 1, AL. E), DO CPP PELA LEI N.º 94/2021,
DE 21 DE DEZEMBRO: recurso para o STJ de decisão de condenação pela
relação, em recurso, em caso de absolvição em 1.ª instância
José Luís Lopes da Mota
Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça
- 36** RECURSOS PENAIS PARA O STJ E PROCESSO CIVIL
Nuno Brandão
Professor, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- 46** A AUTONOMIA DOS RECURSOS EM PROCESSO PENAL/RECURSO DA
PARTE CÍVEL DA CONDENAÇÃO
(A revista excepcional e outros institutos do processo civil)
Jacob Simões
Advogado
- 52** A AUTONOMIA DOS RECURSOS EM PROCESSO PENAL
(a revista excecional e outros institutos do processo civil)
Helena Moniz
Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça
Professora Auxiliar, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- 70** RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE REVISÃO
Algumas especificidades de regime e de tramitação
José M. Damião da Cunha
Professor Catedrático, Universidade Católica Portuguesa
- 88** O Acórdão n.º 268/2022 do Tribunal Constitucional e o Código de Processo
Penal do eventual fundamento para revisão de sentença
José M. Damião da Cunha
Professor Catedrático, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
- 92** RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE REVISÃO EM PROCESSO PENAL
Germano Marques da Silva
Professor Catedrático, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa e Advogado
- 108** AS ESPECIFICIDADES DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
DE REVISÃO DE SENTENÇA PENAL
Orlando Gonçalves
Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça





Henrique Araújo

Juiz Conselheiro, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

O Supremo Tribunal de Justiça tem realizado várias conferências e colóquios sobre os mais variados temas ligados ao Direito e à prática judiciária, com a participação de prestigiados juristas e de especialistas em matérias que de algum modo se conectionam com a vida nos tribunais.

A valia jurídico-científica das comunicações produzidas impõe-nos o dever de encontrar os meios de divulgação mais expeditos e práticos para fazer chegar esses conhecimentos ao maior número possível de beneficiários.

Os livros digitais (e-books) são uma das ferramentas mais eficazes de divulgação de conteúdos, aliando a vantagem da praticidade ao insignificante encargo financeiro de edição, e permitindo ao beneficiário a consulta gratuita dos textos.

Por isso, esta forma de divulgação dos conteúdos das intervenções em conferências e colóquios passará a estar disponível na página oficial do Supremo Tribunal de Justiça, esperando-se que assim se atinja o objetivo de disponibilizar a toda a comunidade jurídica e aos cidadãos em geral a informação mais atualizada e completa sobre as matérias de interesse jurídico e judiciário.





Nuno A. Gonçalves

Vice-Presidente do Supremo Tribunal de Justiça
Coordenador Científico do Colóquio

O Supremo Tribunal de Justiça, em execução do plano de atividades para o ano de 2022, organizou, em maio, um colóquio dedicado a três temas específicos dos recursos em processo penal.

Em cada painel, que se pretendia com diferentes enfoques da jurisprudência, da prática forense e da doutrina, expuseram e dinamizaram Juízes Consoelheiros, Procuradores-gerais Adjuntos, Advogados e Docentes universitários.

Versaram sobre questões de atualidade, que o STJ é chamado a resolver diariamente e que têm suscitado discussão na jurisprudência e visões doutrinárias não coincidentes.

A enorme qualidade e interesse doutrinal e prático das exposições não podia ficar circunscrito aos participantes e assistentes do colóquio.

A imprescindibilidade da sua divulgação pública, que deve ser conjunta, demandava um escaparete único, facilmente identificável e rapidamente acessível a quem se interessa ou simplesmente tem curiosidade por estas questões.

Com um dos temas, pela sua novidade legislativa, importava contribuir para desbravar caminho; com outro, pela controvérsia que têm suscitado na jurisprudência deste Alto Tribunal, contribuir para a discussão e assentar princípios e regimes; com o outro ainda, pela especificidade e considerável frequência com que surge na nossa atividade funcional, sedimentar pressupostos e procedimentos.

Exposições que o Supremo Tribunal de Justiça leva ao prelo, divulgando-as em “a Revista” mas sobretudo neste e-book, colocando-as, assim, ao dispor dos cultores e práticos do direito, dos estudantes ou de qualquer pessoa.

Impõe-se reafirmar aqui o reconhecimento público e o grande apreço por todas e todos os que, pronta e louvavelmente, se dignaram aceitar colaborar no colóquio e permitir a publicação das respetivas exposições e também de quem assistiu ou, por qualquer modo, colaborou nesta edição.

A REVISTA PENAL EM REVISTA

Helena Morão¹

Professora, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

RESUMO: O presente artigo ocupa-se do recurso para o STJ de primeiras condenações em segunda instância. Atendendo às alterações introduzidas pela Lei n.º 94/2021, ao direito fundamental ao recurso do arguido e à jurisprudência do TEDH, conclui-se que: a) a recorribilidade de qualquer primeira condenação em recurso é uma solução preferível à anterior, inclusive por recentrar a competência do STJ na questão da culpa; b) eventuais decisões de reenvio das Relações quanto à questão da pena não poderão afectar o direito de recorrer da condenação para o STJ; c) tal recorribilidade demanda uma expansão dos poderes de conhecimento do STJ sobre matéria de facto e uma maior atenção à realização de audiência de recurso.

PALAVRAS-CHAVE: Recorribilidade de primeiras condenações em recurso, direito ao recurso do arguido, recurso para o STJ, poderes de cognição do STJ, jurisprudência do TEDH sobre audiência de recurso.

1 | A recorribilidade das primeiras condenações em Recurso

A Lei n.º 94/2021, de 21 de Dezembro, veio alargar a recorribilidade para o Supremo Tribunal de Justiça a quaisquer decisões das Relações que condenem o arguido pela primeira vez em segunda instância, independentemente da pena que apliquem, através do aditamento de uma ressalva final à controversa alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal. Ao fazê-lo, esta lei vai além da jurisprudência do acórdão n.º 595/2018 do Tribunal Constitucional, que, na linha de orientação dos anteriores acórdãos n.º 412/2015 e n.º 429/2016, havia limitado a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral dessa alínea e), por violação do direito fundamental a recorrer da defesa (artigo 32.º, n.º 1, *in fine*, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição), aos casos de irrecorribilidade de primeiras condenações em recurso em pena de prisão

¹ A autora agradece ao Supremo Tribunal de Justiça o convite para participar no Colóquio Processo Penal – Recursos, que se realizou a 26 de Maio de 2022. Este artigo discute as ideias abordadas nessa intervenção, bem como os problemas suscitados no debate que se lhe seguiu, tendo beneficiado do diálogo com os outros participantes, em particular com os comentários do painel (Juíza Conselheira Ana Barata Brito e Procurador-Geral Adjunto José Góis).

efectiva não superior a 5 anos², não abrangendo, pois, as hipóteses análogas em que tivesse sido aplicada pena não privativa da liberdade³.

Este rumo legislativo é, nesta dimensão, integralmente meritório. Com efeito, a jurisprudência constitucional que insistia na não inconstitucionalidade da irrecorribilidade de revogações de absolvições em segunda instância que condenassem o arguido em pena não privativa da liberdade⁴ era dificilmente sustentável numa arquitectura recursória moldada quer por um princípio geral de recorribilidade quer pela recorribilidade de duplas conformes condenatórias em penas de prisão superiores a 8 anos. Efectivamente, ao abrigo de um crivo de proporcionalidade, não se afigura razoável que o arguido, possa, em regra, recorrer da generalidade dos despachos proferidos ao longo de todo o processo penal (artigo 399.º do Código de Processo Penal), incluindo de muitos que afectam menos a sua posição processual ou não comprimem imediatamente qualquer direito fundamental, e não o pudesse fazer, em absoluto, da decisão condenatória, pela circunstância de esta ser decretada, em reversão de absolvição, em recurso. Por seu turno, não se vê como considerar como validamente contida na margem de livre conformação do legislador uma estruturação do acesso ao Supremo que, nestas situações de decisões díspares da primeira e segunda instâncias, não garantia à defesa a faculdade de impugnar a condenação e, nos casos de dupla conforme condenatória em pena de prisão superior a 8 anos, em que a margem de dúvida sobre a justiça da condenação se encontra relativamente superada, concede ao arguido um duplo grau de recurso (artigo 399.º e alínea f) do n.º 1 do artigo 400.º, *a contrario*)⁵.

Por último, esta alteração legislativa eliminou finalmente a incompatibilidade entre a legislação nacional e o n.º 5 do artigo 14.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, indo ao encontro das novas recomendações do Comité dos Direitos Humanos e dos alertas recentes do próprio STJ⁶.

² Acórdãos do TC n.ºs 412/2015, 429/2016 e 595/2018 (M. F. Mata-Mouros), consultados em www.tribunalconstitucional.pt, tal como os outros acórdãos do TC citados no presente artigo.

³ Acerca desta evolução jurisprudencial e do debate doutrinário que se suscitou em torno dela, v. H. Morão, ‘*Whenever yet was your appeal denied? – Sobre o direito do arguido ao recurso de decisões de recurso*, *Revista do Ministério Público*, n.º 158, 2019, pp. 37 e ss.; e *Um não julgamento de inconstitucionalidade em julgamento – Acerca da jurisprudência constitucional sobre o direito ao recurso de primeiras condenações em segunda instância em pena não privativa da liberdade*, *Anatomia do Crime – Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 13, 2021, pp. 79 e ss.

⁴ V., em especial, os acórdãos do TC n.ºs 523/2021, 524/2021 e 525/2021 (M. F. Mata-Mouros), que revogaram, correspondentemente, os acórdãos do TC n.ºs 31/2020, 100/2021 e 102/2021 (M. Canotilho).

⁵ Para uma desconstrução quantitativa do argumento do TC da “racionalização do acesso ao Supremo Tribunal de Justiça”, ver Morão, AC, n.º 13, pp. 86 e ss.

⁶ V. *Concluding observations on the fifth periodic report of Portugal*, 2020, disponível em www.ohchr.org: “The State party should consider amending its legislation to ensure conformity with articles 14 (...) (5) of the Covenant” (n.º 5); e o Acórdão do STJ de 8.9.2021 (A. Barata Brito), processo n.º 1134/10.9TAVFX.L1.S1: “em 24.04.2020, o Comité dos Direitos Humanos veio reiterar a necessidade de uma conformação da nossa legislação interna (da “legislação nacional”) ao art. 14.º, n.º 5 do Pacto. Alteração legislativa no direito interno que continua sem suceder”; consultado em www.dgsi.pt, tal como os outros acórdãos do STJ citados no presente artigo.

Do ponto de vista do papel a desempenhar pelo Supremo Tribunal de Justiça no conjunto do sistema recursório, esta modificação permite, por um lado, que a competência deste tribunal se recentre na questão fundamental da culpa⁷, em hipóteses de desacordo entre instâncias e, por isso, de indício de erro judiciário na atribuição de penas privativas da liberdade ou não privativas da liberdade mas revertíveis ou convertíveis em pena de prisão – algo que não se pode racionalmente reconduzir à categoria de mera “bagatela penal”. Por outro lado, potencia a função nomofiláctica igualmente cometida ao Supremo de, enquanto tribunal de revista, assegurar a uniformidade na aplicação judicial do Direito, ao ampliar o leque de crimes e de questões de Direito de que poderá conhecer.

Se o acrescento final à alínea c) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal – i.e., a introdução expressa da recorribilidade para o STJ das decisões de recurso que apliquem, primeiramente, medidas de coacção (ou de garantia patrimonial), excluindo o termo de identidade e residência – é uma solução que também se impunha constitucionalmente⁸, a revisão legislativa de 2021 peca, no entanto, por defeito, ao não estender tal recorribilidade às agravações de sanções ou de medidas de coacção em segunda instância. Com efeito, se as decisões de recurso que invertem absolvições em segunda instância ou que aplicam, pela primeira vez, medidas de coacção restringem inovadoramente um direito fundamental, as decisões de recurso que agravam penas ou medidas de coacção aumentam a compressão de um direito fundamental, criando um novo *quantum* restritivo, pelo que se justifica identicamente a sua sindicabilidade⁹. O que se torna particularmente evidente nas situações em que a Relação substitui penas não privativas da liberdade pelo cumprimento efectivo de pena de prisão ou medidas de coacção não privativas da liberdade por medidas de coacção privativas da liberdade.

Sem dúvida que a consagração desta nossa proposta teria como consequência um aumento da pendência processual no Supremo Tribunal de Justiça. Porém, um tal acréscimo poderia ser compensado com a redução ou eliminação do segundo grau de recurso para o Supremo nos casos de dupla conforme condenatória, hipótese em que o direito ao recurso do arguido fica já integralmente garantido, por norma, com o recurso em primeiro grau para a Relação. A substituição parcial ou integral do critério de limitação do acesso ao segundo nível de recurso da gravidade da medida da aplicada (superior a 8 anos de prisão, nos termos da alínea f) do n.º 1 do artigo 400.º,

⁷ Como criticava previamente J. Damião da Cunha, Aspectos da Revisão de 2013 do CPP – Algumas notas e apreciações críticas, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2013, p. 240, o “esquema de recursos pura e simplesmente abdica da possibilidade de ‘comprovação’ em instância superior do verdadeiro ‘objecto e fim’ do processo penal: a presunção de inocência que sobre o arguido recai. Pelo contrário, podem discutir-se ‘penas evidentes’ (pior do que isso: discutir mais um ou menos um ano em penas de 20 anos de prisão; eis o que parece poder ser considerado o ‘supra-sumo’, a quinta essência, do acesso ao STJ”.⁸ Como advogámos em Morão, RMP, n.º 158, p. 50.

⁸ Como advogámos em Morão, RMP, n.º 158, p. 50.

⁹ Para a defesa de um critério geral de recorribilidade de decisões de recurso conforme à Constituição, v. *ibidem*.

a contrario) pelo parâmetro da dupla conforme¹⁰, como contrapartida pela concretização de um recurso pleno de primeiras condenações ou agravações de condenações em recurso, permitiria um trânsito em julgado mais célere das duplas conformes condenatórias, a diminuição do risco de prescrição e a antecipação do cumprimento de pena nas situações de criminalidade mais grave.

Esta preocupação de equilíbrio não se nota na Lei n.º 94/2021, que alargou inclusivamente o recurso directo para o STJ aos casos de recursos de decisões finais condenatórias de primeira instância fundados apenas nos vícios previstos n.ºs 2 e 3 do artigo 410.º, sem impugnação concomitante da matéria de facto (nova parte final da alínea c) do n.º 1 do artigo 432.º) – até agora predominantemente integrados pela jurisprudência na competência das Relações –, por alegado rigor teórico¹¹ e sem que se obtenha, aparentemente, grande vantagem de eficiência processual com esta ampliação¹², até pela relativa raridade deste tipo de recursos.

2 | A conjugação da recorribilidade das primeiras Condenações em recurso com o reenvio para decisão sobre a pena

De acordo com o Acórdão de Fixação de Jurisprudência do STJ n.º 4/2016: “Em julgamento de recurso interposto de decisão absolutória da 1.ª instância, se a relação concluir pela condenação do arguido deve proceder à determinação da espécie e medida da pena”¹³. Todavia, como se sabe, uma corrente jurisprudencial posterior das Relações tem vindo a precisar que esta jurisprudência uniforme só pode abranger as hipóteses em que a Relação dispõe de toda a factualidade necessária à decisão sobre a sanção e não também as situações em que os factos provados são insuficientes para esse efeito, devendo o processo, neste último caso, ser remetido ao tribunal recorrido para escolha da pena e eventual produção da prova suplementar imprescindível a esse fim, ao abrigo dos artigos 369.º a 371.º¹⁴.

¹⁰ Que já propusemos em H. Morão, *Reformando o recurso em processo penal*, in P. Pinto de Albuquerque, R. Cardoso e S. Moura (org.), *Corrupção em Portugal – Avaliação legislativa e propostas de reforma*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, p. 660.

¹¹ V. a exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 876/XIV/2.ª, que fundamenta esta alteração em função de tais erros “consubstanciarem, exclusivamente, vícios da própria decisão recorrida e não do julgamento, concretamente vícios de lógica jurídica ao nível da matéria de facto”.

¹² Não se impede assim, necessariamente, uma “duplicação de recursos” ou “sucessão (...) desnecessária de recursos” (diferentemente do que sugere P. Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, p. 1186), pois nem sempre caberia recurso para o Supremo Tribunal de Justiça da decisão de recurso da Relação.

¹³ Acórdão de Fixação de Jurisprudência do STJ n.º 4/2016 (I. Pais Martins).

¹⁴ V., ilustrativamente, o Acórdão da Relação de Évora de 5.7.2016 (M. L. Esteves), processo n.º 145/13.7GAMCQ.E1, www.dgsi.pt, com o seguinte sumário: “I – O acórdão de fixação de jurisprudência n.º 4/2016 ‘não abrange os casos em que o tribunal de primeira instância não procedeu ao apuramento e fixação dos factos necessários à determinação da pena.’; II – Nesses precisos casos, os autos devem ser devolvidos à 1.ª instância para que desenvolva as diligências pertinentes com vista a apurar a factualidade relativa às condições de vida, comportamento e personalidade do arguido, a fim de lhe permitir a subsequente prolação de decisão condenatória”; e A. J. Latas, “O AFJ 4/2016 e a determinação da pena nos casos em que foi revogada a sentença absolutória proferida pelo tribunal recorrido, que não apurou e fixou factos relativos à vida pessoal e personalidade do arguido”, 2016, pp. 1 e ss., disponível em www.tre.mj.pt.

Tende a concordar-se com esta orientação jurisprudencial das Relações. Efectivamente, se, em tais hipóteses, a Relação reabrisse ela própria a audiência em segunda instância, *ex vi* n.º 2 do artigo 424.º, ou recorresse analogicamente à renovação da prova (artigo 430.º) para averiguar dos elementos em falta para a decisão sobre a pena, poderia acrescentar ao rol de factos apurados outros desfavoráveis à defesa, quando desta decisão somente pode caber, em princípio, recurso de revista alargada para o Supremo e não um pleno recurso sobre matéria de facto. Tal levaria a que definisse, em primeiro e último grau, a vertente probatória da questão de facto decisiva para a determinação da sanção, preterindo tanto o direito fundamental ao recurso do arguido quanto a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição. Assim, ainda que o n.º 1 do artigo 426.º não contemple textualmente a possibilidade de reenvio restrito à resolução da questão da pena, em situações de primeiras condenações no tribunal *ad quem*, quando este não possua dados bastantes para a decidir, nenhum princípio constitucional se opõe, neste conjunto de casos, a uma analogia *in bonam partem* (porque ampliadora do direito de recurso do arguido)¹⁵.

Importa, por isso, articular a recorribilidade das primeiras condenações em segunda instância com a decisão de reenvio do processo para primeira instância para reabertura da audiência e decisão sobre a pena. Em nossa opinião, a solução a adoptar não poderá prejudicar o direito do arguido a recorrer da condenação em si, *i.e.*, quanto à questão da culpa, pelo que este deverá poder recorrer logo para o Supremo Tribunal de Justiça da decisão condenatória da Relação que reenvia quanto à questão da pena, para impugnação da condenação e, inerentemente, do reenvio para decisão sobre a sanção¹⁶. Apenas se o Supremo mantiver a condenação deve haver devolução dos autos à primeira instância cingida à questão da pena, podendo depois o arguido recorrer para a Relação da nova decisão do tribunal de reenvio sobre a pena.

Embora esta conclusão não resulte literalmente da redacção actual da alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º, uma vez que a Relação não chega, nas hipóteses em análise, a aplicar qualquer pena, decorre, pelo menos em parte, do seu sentido e da circunstância de que outra interpretação teria como consequência o tratamento injustificadamente desigual de arguidos condenados directamente em penas pelo tribunal de recurso e arguidos condenados em sanções pelo tribunal de reenvio após condenação no tribunal de recurso, já que só os primeiros teriam oportunidade de impugnar a própria condenação¹⁷.

¹⁵ V. já H. Morão, *Sem apelo nem agravo – Sobre o direito ao recurso em matéria de facto em caso de primeira condenação em segunda instância*, *Revista do Ministério Público*, n.º 159, 2019, pp. 159 e ss..

¹⁶ A circunstância de ser a decisão da Relação que estabelece os fundamentos da condenação e o efeito de caso julgado parcial em relação à questão decidida e não reenviada da culpa, se não impugnada, inviabilizam, em tese, que se possa aguardar pela decisão do tribunal de reenvio sobre a pena para poder recorrer conjuntamente de ambas as questões para o Supremo, com ou sem recurso intermédio para a Relação.

¹⁷ O Acórdão do TC n.º 595/2018, ao parecer pressupor, no seu n.º 19, que a jurisprudência do Acórdão do STJ n.º 4/2016 seria aplicada em qualquer situação, não oferecia resposta para o problema enunciado no texto: v. Morão, RMP, n.º 159, pp. 163-164 e 167.

3 | A conjugação da recorribilidade das primeiras condenações em recurso com os poderes de conhecimento do STJ e com a jurisprudência do TEDH

Contudo, chamar o Supremo Tribunal de Justiça a decidir a questão da culpa em caso de primeira condenação em segunda instância e, portanto, de divergência entre a primeira e a segunda instâncias implica inevitavelmente uma reconfiguração dos seus poderes de cognição, tendo em conta que uma tal divergência estará, na maior parte das situações, relacionada com uma diferente valoração da prova e que uma garantia efectiva do direito ao recurso do arguido não se basta, pois, em várias destas hipóteses, com um simples recurso de revista alargada (artigos 410.º, n.º 2, e 434.º¹⁸).

Além de a revista ampliada não possibilitar a identificação e reparação de um leque significativo de erros de facto, não parece satisfatório, à luz do princípio da igualdade, que o arguido condenado pela primeira vez em segunda instância tenha um direito de defesa da condenação em si, em recurso, de conteúdo mais reduzido – nomeadamente quanto à impugnação do julgamento de facto – do que o daquele que o tenha sido no primeiro nível de jurisdição e recorra para a Relação¹⁹. E mesmo quando a Relação escolhe, ela própria, a pena e determina a sua medida, o direito ao recurso da nova parte da decisão sobre a sanção, alicerçada num certo acervo factual, pode não ficar eficazmente acautelado tão-só, por exemplo, com a fiscalização do texto da decisão recorrida, mas requerer o seu confronto com a informação dos autos relativa aos antecedentes criminais do arguido, à perícia sobre a personalidade e ao relatório social ou com outros elementos probatórios constantes da documentação da audiência de julgamento em primeira instância.

Nestes casos em que a revista alargada se mostra claramente insuficiente para garantir um exercício efectivo do direito ao recurso da condenação, parece-nos, assim, que o disposto no artigo 434.º não resiste a um juízo de inconstitucionalidade parcial e que o Supremo terá de assumir alguns dos poderes de apelação das Relações em matéria de facto, por aplicação analógica das normas enunciadas nos artigos 412.º, n.º 6, 428.º e 431.º, alíneas a) e

¹⁸ Não obstante a nova redacção do artigo 434.º não mencionar os casos da alínea b) do n.º 1 do artigo 432.º, o n.º 2 do artigo 410.º permanece aplicável nestas situações, *i.e.*, quando “a lei restrinja a cognição do tribunal de recurso a matéria de direito”.

¹⁹ V. as declarações de voto de vencido do Conselheiro P. Machete aos Acórdãos do TC n.º 429/2016 (“A compreensão do direito ao recurso afirmada pela maioria implicará ainda na sua lógica (...) pelo menos, o direito de o arguido recorrer de uma primeira condenação, independentemente desta ter sido proferida em primeiro ou segundo grau de jurisdição (...). Assim, a decisão condenatória proferida em segundo grau de jurisdição que reverta anterior absolvição deve assegurar um nível de tutela da posição do arguido condenado similar ao que é garantido no quadro de um recurso interposto da condenação proferida pelo tribunal de primeira instância. No caso dos autos em que foi proferido o acórdão recorrido, tal significa que o recurso a interpor pelo arguido para o Supremo Tribunal de Justiça deverá assegurar-lhe condições de tutela análogas às que o arguido teria caso tivesse sido condenado logo no tribunal de primeira instância”) e 595/2018 (“é mais difícil aceitar que o direito ao recurso, neste entendimento mais alargado – que parece ser o sufragado pela maioria –, não deva ter sempre o mesmo conteúdo, admitindo distinções consoante o tribunal de recurso: *reexame da decisão recorrida quanto à matéria de facto e de direito*, (...) no caso das relações; e mera *revista alargada*, no caso do Supremo Tribunal de Justiça”).

b), e a função de uma autêntica terceira instância em matéria penal²⁰. Uma analogia alternativa com o reenvio teria, neste contexto, pouca utilidade, na medida em que trata aqui de identificar os possíveis vícios de facto do julgamento de segunda instância e não somente de os suprir.

Esta reformulação, ainda que excepcional, do papel tradicional do STJ enquanto tribunal penal insere-se não apenas numa tendência europeia de aproximação da cassação à apelação, como também num cenário global de universalização do direito ao recurso, em que os Tribunais Supremos, além de traçarem linhas orientadoras de jurisprudência no âmbito da sua competência institucional principal de revista, são igualmente convocados a cumprir novas atribuições de protecção de direitos fundamentais.

Uma comparação com a alteração introduzida também pela Lei n.º 94/2021 na alínea a) do n.º 1 do artigo 432.º, que rejeita expressamente um recurso pleno sobre matéria de facto para o Supremo das decisões condenatórias de primeira instância das Relações, permite reforçar o ponto a que se quer chegar. No parecer do Conselho Superior da Magistratura, esta exclusão é inconstitucional²¹. Aderindo a esta perspectiva, o que se nos afigura, no entanto, mais relevante nesta posição é a circunstância de se admitir, implicitamente, que, nos termos da versão antecedente da alínea (ainda que sem previsão textual) e mesmo da vigente se julgada inconstitucional, pode haver recurso efectivo sobre matéria de facto no STJ.

Ora, é esta mesma solução que se defende para a alínea b), nas hipóteses de recursos interpostos pelo arguido de primeiras condenações em recurso. Apesar de, neste caso, já duas instâncias se terem pronunciado sobre a causa, diversamente do que ocorre na situação da alínea a), a primeira decisão é uma absolvição e, assentando a decisão condenatória da Relação numa apreciação distinta da prova, esta discordância em matéria de facto só poderá ser correctamente dirimida num recurso sobre essa matéria. O direito ao recurso da defesa configura, deste modo, um limite constitucional à função de mero tribunal de revista penal do Supremo Tribunal de Justiça, tendo em atenção que outra interpretação redundaria numa estruturação do sistema de recursos contrária à presunção de inocência,

²⁰ V. já Morão, *RMP*, n.º 159, pp. 165-167. O acolhimento deste ângulo interpretativo dispensaria, em rigor, a necessidade de reenvio para decisão sobre a pena em hipóteses de reversões de absolvições em segunda instância. Outra opção seria a adopção de um modelo semelhante ao espanhol (v. o artigo 792.º, n.º 2, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*), como o propugnado por J. Damiano da Cunha, *A estrutura dos recursos na proposta de revisão do CPP – Algumas considerações*, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1998, pp. 271-272, e *O Caso Julgado Parcial – Questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória*, Porto, Universidade Católica, 2002, pp. 102-107, 516-521, 584-591, 592-599, 612-613, 620 (nota 118), 621-623, 714-715, que vê o recurso do Ministério Público de decisão absolutória como recurso cassatório ou de anulação, que, a proceder, só pode dar lugar ao reenvio para novo julgamento e não a uma decisão de recurso substitutiva condenatória.

²¹ V. o Parecer do Conselho Superior da Magistratura sobre o Projeto de Lei n.º 876/XIV/2, 2021, pp. 38-39, segundo o qual se veda “a possibilidade de reapreciação da matéria de facto por um tribunal hierarquicamente superior (...), violando claramente o direito ao recurso, insito no princípio das garantias de defesa, afrontando ainda o princípio constitucional da igualdade”, e o Parecer do mesmo Conselho sobre a Proposta de Lei 3/XV/1, 2022, pp. 7-8, ambos disponíveis em www.parlamento.pt; assim como N. A. Gonçalves, *Alterações ao regime do recurso ordinário*, *A Revista*, n.º 1, 2022, pp. 79-80 e 87-88: “o aditamento à norma do art.º 432.º n.º 1 alínea a) é inaplicável por patente ofensa do direito fundamental ao recurso” (p. 79).

i.e., em que à acusação é conferida uma melhor oportunidade de obter uma inversão de absolvição em recurso (designadamente, um pleno recurso em matéria de facto) do que ao arguido para afastar uma condenação em recurso (simples recurso de revista ampliada), o que não se pode aceitar²².

Por fim, a articulação da recorribilidade de primeiras condenações em segunda instância com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos exige uma especial atenção à realização de audiência de recurso em dois diferentes planos, ambos com repercussão no exercício dos poderes do Supremo.

O primeiro plano respeita à realização de audiência nas Relações. De acordo com a jurisprudência do TEDH, a garantia de fair trial do n.º 1 do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos impõe, em regra, que, em caso de condenação ex novo em recurso sobre matéria de facto, o tribunal de recurso avalie directamente a prova pessoal, voltando a ouvir as testemunhas ou o arguido em audiência²³. Foi precisamente esta a vertente do princípio do processo justo e equitativo que levou à censura do Estado português no caso Sá Fernandes c. Portugal, pela circunstância de a Relação de Lisboa ter condenado, pela primeira vez, o arguido, dando como provado um facto que não o havia sido em primeira instância (a consciência da ilicitude), sem ouvir as testemunhas e o arguido pessoalmente²⁴. Independentemente de se entender que esta jurisprudência europeia não prejudica o recurso principal à documentação da prova produzida no julgamento (o que não sucedeu no caso Sá Fernandes) e a aplicação meramente subsidiária da renovação da prova²⁵, tal não dispensa a necessidade de, segundo a mesma corrente jurisprudencial, convocar o arguido para exercício dos direitos de defesa e de contraditório, mesmo que em audiência oficiosa²⁶. Ora, é esta falha de audição do arguido pela Relação nas primeiras condenações em recurso, que poderá envolver a nulidade insanável prevista na alínea c) do artigo 119.º do Código de Processo Penal, que o STJ terá de passar a controlar.

²² V. H. Morão, *On the Legitimacy of the ECtHR's Criminal Appeal Immediacy Requirement, in Fairness in Criminal Appeal*, em publicação.

²³ V. H. Morão, RMP, n.º 159, pp. 155 e ss.; e, desenvolvidamente, Pela renovação da renovação da prova, *Anatomia do Crime*, n.º 12, 2020, pp. 179 e ss.

²⁴ Acórdão do TEDH de 25.2.2020, caso Paixão Moreira Sá Fernandes c. Portugal, disponível em hudoc.echr.coe.int: “la Cour estime qu’un examen direct des témoignages qui avaient été présentés devant le tribunal de Lisbonne s’imposait pour réapprécier les faits. (...) la Cour relève que, d’après l’article 430 §§ 1 et 3 du CPP, la cour d’appel de Lisbonne aurait pu réadministrer les preuves en tenant une audience (...). Or, en l’espèce, la cour d’appel a, sans entendre aucun témoin, ni même le requérant, opéré un revirement factuel et considéré comme prouvé que l’intéressé avait agi en sachant que son acte était interdit par la loi, alors que le tribunal avait conclu l’inverse. Aux yeux de la Cour, cet élément factuel ainsi que l’appréciation de la question de savoir si le requérant avait agi par nécessité au moment des faits ont été déterminants dans l’établissement de la culpabilité du requérant par la cour d’appel de Lisbonne. Le requérant n’ayant pas été entendu, il n’a pu présenter sa défense sur ces points, plus particulièrement sur celui de savoir s’il savait que son acte était interdit par la loi” (n.º 64); “il aurait fallu que la cour d’appel procède à une administration directe de l’ensemble des preuves qui avaient amené le tribunal de Lisbonne à acquitter le requérant (...) ou qu’elle entende personnellement le requérant” (n.º 65).

²⁵ Neste sentido, Morão, AC, n.º 12, pp. 182 e ss.

²⁶ V. Morão, *Fairness in Criminal Appeal*.

O segundo plano concerne à realização de audiência no Supremo Tribunal de Justiça. Esta orientação jurisprudencial do TEDH sobre o fair trial recursório não se circunscreve às instâncias intermédias, alcançando identicamente os Tribunais Supremos, nem incide só sobre hipóteses de primeiras condenações em segunda instância, mas, em geral, sobre recursos em matéria de facto (incluindo situações de vícios do n.º 2 do artigo 410.º, como foi o caso do alegado “erro notório na apreciação da prova” no caso Sá Fernandes) em que seja analisada a questão da culpa ou da inocência, nomeadamente os efeitos desta questão na questão da pena, como o aumento ou a diminuição da sanção à luz de traços pessoais do arguido. Desta forma, quando deva decidir sobre estes temas, a propósito dos erros previstos no n.º 2 do artigo 410.º, ao abrigo das alíneas a), b) ou c) do n.º 1 do artigo 432.º, ou, como sustentámos anteriormente, quando deva conhecer mais amplamente da matéria de facto, nas hipóteses das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 432.º, o Supremo deverá, pois, passar a convocar o arguido para o ouvir em audiência, ainda que este não o tenha requerido. •





RECORRIBILIDADE PARA O SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - A impugnação da condenação em segunda instância

José António Barreiros
Advogado

Antes de mais muito grato fico pela gentileza do convite e peço antecipada compreensão para a circunstância de a minha intervenção ser efectuada de improviso¹ e ter, logo por isso, uma inferior qualidade ante o que poderia resultar de estudo prévio e reflexão sobre o tema.

Houve a gentileza de ser lembrada aqui a minha participação na Comissão de Legislação de que saiu o projecto do Código de Processo Penal de 1987 e permito-me regressar a esse tempo apenas porque ele permite situar o que foram algumas ilusões sobre o que poderia ser o sistema de recursos em matéria penal e aquilo em que eles hoje se tornaram, quer pela mão do legislador, quer pela conformação interpretativa que a jurisprudência deu ao legislado.

A Lei de autorização legislativa, que foi submetida à Assembleia da República, para que os deputados trabalhassem sobre ela e não sobre o texto do Código, prevenindo-se assim que qualquer modificação parcial desarticulasse a coerência sistemática e a congruência das soluções, dá bem conta do que foi o resultado desse trabalho em equipa.

Posso hoje dizer, e sem jactância, que minutei esse articulado, que, por um lado, resumia o Projecto, por outro definia o objecto do que era permitido ao Governo legislar e sobretudo, do ponto de vista político, permitia ao Parlamento autorizar o Executivo a elaborar um Código que estava anexo e se evidenciava qual seria.

Foi um trabalho de legiferação interessante de que guardo a mais grata recordação².

¹ Devido a um lapso de compreensão da minha parte quanto ao objecto em debate tinha preparado um outro texto, que entendi seria despropósito apresentar, atinente à composição e funcionamento dos colectivos nos tribunais superiores. Tentei vencer o embaraço da situação com a intervenção de que aqui fica registo. Procurei nesta redução a escrito melhorar a intervenção oral apenas do ponto de vista da correcção gramatical e do estilo, adiando apenas uns quantos elementos de incidência directa sobre o tema que tornam, sobretudo, o texto perceptível pela compreensibilidade das ideias.

Não quis, porém, atraiçoar o essencial do que foi dito e como o disse. As notas de rodapé tentam introduzir apenas a possível melhoria que o surpreendido improviso não conseguiu. Atravi-me, através delas, a dizer algo mais, que desse compostura à pobreza do discurso oral. A ética não permitia mais.

² Num livro que editei no ano de 1997, em dois tomos, e intitulei *Sistema e Estrutura do Processo Penal Português* deixei algumas referências a esse processo, inventariando, inclusivamente, o que sucedeu após a aprovação parlamentar da Lei de Autorização Legislativa e do exame, em fiscalização preventiva, pelo Tribunal Constitucional.

Entrando agora naquilo que acima referi, o binómio Código imaginado/Código aplicado³, tenho hoje de reconhecer que algumas soluções ali verdadeiras foram concebidas numa lógica bem-intencionada, mas irrealista ao tempo, pois o País da altura, e porventura ainda o de hoje, não comportaria todas as soluções desejáveis no plano dos princípios. Há, sobretudo, o severo limite dos meios de que se disponha para tornar a sua implantação efectiva e também uma questão de mentalidade.

Esse voluntarismo bem-intencionado verificou-se claramente em matéria de recursos, de modo hoje evidente quanto ao tema do exame da matéria de facto, tanto quanto à necessária gravação da prova e sua consequente audição nos tribunais superiores, como no que se refere à renovação da prova nos tribunais superiores e quanto ao alargamento dos poderes cognitivos do Supremo Tribunal de Justiça.

Várias são as condicionantes que vieram a pôr o sistema à prova e a gerar a sua hoje reduzida expressão naqueles domínios que se pretendiam ampliar.

Numa primeira dimensão as tecnológicas, no que se refere à qualidade do registo sonoro em termos de perceptibilidade⁴, a inviabilidade prática de replicar nos tribunais superiores o relevante para uma decisão sobre o provado e não provado.

É que, quanto a esta segunda vertente, se cabe aos recorrentes e aos respondentes indicarem nas conclusões os segmentos audio onde se encontra o excerto que, considerado, levará, na sua perspectiva, a uma conclusão probatória diversa, isso é claramente desconsiderar outros factores que têm de ser relevados.

Naturalmente quem invoca um facto mal provado, ou erroneamente considerado como não provado, irá citar, em abono da sua tese, os segmentos do registo probatório que confirmam a sua alegação, subtraindo aqueles outros que infirmariam quando alegam. E, se bem que, numa lógica de efectivo exercício do contraditório, o respondente possa contrapor os excertos desconsiderados na citação, certo é que mesmo assim, em rigor, sempre caberá ao tribunal de recurso ouvir a totalidade para aferir se estava citado

³ Aqui sim, com plena expressão, a dicotomia entre *the law in the book/the law in action*, frase que é título do jurista norte-americano Roscoe Pound. Essa diferenciação, tão sedutora como imagem, faz sentido no contexto de um sistema que opera na base dos precedentes judiciais, mas perde, ou deveria perder, sentido, num contexto europeu continental, como é o nosso, em que a criatividade jurisprudencial está balizada pelo princípio da legalidade.

⁴ Não é uma questão de audibilidade é também um tema de perceptibilidade sobre a origem da voz que surge gravada. E é, numa dimensão jurídica, o sistema, fruto da jurisprudência, de que a imperceptibilidade fica “sanada” quando não arguida em dez dias contados da data em que são facultados os suportes digitais: ou seja, tratando a deficiência do registo da prova como uma invalidade processual, admite-se a sindicabilidade da mesma através da geração de um ónus sobre os sujeitos processuais, de serem eles a garantir a fidelidade da gravação, somando o tempo em sala de audiências a tempo igual para ouvirem o registo que nelas se passou. Ou seja, o custo da disfunção do sistema oficial de registo é suportado pelo encargo sobre aqueles que não deveriam estar à mercê de tal situação.

correctamente e com completude o que seja relevante para o que houver que decidir ou se outras facetas da matéria não deveriam ser consideradas.

Ora daqui resulta uma impossibilidade prática que [perdoe-se] se finge ignorar: não é possível, sobretudo nos megaprocessos, mas não só nestes, fazer o tribunal de recurso inteirar-se da totalidade da gravação em termos de decidir em consciência, mesmo relativamente aos pontos que sejam postos em questão.

E se a isto somarmos que, em matéria de Direito Processual Criminal, existe um princípio do dispositivo em matéria de fixação do objecto do processo – balizado pelas conclusões da motivação do recurso – há também, e exige-se que exista, uma clara officiosidade no que se refere à avaliação probatória e até à sua produção; por isso não é aceitável um sistema, como o que está configurado, pelo qual as conclusões circunscrevem os registos tidos como relevantes e é sobre esses e os que decorram do contraditório exercido pelo respondente que incidirá a atenção do tribunal ad quem como se fosse esse o tema *decidendo* com exclusão de qualquer outro.

Visto o contexto, abordo, enfim, o que está em causa nesta conferência e neste painel é – *mea culpa* pela deficiente percepção que expõe aqui tão impreparado – a matéria da possibilidade de condenação em segunda instância após uma absolvição na primeira, ou seja, digamos, o que se poderá designar impropriamente como uma condenação “de surpresa”⁵ decorrente dessa alquimia pela qual se transmuta judicialmente o ouro da absolvição no erro da condenação; tema que ganha especificidade quando a condenação decorre de uma reavaliação pela segunda instância da matéria de facto relevante.

Do ponto de vista do Direito vigente, emergente da alteração introduzida ao artigo 400.º do Código de Processo Penal pela Lei n.º 94/2021, de 24 de Dezembro, o tema é o que possa suscitar-se a alínea e) do n.º 1 daquele preceito, quando prevê a irrecorribilidade para o Supremo Tribunal de Justiça:

«e) De acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações, que apliquem pena não privativa da liberdade ou pena de prisão não superior a 5 anos, exceto no caso de decisão absolutória em 1.ª instância»

Ou seja, numa interpretação a *contrario*, imposta pela excepção, é admissível recurso para o Supremo de acórdãos em que tenha havido absolvi-

⁵ Na intervenção oral considerei que não se trataria de uma condenação-surpresa, pois não estaríamos ante a frustração de um direito ou mesmo mera expectativa, a uma decisão em certo sentido. Beneficiando de uma reflexão posterior, rectifico essa intuição, porquanto o tema não se pode configurar só com essa formulação: se é facto que, o condenado antes absolvido se surpreenderá com essa discrepância de decisões, facto é que isso é uma vertente puramente psicológica que não pode ter relevo jurídico-processual. Nessa vertente, trata-se de um agravamento estatutário semelhante àquele que é vedado em matéria de *reformatio in peius*, salvo quando o recurso seja interposto, com esse propósito agravante, pelo Ministério Público.

ção na primeira instância e condenação na segunda, independentemente do limite da dosimetria concreta da condenação.

Ora, falar-se em recorribilidade exige diferenciar os casos em que esta decorre de se pôr em crise uma condenação subsequente à absolvição apenas porque o Tribunal da Relação divergiu da primeira instância quanto à qualificação jurídica dos factos.

Trata-se, assim, de pensar, desde logo, se terá de haver remoção aos limites à recorribilidade ante esta flagrante contradição de julgados⁶.

O tema, assim pensado numa primeira e espontânea reflexão, configura-se numa dupla dimensão.

Primeira, a eventualidade de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, o que pode tecnicamente esbarrar com o limite dosimétrico da pena concreta a funcionar como óbice a essa recorribilidade; a segunda, a questão de a recorribilidade para o Supremo implicar pôr-se em causa o juízo sobre a matéria de facto que haja subjazido à condenação em oposição à prévia absolvição, isto quando este tribunal, mesmo funcionando numa lógica de revista alargada conhecer limites nesse domínio, os quais são os equacionados no artigo 410.º, n.º 2 do CPP.

Penso que, em termos de admissibilidade de recurso, faz sentido suprimir os limites dosimétricos que vedam essa eventualidade até porque estamos nos antípodas da dupla conforme⁷. É o que me parece patente ante a formulação do preceito citado.

O que me parece poder fazer sentido como tema abstracto é considerar se será legítimo restringir a recorribilidade para o Supremo a casos em que a decisão condenatória seja superior a certos limites punitivos⁸. E, como vimos, o enunciado do preceito, parece viabilizar o recurso em qualquer caso e sem qualquer limite.

Também uma outra questão me parece relevante: encontrar um modo de fazer impugnar a razão da condenação quando tal exija uma reavaliação do tema da prova, implicando inclusivamente a renovação do processo de produção probatória, ou seja, do acórdão condenatório não decorra uma

⁶ Não considerei assim o tema na exposição oral. Penso hoje que o tema se deve centrar precisamente nas exigências processuais de recurso ante uma tão evidente contradição de julgados a nível de tribunais superiores, como que a clamar por um reexame da situação. É que não se trata apenas de decisões diversas, mas sim de decisões que vão do alfa ao ómega da absolvição à condenação, sendo que esta pode ser em pena privativa da liberdade, o que acentua a disparidade e a incompreensão, até pública, face ao contraste de critérios.

⁷ Uma oportunidade de ter estudado a intervenção que produzi tinha-me permitido suscitar algumas perplexidades quanto à valoração jurisprudencial do que se tem por dupla conforme, aceitando-a, mesmo naqueles casos em que ocorre mera coincidência na decisão de condenar e ainda naquelas situações em que não se verificou um exame da totalidade da matéria que ditou a decisão com a qual se exprime concordância mesmo naquele segmento que está em recurso. Uma decisão em recurso rejeitando-o por considerações formais quando assim se preclui o conhecimento do mérito da causa pode considerar-se um acórdão típico de dupla conforme? Permito-me supor que não pode, sob pena de, por manipulação de categorias jurídicas, se legitimar uma tal valoração da dupla conforme.

⁸ Não desenvolvi o tema na intervenção oral. Considero, mais bem pensado o assunto, que tutela da segurança jurídica – que é posta em crise com uma incongruência decisória com este perfil de uma absolvição transmutada em condenação – poderia justificar uma irrestrita recorribilidade. Mas também me parece razoável que haja limites práticos a considerar nomeadamente quando não se tratar de pena de prisão, ainda que suspensa, ou multa até certo limite. Não foi essa a opção legislativa.

mera requalificação jurídica de uma matéria de facto intocada.

Regressamos aqui ao tema que há pouco enunciei, o dos limites cognitivos do Supremo Tribunal de Justiça no que respeita à matéria de facto, no quadro do princípio da revista alargada que dita a estrutura da sua competência e lhe limita os poderes decisórios, ou seja, a possibilidade de apenas conhecer tal temática tratando-se de contradição insanável na fundamentação, erro notório na apreciação da prova ou insuficiência da matéria provada para a decisão da decisão tomada.

É que em termos alternativos, um tal exame, ou implica uma nova produção probatória ou, a estarmos ante uma mera avaliação probatória da prova já produzida, teremos de enfrentar o argumento de se tratar de um reexame ilegítimamente limitado do tema fáctico.

Ora, a manter-se o Supremo dentro dos limites que lhe são conaturais⁹, como tribunal para os temas de Direito, não fará sentido que tal produção probatória ocorra ante tal Tribunal.

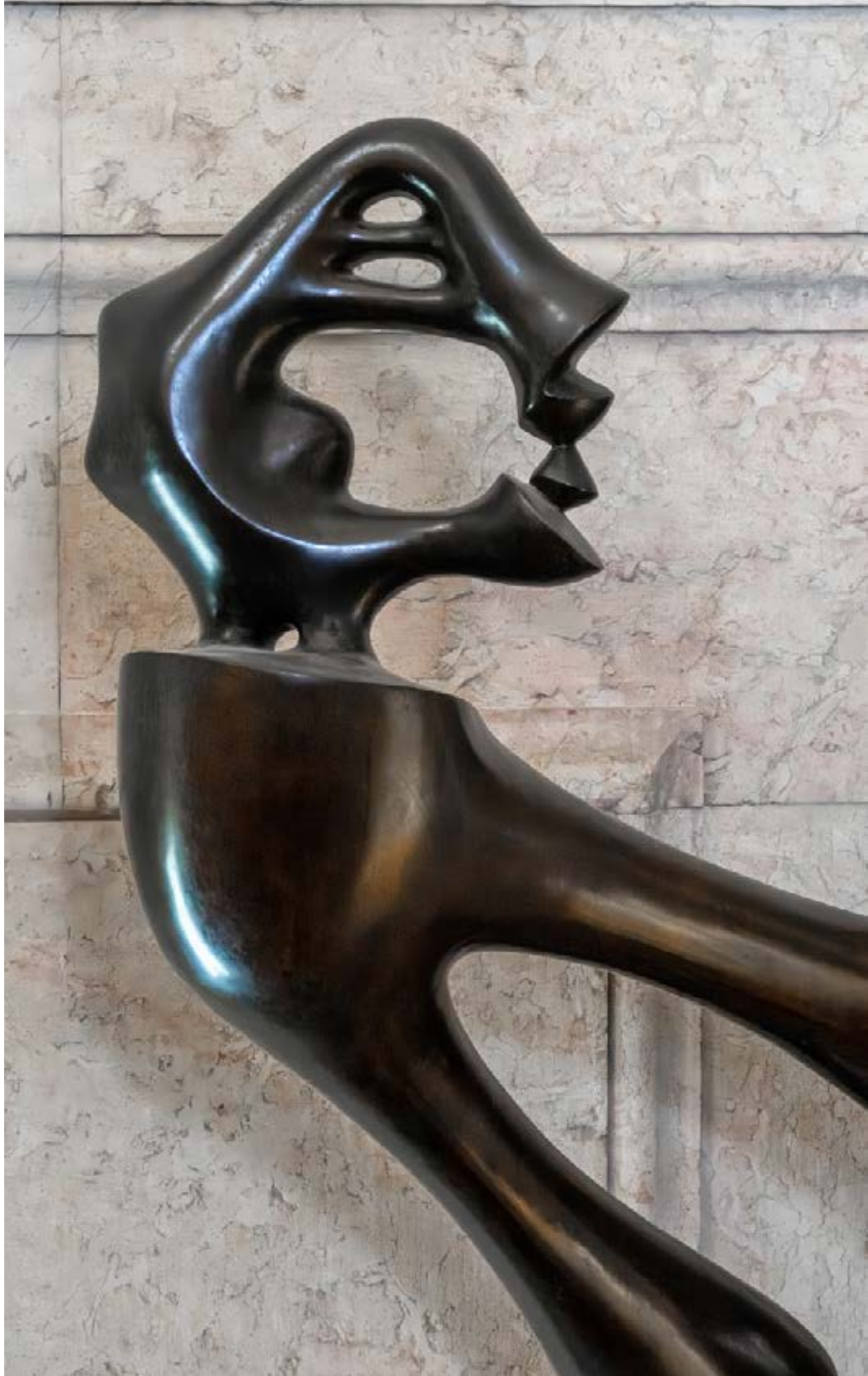
Sendo isso assim, apenas o reenvio para novo julgamento relativamente aos temas controversos poderá possibilitar que a vertente do exame dos factos pela avaliação da prova e possível reprodução ou produção da prova seja alcançado no tribunal naturalmente previsto para tal e com o recurso à plenitude probatória e inclusivamente a presença do arguido¹⁰.

Agradeço a oportunidade que me foi dada para esta exposição, lamento as circunstâncias que minimizam seguramente, piorando-o, o eventual proveito que poderiam retirar da mesma. •



⁹ Tal conaturalidade evidencia-se pela excepcional ocorrência de casos decididos em recurso nos termos e com os fundamentos do n.º 2 do artigo 410.º do CPP.

¹⁰ Este tema, o da presença do arguido, foi evidenciado durante as intervenções que me antecederam e, ao limite, põe em causa até o modo de funcionar dos tribunais superiores quando conhecem, em audiência, o tema da factualidade e sua prova, ou podem conhecê-la. É que se tratará, assim, de uma audiência, sim, mas sem julgamento, em a presença do julgado.



A ALTERAÇÃO AO ARTIGO 400.º, N.º 1, AL. E), DO CPP PELA LEI N.º 94/2021, DE 21 DE DEZEMBRO: recurso para o STJ de decisão de condenação pela relação, em recurso, em caso de absolvição em 1.ª instância

José Luís Lopes da Mota
Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça

1 | Dispunha o artigo 400.º, n.º 1, al. e), do Código de Processo Penal (CPP), na redação introduzida pela Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, que não era admissível recurso de acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações que aplicassem pena não privativa de liberdade ou pena de prisão não superior a 5 anos.

Na sua redação atual, com a alteração introduzida pelo artigo 11.º da Lei n.º 94/2021, 21 de dezembro, passou este preceito a dispor que não é admissível recurso de acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações, que apliquem pena não privativa da liberdade ou pena de prisão não superior a 5 anos, exceto no caso de decisão absolutória em 1.ª instância.

Este alargamento do âmbito do recurso de decisões dos tribunais da Relação que, inovatoriamente, face a decisões absolutórias proferidas em 1.ª instância, apliquem penas não privativas da liberdade ou penas de prisão não superiores a 5 anos realizou-se, porém, em dois momentos distintos: num primeiro momento, em consequência da declaração de inconstitucionalidade parcial da norma, pelo Acórdão do Tribunal Constitucional (TC) n.º 595/2018, alargou-se a possibilidade de recurso aos casos em que é aplicada pena de prisão (efetiva); num segundo momento, por virtude da alteração introduzida pela Lei n.º 94/2021, recolheu-se esta declaração de inconstitucionalidade no texto da lei e alargou-se a sua previsão aos casos de aplicação de penas alternativas à pena de prisão.

No que se segue, explicitam-se os antecedentes, os motivos e o alcance destas alterações, fundados em razões de constitucionalidade e de respeito pelas obrigações assumidas pelo Estado Português em virtude da ratificação do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), na sequência da apreciação do 5.º relatório de aplicação deste instrumento de direito internacional e das subseqüentes “observações” do Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas¹.

¹ Comité instituído pelo artigo 28.º do PIDCP.

2 | Decidiu-se no Acórdão do TC n.º 595/2018, de 13 de novembro de 2018: “(...) o Tribunal Constitucional declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma que estabelece a irrecorribilidade do acórdão da Relação que, inovadoramente face à absolvição ocorrida em 1.ª instância, condena os arguidos em pena de prisão efetiva não superior a cinco anos, constante do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do Código de Processo Penal, na redação da Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, por violação do artigo 32.º, n.º 1, conjugado com o artigo 18.º, n.º 2 da Constituição”.

Limitando a declaração de inconstitucionalidade aos casos de aplicação de pena de prisão – a única dimensão normativa do preceito sobre a qual, nesse acórdão, importava emitir um juízo de inconstitucionalidade² –, e estabelecendo uma distinção entre esta pena e as penas alternativas no que respeita aos seus efeitos ao nível da restrição do direito à liberdade, constitucionalmente protegido (artigo 27.º da Constituição), o TC considerou que “em contraste com a execução coativa das penas não detentivas, a execução da pena de prisão efetiva não pode ser condicionada por qualquer decisão adicional” e que “não existe qualquer outro meio de defesa ao dispor do condenado para impedir, atenuar ou sequer adiar a execução da prisão efetiva em que é definitivamente condenado”, concluindo que, na ponderação da conciliação com o direito ao recurso enquanto componente do direito de defesa (artigo 32.º, n.º 1, da Constituição), “a ausência de possibilidade de recurso implica a imediata restrição forçada da sua liberdade o que demonstra o imperativo de se reconhecer ao condenado o direito ao recurso enquanto valor garantístico próprio – e único! – no quadro das garantias de defesa constitucionalmente asseguradas ao arguido”.

A este propósito, destacam-se da fundamentação as seguintes considerações:

“O desvalor constitucional que se identifica na impossibilidade de interpor recurso da condenação em pena de privação da liberdade proferida pelo tribunal de recurso em reversão da absolvição de 1.ª instância, não tem paralelo nos casos em que à revogação da sentença absolutória proferida em primeira instância se segue a aplicação de uma pena de multa. Diante destas circunstâncias, a compressão do conteúdo do direito ao recurso traduzida na impossibilidade de impugnar as

² Ficaram expressamente excluídas do âmbito de apreciação “outras dimensões normativas extraídas do mesmo preceito legal (...), apesar de terem sido também já objeto de apreciação pelo Tribunal Constitucional”, indicando-se, designadamente, as “normas que estabelecem a irrecorribilidade, respetivamente, do (i) «acórdão proferido, em recurso, pelo Tribunal da Relação que aplique pena privativa da liberdade não superior a cinco anos, revogando a suspensão da execução da pena de prisão decretada pelo tribunal de 1.ª instância» (Acórdão n.º 101/2018); (ii) do «acórdão da Relação que, perante a absolvição ocorrida em 1.ª instância, condene o arguido em pena de multa alternativa, atentando, no âmbito do estabelecimento das consequências jurídicas do crime subjacente a tal condenação, apenas nos factos tidos por demonstrados na sentença absolutória» (Acórdão n.º 672/2017); e, finalmente, (iii) dos «acórdãos proferidos, em recurso pelas Relações que, após decisão absolutória de 1.ª instância, condenem e apliquem pena de multa a arguida pessoa coletiva» (Acórdão n.º 128/2018)”.

consequências jurídicas do crime impostas na primeira decisão condenatória quando estas se saldarem na imposição de uma pena de prisão representa um sacrifício dos direitos fundamentais do arguido de tal ordem que não encontra já fundamento suficiente no propósito em si legítimo de racionalização do acesso ao Supremo Tribunal de Justiça. Deste modo, ainda que, no contexto em questão, a Constituição não atribua ao direito ao recurso uma proteção absoluta, negar ao arguido a possibilidade de se defender – *ex post facto* – desta decisão constitui uma afetação de tal modo relevante da posição da defesa que sempre exigiria, como contrapeso valorativo, a justificação num interesse público de relevo equivalente. (...) Em suma, ao negar o acesso a uma reapreciação por um tribunal superior (no caso o Supremo Tribunal de Justiça) a norma atinge o direito ao recurso de forma excessivamente gravosa porquanto de consequências fundamentais na posição jurídica do arguido, designadamente na sua liberdade. É, por isso, inconstitucional por violar o artigo 32.º, n.º 1, conjugado com o artigo 18.º, n.º 2 da Constituição” (pontos 24 e 25).

A declaração de inconstitucionalidade resultou de pedido do Ministério Público, ao abrigo do disposto nos artigos 281.º, n.º 3, da Constituição e 82.º da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15 de novembro), com fundamento na circunstância de a dimensão normativa da al. e) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP, em referência, já ter sido julgada inconstitucional, pelo TC, em, pelo menos, três casos concretos, facto evidenciado pelo Acórdão n.º 429/2016, proferido em Plenário, que veio reverter a jurisprudência do Tribunal relativamente à constitucionalidade da norma *sub judicio*³, seguido das Decisões Sumárias n.º 664/2016 (2.ª Secção), e n.º 132/2018 (1.ª secção).

Na análise do direito ao recurso como garantia de defesa em processo penal prevista no artigo 32.º, n.º 1, da Constituição convocou o TC, enquanto normas de direito internacional que vinculam o Estado Português ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos⁴, o artigo 14.º, n.º 5, do PIDCP⁵ que prevê que:

«Qualquer pessoa declarada culpada de crime terá o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade e a sentença em conformidade com a lei», e o artigo 2.º do Protocolo n.º 7 à Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)⁶, que estabelece o «direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal»⁷.

³ Cfr. pontos 15 e 16 do acórdão n.º 595/2018.

⁴ Cfr. ponto 11 do mesmo acórdão.

⁵ Aprovado para ratificação por Portugal pela Lei n.º 29/78, de 12 de junho.

3 | A questão da admissibilidade do recurso de decisão do tribunal da Relação de aplicação de pena alternativa à pena de prisão (suspensão de execução da pena de prisão) foi apreciada no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30.10.2019, proferido no processo n.º 455/13.GBCNT.C2.S1⁸, o qual, em conformidade com a jurisprudência pacífica deste tribunal, nele citada, rejeitou o recurso interposto pelo arguido, por inadmissibilidade, nos termos dos artigos 400.º, n.º 1, al. e), na redação da Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, e 432.º, n.º 1, al. b), do CPP, segundo o qual se recorre para o STJ de decisões que não sejam irrecorríveis proferidas pelas relações, em recurso, nos termos do artigo 400.º.

O arguido havia sido absolvido em 1.ª instância e, na procedência dos recursos interpostos pelo Ministério Público e pelo assistente, foi condenado pelo Tribunal da Relação de Coimbra, o qual, alterando a matéria de facto, lhe aplicou a pena de 1 ano e 10 meses de prisão suspensa na sua execução, com regime de prova, pela prática de um crime de subtração de menor, p. e p. pelo artigo 249.º, n.º 1, al. c), do Código Penal.

Sendo de afastar a aplicação do juízo de inconstitucionalidade contido no acórdão do TC n.º 595/2018, por não estar em causa a aplicação de uma pena de prisão, o acórdão apreciou a questão, a que respondeu negativamente, de saber se, no caso, se deveria afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação da norma da al. e) do n.º 1 do artigo 400.º na dimensão normativa não declarada inconstitucional e a de saber se possibilidade de admissão do recurso encontrava apoio em norma de direito internacional recebida no ordenamento jurídico nacional.

Começando pela análise da questão na perspetiva das normas relevantes do sistema internacional de proteção dos direitos fundamentais, vigentes na ordem interna (PIDCP, CEDH e Protocolo n.º 7 a esta Convenção, anteriormente referidos), consignou-se o seguinte no acórdão em referência:

18. O artigo 14.º, n.º 5, do PIDCP estabelece que «Qualquer pessoa declarada culpada de crime terá o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade e a sentença em conformidade com a lei». Esta disposição foi considerada no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 595/2018, apenas para «enquadra-

⁶ A CEDH foi aprovada para ratificação por Portugal pela Lei n.º 65/78, de 13 de outubro; o Protocolo n.º 7 foi aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 22/90, de 27 de setembro, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 51/90, da mesma data.

⁷ O n.º 1 deste preceito consagra o direito de acesso de «qualquer pessoa declarada culpada de uma infração penal por um tribunal» a «uma jurisdição superior» que reexamine «a declaração de culpabilidade ou a condenação», que admite como exceções possíveis, nos termos do n.º 2, os casos de «infrações menores, definidas nos termos da lei» e as situações em que «o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição» ou as situações em que, após um julgamento que tenha conduzido a uma absolvição, «o interessado tenha sido (...) declarado culpado e condenado» em julgamento de recurso.

⁸ Acessível em <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:STJ:2019:455.13.3GBCNT.C2.S1.91>.

mento» da análise do direito ao recurso (ponto 11).

De acordo com a interpretação do Comité dos Direitos Humanos, a expressão «em conformidade com a lei» não visa «deixar a própria existência do direito ao exame à discrição dos Estados-Partes, uma vez que este direito é reconhecido pelo Pacto», devendo a referência à conformidade com a lei ser interpretada no sentido de que esta diz respeito às «modalidades do reexame, bem como ao tribunal competente para o efetuar, de acordo com o Pacto». Nesta interpretação, o artigo 14.º, n.º 5, é violado não só quando o condenado não tem direito ao recurso de uma condenação imposta «por um tribunal de 1.ª instância, mas também quando a condenação imposta por um tribunal de recurso ou por um tribunal de última instância, após absolvição por um tribunal de categoria hierárquica inferior, de acordo com o direito nacional, não pode ser revista por um tribunal de categoria superior», independentemente da gravidade da infração (do «Comentário Geral n.º 32» do Comité ao artigo 14.º do PIDCP, de 23.08.2007, 45⁹ e 47¹⁰, citando as comunicações 1095/2002, *Gomaríz Valera c. Espanha*, 64/1979, *Salgar de Montejo c. Colômbia*, e 1073/2002, *Terrón c. Espanha*¹¹).

A formulação do n.º 5 do artigo 14.º, de inspiração anglo-saxónica, levou alguns Estados europeus a apresentar reservas a esta disposição¹². Não tendo Portugal apresentado reserva suscetível de modificar o sentido e alcance deste preceito, suscitar-se-ão necessariamente questões relacionadas com as obrigações decorrentes da vinculação a este instrumento de direito internacional, pois que, embora não possuam a natureza vinculativa de uma decisão de um tribunal, as comunicações do Comité dos Direitos Humanos, pelas funções que lhe estão atribuídas, possuem determinante valor na interpretação do Pacto, que deve ser feita de boa fé, à luz do seu objecto e finalidade e tomando em consideração o acordo das partes sobre a aplicação das

⁹ 45. Parágrafo 45, original: “Article 14, paragraph 5 of the Covenant provides that anyone convicted of a crime shall have the right to have their conviction and sentence reviewed by a higher tribunal according to law. As the different language versions (crime, infraction, delito) show, the guarantee is not confined to the most serious offences. The expression “according to law” in this provision is not intended to leave the very existence of the right of review to the discretion of the States parties, since this right is recognised by the Covenant, and not merely by domestic law. The term according to law rather relates to the determination of the modalities by which the review by a higher tribunal is to be carried out, as well as which court is responsible for carrying out a review in accordance with the Covenant. Article 14, paragraph 5 does not require States parties to provide for several instances of appeal. However, the reference to domestic law in this provision is to be interpreted to mean that if domestic law provides for further instances of appeal, the convicted person must have effective access to each of them.”

¹⁰ Parágrafo 47, original: “Article 14, paragraph 5 is violated not only if the decision by the court of first instance is final, but also where a conviction imposed by an appeal court or a court of final instance, following acquittal by a lower court, according to domestic law, cannot be reviewed by a higher court. Where the highest court of a country acts as first and only instance, the absence of any right to review by a higher tribunal is not offset by the fact of being tried by the supreme tribunal of the State party concerned; rather, such a system is incompatible with the Covenant, unless the State party concerned has made a reservation to this effect.”

¹¹ Acessíveis em <https://digitallibrary.un.org/record/606075>.

¹² Em <https://treaties.un.org/pages/SearchResults.aspx?flag=Treaty&tab=UNTS>.

suas disposições (cfr. artigos 14.º, 21.º e 31.º da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados, de 23.05.1969 – RAR n.º 67/2003 e DPR n.º 46/2003, de 7 de Agosto).

Importa, todavia, notar que, embora o Pacto vigore na ordem interna, por via da ratificação (artigo 8.º, n.º 2, da Constituição, que contém uma regra de receção geral plena do direito internacional¹³), impondo a obrigação de respeitar e garantir os direitos nele reconhecidos (artigo 2.º), o artigo 14.º, n.º 5, requer expressamente a adoção de medidas legislativas de regulamentação do direito ao recurso, em conformidade com a obrigação resultante do n.º 2 do artigo 2.º, segundo o qual «cada Estado-Signatário» se «compromete» a «adotar, de acordo com os seus procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto, as medidas oportunas para implementar as disposições legislativas ou de outro género que sejam necessárias para tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto e que não estejam ainda garantidos por disposições legislativas ou de outro género». Donde decorre que, não se impondo que seja diretamente aplicável pelos tribunais, havendo inconsistências entre a lei interna e as disposições do Pacto, estas devam ser resolvidas por via das medidas legislativas necessárias para garantir o direito ao recurso tal como é garantido pelo artigo 14.º, n.º 5 (como se esclarece no «Comentário Geral n.º 31», de 29.03.2004, do Comité dos Direitos Humanos, onde se lê, no original: «13. Article 2, paragraph 2, requires that States Parties take the necessary steps to give effect to the Covenant rights in the domestic order. It follows that, unless Covenant rights are already protected by their domestic laws or practices, States Parties are required on ratification to make such changes to domestic laws and practices as are necessary to ensure their conformity with the Covenant. Where there are inconsistencies between domestic law and the Covenant, article 2 requires that the domestic law or practice be changed to meet the standards imposed by the Covenant's substantive guarantees. Article 2 allows a State Party to pursue this in accordance with its own domestic constitutional structure and accordingly does not require that the Covenant be directly applicable in the courts»¹⁴). Para maiores desenvolvimentos, ver Anja Seiber-Fohr, «Domestic Implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights Pursuant to its article 2 para.2», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 5, 2001, J.A. Frowein and Wolfrum (eds.), 2001, Kluwer Law International, Netherlands, pp. 399-472).

¹³ Cfr. Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 89.

¹⁴ Em <https://www.refworld.org/docid/478b26ae2.html>

Nesta conformidade, se deve, assim, concluir que, apesar da desconformidade que se verifica entre a al. e) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP com o artigo 14.º, n.º 5, do Pacto, por não admitir o direito ao recurso da decisão condenatória da Relação proferida em recurso de decisão de absolvição da 1.ª instância, não se encontra base legal nesta disposição de direito internacional para admissão do presente recurso para o Supremo Tribunal de Justiça”.

19. A CEDH não contém norma expressa sobre o direito ao recurso, mas o artigo 53.º dispõe que nenhuma das suas disposições pode ser interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis dos Estados-Partes ou de qualquer convenção em que estes sejam partes, como seria o caso do PIDCP, se aplicável nas condições anteriormente referidas.

20. O artigo 2.º do Protocolo n.º 7 da CEDH (1984), veio reconhecer o «direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal», consagrando no n.º 1 o direito de acesso de «qualquer pessoa declarada culpada de uma infração penal por um tribunal» a «uma jurisdição superior» que reexamine «a declaração de culpabilidade ou a condenação».

Este direito pode, porém, ser limitado pelas exceções previstas no n.º 2, relevantes para o caso em análise, em que se incluem as «infrações menores, definidas nos termos da lei» e as situações em que «o interessado [tenha sido] declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição».

Pelo que, incluindo-se o presente caso nestas exceções, nenhuma questão se suscita a propósito da conformidade da lei interna com esta disposição, que, apesar da sua aplicabilidade, não oferece fundamento para admissão do recurso.

21. O direito ao recurso consagrado no artigo 32.º n.º 1, da Constituição constitui uma garantia do direito de defesa, objeto de larga elaboração jurisprudencial, relativamente à qual o legislador dispõe de uma margem de conformação na lei ordinária, desde que as soluções desta não limitem «de forma desrazoável, arbitrária ou desproporcionada» as possibilidades de recorrer, nem atinjam o «conteúdo essencial das garantias de defesa» do arguido, como tem sido reafirmado e se lê no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 595/2018 (cit., n.º 17). A Constituição, de acordo com a jurisprudência constante do Tribu-

nal Constitucional, não oferece, pois, garantia de recorribilidade da decisão condenatória em qualquer pena que, em recurso, se apresente como inovatória face à absolvição em 1.^a instância. Neste acórdão, sublinha o Tribunal a existência de uma «diferença qualitativa entre a pena de prisão e todas as outras penas que deve ser relevada na verificação do direito ao recurso, enquanto garantia de defesa do arguido», pois que «quanto mais grave for a pena aplicada (i.e., quanto mais intensa for a potencial violação dos direitos do arguido), maior necessidade existe de garantir o direito ao recurso».

É, por conseguinte, a consideração da gravidade da pena que fundamenta o juízo de inconstitucionalidade vertido no acórdão n.º 595/2018, na consideração de que a pena de prisão constitui «a mais intensa restrição» do direito fundamental à liberdade. O que não sucede, como se nota no mesmo acórdão (pontos 22 a 24), com a aplicação de uma pena de multa, cujo regime pode, em caso de incumprimento, levar à execução de uma pena de prisão (artigo 43.º, n.º 2, que prevê o cumprimento da pena de prisão em caso de não pagamento da multa de substituição, e artigo 49.º, n.º 1, que prevê o cumprimento da prisão subsidiária da pena de multa).

22. Estas considerações relativas à menor gravidade da pena de multa mostram-se perfeitamente transponíveis para o caso em que esteja em causa a aplicação de uma pena de prisão suspensa na sua execução, a qual não tem por consequência direta uma privação do direito à liberdade, que só será afetado em caso de revogação da suspensão, por violação grosseira ou repetida dos deveres ou regras de conduta impostos ou do plano de reinserção social, ou ainda por virtude da prática de crime, nos termos previstos no artigo 56.º do Código Penal. Tanto num caso como no outro, a privação da liberdade só poderá ocorrer por razão imputável ao condenado, mas não diretamente por virtude da condenação.

23. Embora numa perspetiva diferente, em que se suscitava também a questão de respeito pelo artigo 2.º do Protocolo n.º 7 à CEDH, pronunciou-se o Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 682/2006, no sentido da não inconstitucionalidade da al. e) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP em caso de aplicação pela Relação, em recurso de decisão de absolvição da 1.^a instância, de pena de prisão suspensa na sua execução, dizendo: «Não se pode (...) considerar infringido o n.º 1 do

artigo 32.º da Constituição (...) já que a apreciação do caso por dois tribunais de grau distinto tutela de forma suficiente as garantias de defesa constitucionalmente consagradas». E reiterando o consignado no acórdão n.º 352/98: «se a Convenção Europeia dos Direitos do Homem deve ser perspectivada num sentido de aplicação direta no ordenamento jurídico nacional, é necessário não olvidar que, se dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais já se retirarem, em todas as suas vertentes (...), os alcance e sentido que porventura se encontrem naquela Convenção, nada lhe sendo, pois, acrescentado por esta, o recurso à mesma é, de todo e na realidade das coisas, destituído de sentido (...); «como se viu, as exigências tutelares assinaladas ao mencionado preceito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem em nada se diferenciam, quanto às garantias de defesa dos arguidos, *principaliter* no que tange com o direito a um duplo grau de jurisdição, das que se encontram concretizadas no artigo 32.º, n.º 1, da Constituição».

24. Chamado a pronunciar-se sobre esta questão, este Supremo Tribunal tem decidido uniformemente no sentido da inadmissibilidade do recurso, restringindo a exceção do direito ao recurso da alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º unicamente em conformidade com a declaração de inconstitucionalidade do acórdão n.º 595/2018. Como se vê nos sumários dos seguintes acórdãos: Acórdão de 19.09.2019, Proc. n.º 8083/15.2TDLSB (...); Acórdão de 05.09.2019, Proc. n.º 8/12.3GAM-DL.G3.S1 (...); Acórdão de 16.05.2019, Proc. n.º 407/14.6TAVRL.C1.S1 (...). Na jurisprudência anterior ao acórdão n.º 595/2018 do Tribunal Constitucional, em idêntico sentido, pode ver-se o acórdão de 13.07.2017, Proc. 67/13.1GATVD.L1.S (...).

25. No voto de vencido do acórdão 16.05.2019, Proc. 407/14.6TAVRL.C1.S1, que convocou a «declaração de voto» do Presidente do Tribunal Constitucional no acórdão n.º 595/2018, considerou-se, designadamente, que «ocorreu uma alteração da matéria de facto e, em consequência desta alteração, houve uma alteração de um juízo inicial de absolvição, sem análise da culpabilidade do arguido e sem determinação da medida da pena, tendo-se passado para uma apreciação da culpabilidade e para a aplicação inovatória de uma pena, ainda que não se trate de uma pena de prisão efetiva», pelo que «o direito ao recurso do arguido só neste segundo momento pode ser exercido»;

não estando «assegurado» «o direito a uma dupla jurisdição, ou a uma via de recurso, imposta pelo disposto no art. 32.º, da CRP», é imposta ao arguido «uma restrição de um direito fundamental». Na referida «declaração de voto» considerou o Presidente (...) que, «do lado da fundamentação, se adscrive um peso porventura excessivo ao problema de determinação da sanção», «à custa de uma relativa subvalorização do direito fundamental ao recurso, consignado no n.º 1 do artigo 32.º da Lei Fundamental»; pelo que não parecendo «que haja uma diferença decisiva ditada pela natureza da pena, em definitivo aplicada» e havendo, «do ponto de vista teleológico e político-criminal», «uma grande comunicabilidade entre a condenação em prisão efectiva e, por exemplo, a condenação em multa», isto «leva a acreditar — e esperar — que em ulteriores pronunciamentos, o Tribunal Constitucional reequacione o alargamento do alcance do seu exame e dos seus juízos na direcção que fica sugerida», «pelo menos, na direcção da multa aplicada a pessoa singular».

Ora, atentos os fundamentos da decisão no acórdão n.º 595/2018, que reconhecem a restrição do direito ao recurso, mas que a aceita como razoável e proporcional, não parece que, no estado actual da legislação e da jurisprudência, sólida e consequentemente se possa fundar um juízo de inconstitucionalidade conducente à não aplicação da al. e) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP na dimensão normativa que agora releva, de modo a admitir-se o presente recurso.”

Nesta conformidade, concluiu-se, como se disse, pela não admissibilidade do recurso, de acordo com o disposto na primeira parte da alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP, na redação da Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, segundo a qual não é admissível recurso de acórdãos proferidos pelo Tribunal da Relação que apliquem pena não privativa da liberdade.

4 | O referido acórdão do STJ de 30.10.2019, proferido no processo n.º 455/13.GBCNT.C2.S1, veio a ser invocado pelo “*Forum Penal – Associação dos Advogados Penalistas*” para consideração na 128.ª sessão do Comité dos Direitos Humanos (ONU, Genebra, 5-6 de março de 2020)¹⁵, em que se discutiu o 5.º relatório periódico de Portugal relativo à aplicação do Pacto Internacional Sobre os Direitos Cíveis e Políticos¹⁶.

Na sequência do diálogo que então teve lugar, o Comité dos Direitos Hu-

¹⁵ Documento acessível em https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/PRT/INT_CCPR_CSS_PRT_41536_E.pdf.

manos, lamentando a não conformidade da lei interna com o artigo 14.º, n.º 5, do Pacto, dirigiu a Portugal uma observação no sentido de proceder à alteração da legislação para assegurar essa conformidade (“Concluding observations”, de 28.4.2020: “5. The State party should consider amending its legislation to ensure conformity with article 14 (5) of the Covenant”¹⁷).

Estas “observações” vieram a ser consideradas, por proposta do Ministério da Justiça¹⁸, no texto de substituição apresentado, em conjunto, pelos Grupos Parlamentares do PS e do PSD, na Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, visando, para além do mais, alterações ao CPP no âmbito das medidas incluídas no designado “pacote anticorrupção”¹⁹.

Substituindo o texto do Projeto de Lei n.º 876/XIV/2.ª, da iniciativa do PSD, e com idêntica formulação, aquele texto de substituição, aprovado por unanimidade, veio a dar origem ao atual texto da al. e) do n.º 1 do artigo 400.º, que reproduz aquela proposta, nos seus precisos termos, na redação introduzida pela Lei n.º 94/2021, 21 de dezembro²⁰.

Na sua formulação inicial, constante do Projeto de Lei n.º 876/XIV/2.ª, a alteração legislativa era justificada exclusivamente pelo objetivo de “acolher em letra de lei a jurisprudência do Tribunal Constitucional, através dos seus acórdãos n.º 595/2018, de 13 de novembro, e n.º 31/2020, de 16 de janeiro²¹, reafirmando o direito dos arguidos a recorrer, ao menos por uma vez, das decisões condenatórias após uma decisão absolutória da 1.ª instância”.

5 | Em conclusão, pode, pois, afirmar-se que a alteração à al. e) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP, levada a efeito pelo artigo 11.º da Lei n.º 94/2021, 21 de dezembro, tomando em consideração a jurisprudência do TC, em particular no que respeita à admissibilidade de recurso para o STJ de decisões de condenação em penas de prisão inferiores a 5 anos (Acórdão n.º 595/2018) e em

¹⁶ Relatório apresentado nos termos do artigo 40.º do Pacto. A informação sobre a 128.ª sessão do Comité, que teve lugar em Genebra, nos dias 5 e 6 de março de 2020, em que foi discutido o relatório de Portugal encontra-se disponível em https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1371&Lang=en.

¹⁷ “Concluding observations” acessíveis em <https://digitallibrary.un.org/record/3861506>.

¹⁸ Na sequência de informação do signatário, que, por indicação da Senhora Ministra da Justiça, foi designado para chefiar a delegação portuguesa (https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fLOP%2fPRT%2f41677&Lang=en).

¹⁹ Lei 94/2021, de 21 de dezembro, que aprova medidas previstas na Estratégia Nacional Anticorrupção, alterando o Código Penal, o Código de Processo Penal e leis conexas.

²⁰ Cfr. o Projeto de Lei n.º 876/XIV/2.ª (PSD), DAR II Série-A, n.º 150, de 11 de junho de 2021, e o “Relatório da discussão e votação ocorridas no âmbito da nova apreciação, tendo como anexo propostas de alteração apresentadas pelo PS e PSD e pelo CDS-PP, e texto de substituição da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias”, DAR II Série-A, n.º 39, de 17 de novembro de 2021.

²¹ O Acórdão do TC n.º 31/2020 julgou “inconstitucional a norma resultante da conjugação dos artigos 432.º, n.º 1, alínea b) e 400.º, n.º 1, alínea e), ambos do Código de Processo Penal, na redação introduzida pela Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, na interpretação segundo a qual não é admissível recurso, para o Supremo Tribunal de Justiça, de acórdãos proferidos em recurso, pelas Relações, que condenem os arguidos em pena de multa, ainda que as decisões recorridas da 1ª Instância sejam absolutórias, por violação do artigo 32.º, n.º 1, da Constituição”.

penas de multa (Acórdão n.º 31/2020) proferidas pelo tribunal da Relação em recurso de decisões de absolvição em 1.ª instância, satisfaz a obrigação de cumprimento de obrigação internacional do Estado Português enquanto Estado-Parte do PIDCP, espoletada pelo acórdão do STJ de 30.10.2019, proferido no processo n.º 455/13.GBCNT.C2.S1, no respeito pelo direito internacional sobre direitos humanos enquanto princípio constitucional implícito (art.º 7.º da Constituição).

Esta alteração da al. e) não comporta, porém, qualquer efeito nos poderes de cognição do STJ, limitados ao reexame da matéria de direito (artigo 434.º do CPP). •



RECURSOS PENAIS PARA O STJ E PROCESSO CIVIL

Nuno Brandão

Professor, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

RESUMO: Analisa-se, em diálogo crítico com a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, a possibilidade de apelo subsidiário, no âmbito do segundo grau de recurso em matéria penal, de normas do Código de Processo Civil que garantem o acesso, em recurso, ao Supremo Tribunal de Justiça com fundamento na ofensa do caso julgado ou quando estejam em causa questões cuja apreciação, pela sua relevância jurídica, seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito, interesses de particular relevância social ou uma oposição de julgados (revista excepcional).

PALAVRAS-CHAVE: Recurso penal; Caso julgado; Revista excepcional.

1 | Aproximação ao tema

Fomos desafiados a abordar a problemática da autonomia dos recursos em processo penal face ao processo civil. No essencial, está em causa a questão da aplicabilidade à matéria dos recursos ordinários do processo penal de normas do Código de Processo Civil (“CPC”) susceptíveis de abrir caminho à intervenção do Supremo Tribunal de Justiça (“STJ”), em recurso, que de outro modo estaria vedada pelas disposições do Código de Processo Penal (“CPP”). Trata-se, portanto, de um problema de recorribilidade.

O apelo ao CPC para franquear o acesso ao Supremo tem ocorrido em duas frentes. A primeira, já antiga e objecto de prolongada controvérsia jurisprudencial, envolve a alegação da violação do caso julgado e a invocação da alínea a) do n.º 2 do artigo 629.º do CPC, “é sempre admissível recurso: a) Com fundamento na violação das regras de competência internacional, das regras de competência em razão da matéria ou da hierarquia, ou na ofensa

de caso julgado”. E a segunda, mais recente, passa pela defesa da extensão ao processo penal da figura da revista excepcional prevista no n.º 1 do artigo 672.º do CPC.

A jurisprudência do STJ tende a negar a aplicabilidade ao processo penal daquelas disposições do CPC, acolhendo-se, em geral, na ideia de que o regime normativo dos recursos penais é completo e caracteriza-se por uma pretensão de autonomia face ao processo civil, procedendo a um tratamento esgotante das suas dimensões essenciais. Não havendo lacunas a assinalar a esse regime, não há razão para apelar ao CPC.

Na minha intervenção procurarei estabelecer um diálogo com esta jurisprudência, com a qual, diga-se desde já, estou largamente de acordo. Embora possam ser encaradas sob o prisma comum da aplicação do CPC ao domínio processual penal dos recursos ordinários, o recurso com fundamento em ofensa do caso julgado e o recurso de revista excepcional aparecem-nos em planos diferentes e relacionam-se com as normas penais relativas ao recurso de uma forma distinta. Justificam, por isso, um tratamento também ele diferenciado.

As razões que estão por trás do movimento que preconiza este alargamento do campo da recorribilidade, mediante aplicação subsidiária das normas do processo civil, sobretudo as relativas à revista excepcional, ligam-se à compreensão restritiva que o Supremo vem adoptando acerca das normas processuais penais relativas ao duplo grau de recurso e dos pressupostos de funcionamento dos recursos para fixação de jurisprudência. Arriscando embora uma ligeira fuga ao tema designado, tomarei a liberdade de partilhar o meu juízo crítico sobre o definhamento da função nomofiláctica que ao Supremo é atribuída.

2 | Recurso fundado em ofensa do caso julgado

2.1. No processo civil, o *recurso baseado na ofensa do caso julgado material ou formal* poderá ter lugar quando é a *própria decisão recorrida* a atentar contra o caso julgado¹. Via de regra, não abrangerá casos em que uma das partes alegue a sua violação pela 1.ª instância e tal seja apreciado mas não reconhecido pela Relação. Quando isso suceda, a alínea a) do n.º 2 do artigo 629.º do CPC não abrirá caminho a um terceiro grau de jurisdição, a cargo do STJ, naturalmente. Esse preceito não pretende, pois, assegurar um triplo grau de jurisdição às alegações de infracção ao caso julgado. O que tem

¹ Acórdão do STJ de 17.11.2015, processo n.º 34/12.2TBLMG.C1.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt> e A. Abrantes Geraldês, *Recursos em Processo Civil*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2020, Art. 629.º, 5., p. 54.

em vista é coisa bem diferente: é garantir que uma decisão que, ela própria, afronte o caso julgado não fique imune ao recurso. De modo que engloba quer recursos interpostos de sentenças da 1.^a instância, quando estas sejam irrecuráveis (por exemplo, em virtude do valor da acção), quer de acórdãos da Relação. Mas isto, como se disse, desde que a ofensa ao caso julgado radique na própria decisão recorrida.

Temos, pois, que o campo de actuação da alínea a) do n.º 2 do artigo 629.º do CPC no seu habitat próprio, o processo civil, não tem correspondência no processo penal.

Neste último, ao contrário do processo civil, todas as sentenças de 1.^a instância são passíveis de recurso ordinário, pelo que um recurso fundado numa violação do caso julgado por parte de sentença de 1.^a Instância será sempre admissível nos termos gerais (artigo 399.º do CPP). E mesmo que a questão do caso julgado se ponha antes, sendo objecto de alguma decisão interlocutória, relativa à possibilidade de conhecimento do mérito da causa ou ao desrespeito por alguma decisão de carácter processual já definitivamente tomada, será, em regra, possível a sua impugnação, também com base no princípio da recorribilidade (artigo 399.º do CPP). Tratando-se de decisões penais de 1.^a Instância, a alínea a) do n.º 2 do artigo 629.º do CPC nada acrescenta no sentido da recorribilidade.

O preceito também não alarga o campo da recorribilidade de decisões da Relação que, em recurso, se debrucem sobre uma eventual violação do caso julgado vinda de trás, da 1.^a Instância. Aí a Relação intervém em segundo grau de jurisdição, pelo que se trata de um tipo de actuação que escapa ao âmbito de aplicação da alínea a) do n.º 2 do artigo 629.º do CPC. Como se referiu, esta norma não garante um triplo grau de jurisdição sobre uma questão de ofensa ao caso julgado, pelo que não é possível através dela ultrapassar uma irrecurribilidade do acórdão da Relação que seja ditada pelo n.º 1 do artigo 400.º do CPP.

2.2. Feitas estas delimitações, como se impõe, o único campo de acção possível que poderá sobrar para a alínea a) do n.º 2 do artigo 629.º do CPC em matéria de recursos penais circunscreve-se então às *decisões proferidas pela Relação, no âmbito de recurso, que envolvam, elas próprias, uma inobservância de um caso julgado material ou formal já formado no processo*. E aí, como a experiência demonstra, o interesse em agir está longe de ter de residir apenas no arguido. É perfeitamente possível, e tem acontecido, que o sujeito processual que se queira prevalecer do caso julgado, tido como ofendido pela Relação, seja o Ministério Público ou o assistente². É nestes casos

² Cf., v. g., o Acórdão do STJ de 24.09.2015, processo n.º 213/12.2TELSB-F.L1.S1-5, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

que se usa invocar a previsão da alínea a) do n.º 2 do artigo 629.º do CPC para sustentar a recorribilidade da decisão da Relação que incorra nessa ofensa, nomeadamente no caso de o recurso esbarrar em uma das exceções ao princípio da recorribilidade previstas no n.º 1 do artigo 400.º do CPP.

Vemos então que uma eventual resposta no sentido da recorribilidade com fundamento na violação do caso julgado de modo algum implica que se possa escancarar o recurso para o Supremo a todos os aspectos objecto da decisão recorrida ou a todos os vícios de que ela enferme. Bem pelo contrário, na linha da interpretação da alínea a) do n.º 2 do artigo 629.º do CPC que as Secções Cíveis do STJ vêm adoptando, um recurso para o STJ admitido ao abrigo dessa norma, pelo facto de a violação do caso julgado pela Relação se afigurar plausível, só poderá versar sobre essa ofensa³. E nada mais. O Supremo deverá então limitar-se a conhecer a violação do caso julgado impetrada pelo recorrente, rejeitando outras impugnações que o recorrente porventura leve ao recurso se estiverem sujeitas a uma cláusula de irrecorribilidade.

2.3. Resta, porém, saber se a alínea a) do n.º 2 do artigo 629.º do CPC é aplicável ao processo penal. O STJ começou por dizer que sim e agora vem dizendo de forma sistemática que não.

A *favor* da aplicabilidade subsidiária dessa norma (artigo 4.º do CPP) aduz-se a ideia de ordem pública ligada ao caso julgado, argumentando-se que se ela vale para o processo civil então, por maioria de razão, não poderá deixar de valer para o processo penal⁴. Invoca-se ainda, e sobretudo, a necessidade de garantir que uma eventual ofensa ao caso julgado não escape a um duplo grau de jurisdição⁵. *Contra*, objecta-se com a inexistência de qualquer lacuna: não há razão para apelar subsidiariamente ao CPC desde logo e decisivamente porque não há lacuna alguma que careça de ser integrada. Se o CPP quer regular e regula de forma esgotante os traços essenciais dos recursos ordinários – no que vai incluído, obviamente, a definição do que pode e do que não pode ser sujeito a recurso para o Supremo – não há motivo para reivindicar a aplicação subsidiária da alínea a) do n.º 2 do artigo 629.º do CPC⁶.

Esta tese no sentido da autonomia do regime processual penal dos recursos penais⁷ parece-me bem fundada e por isso merecedora de acolhimen-

³ Acórdãos do STJ de 17.11.2015, cit., de 18.10.2018, processo n.º 3468/16.0T9CBR. C1.S1, e de 28.11.2018, processo n.º 408/16.0T8CTB. C1.S1, disponíveis em www.dgsi.pt. Cf. ainda Abrantes Gerales, Recursos em Processo Civil6, Art. 629.º, 5., pp. 54 s..

⁴ Acórdãos do STJ de 08.02.2001, processo n.º 3993/00, in: CJ STJ, 2001, I, pp. 229 e ss., de 12.09.2013, processo n.º 29/07.8 GEIDN.C1.S1, e de 24.09.2015, cit, disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

⁵ Acórdão do STJ de 08.02.2001, cit.

⁶ Em data recente, por outros, Acórdãos do STJ de 02.06.2021, processo n.º 184/12.5TELSB-R.L1.S1, e de 02.12.2021, processo n.º 184/12.5TELSB-N.L1.S1, disponíveis em <http://www.dgsi.pt>, ambos com mais referências jurisprudenciais neste sentido.

⁷ J. Narciso Cunha Rodrigues, “Recursos”, in Centro de Estudos Judiciários, O Novo Código de Processo Penal, Coimbra, Almedina, 1988, p. 384, e Acórdão do STJ n.º 9/2005.

to. São de todos conhecidos os argumentos que a favor dela se avançam. Logo por isso abster-me-ei de os reiterar. Mas não o farei ainda por outras diversas ordens de razões.

Em primeiro lugar, porque a posição – que, repito, perfilho – da autonomia dos recursos penais não tem de conduzir necessariamente ao desfecho da irrecorribilidade para o Supremo da decisão da Relação que, ela própria, seja incompatível com uma decisão anterior beneficiária da força de caso julgado. Com efeito, a experiência recente vem mostrando que até uma previsão expressa da lei processual penal no sentido da irrecorribilidade não tem necessariamente de significar a inviabilidade do recurso⁸. Tudo dependerá da compatibilidade de uma tal norma com os princípios constitucionais relevantes na matéria, em especial o direito ao recurso previsto no n.º 1 do artigo 32.º da Constituição.

Em segundo lugar, porque, à luz das regras actuais do CPP relativas à recorribilidade, nos casos mais relevantes de violação do caso julgado penal haverá sempre a possibilidade de interpor recurso para o Supremo, não se mostrando necessário o apelo à alínea a) do n.º 2 do artigo 629.º do CPC. Pense-se, por exemplo, na hipótese de decisão condenatória proferida pela Relação subsequente a absolvição que não havia sido impugnada, cuja recorribilidade resulta agora expressamente do disposto nos artigo 399.º e na alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP seja qual for a pena concretamente aplicada. E naqueles que caem nas malhas do n.º 1 do artigo 400.º do CPP, mas em que a violação do caso julgado envolva uma agravação da condenação e/ou uma ofensa de um direito fundamental (v. g., o princípio *ne bis in idem* ou o princípio da proibição da *reformatio in pejus*) o acesso ao Supremo será garantido por uma interpretação do regime do artigo 399.º e do n.º 1 do artigo 400.º do CPP conforme com o n.º 1 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa (“CRP”).

Em terceiro lugar e por fim, mas não menos importante, porque não se poderá deixar de questionar a verificação da premissa necessária à aplicação subsidiária que aqui se discute. A saber, a existência de uma relação de identidade ou, pelo menos, de forte proximidade material entre o caso julgado civil e o caso julgado penal, ao nível dos respectivos fundamentos, funções e pressupostos. Ora, o certo é que deparamos com institutos substancialmente distintos e encarados de forma diferente pela própria Constituição, designadamente pelo número 3 do artigo 282.º. Como é reconhecido pelo próprio Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 164/2008), “ao abordar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, o legislador constituinte procedeu, no n.º 3 do artigo 282.º da CRP, a uma

⁸ Paradigmático, os Acórdãos do Plenário do Tribunal Constitucional n.ºs 429/2016 e 595/2018, disponíveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

notória distinção entre «caso julgado penal» e «caso julgado civil».

Perspectivado o problema a estas luzes, importa avaliar se uma eventual ofensa do caso julgado imputável à própria Relação assume um relevo tal que por si só deva sempre justificar a abertura de um segundo grau de jurisdição. Isso será assim se for de entender que a afronta ao caso julgado representa per se um vício processual que, tendo em conta as normas constitucionais relevantes para a definição da recorribilidade, reclama necessariamente, no âmbito penal, um duplo grau de jurisdição. Mas é duvidoso que assim seja. Estando em causa um cenário em que o recurso para o Supremo é vedado pelo n.º 1 do artigo 400.º do CPP, das duas, uma: ou bem que essa ofensa ao caso julgado não é de tal monta que vá acompanhada de uma exigência constitucional de recurso, caso em que não se vê razão material para que se recorra à lei processual civil para abrir caminho a um grau de recurso que é negado pela lei processual penal; ou bem que a ofensa assume uma natureza em relação à qual Constituição exige um duplo grau de jurisdição, caso em que a ida ao CPC se torna dispensável.

É pacífico que a intangibilidade do caso julgado constitui um valor de estalão constitucional, essencialmente fundado no princípio da segurança jurídica. E ninguém duvidará que certas formas de ataque ao caso julgado envolverão a ofensa de direitos fundamentais que, numa dada situação processual, estão com ele irmanados. É o que paradigmaticamente sucederá quando se apresente sob a feição da dimensão processual do princípio *ne bis in idem*. Também o princípio da proibição da *reformatio in pejus* e o princípio da plenitude das garantias de defesa poderão ser substancialmente afectados por uma decisão da Relação que desconsidere um caso julgado material ou formal já constituído. E em tais hipóteses não poderá deixar de se admitir um duplo grau de jurisdição.

Sem embargo, o que esses casos revelam é que o direito ao recurso ligar-se-á não propriamente à ofensa do caso julgado, per se, mas antes e decisivamente à violação de normas processuais de natureza jusfundamental cuja tutela, de acordo com o n.º 1 do artigo 32.º da Constituição, não pode prescindir de um duplo grau de jurisdição.

Tudo isto mostra, a meu ver, que não é a ofensa ao caso julgado per se que reclama um duplo grau de jurisdição. E se assim é, não se justifica bater à porta do processo civil para abrir caminho a um recurso de revista que não é legalmente previsto pelas normas processuais penais e não é, além disso, constitucionalmente exigido.

3 | Recurso de revista excepcional

3.1. Muito mais simples me parece o problema relativo à admissibilidade no processo penal do recurso de revista excepcional previsto no n.º 1 do artigo 672.º do CPC. Admissibilidade que, se for afirmada, permitirá a abertura de um terceiro grau de jurisdição para discussão de uma questão de direito que, pela sua relevância jurídica, careça de uma intervenção do Supremo para melhor aplicação do direito, que envolva interesses de particular relevância social ou que esteja em contradição com decisão anterior proferida por um tribunal superior. Nas palavras de Abrantes Geraldês, “o preceito atenua o efeito da regra geral (...) da inadmissibilidade de recurso de revista em situações de *dupla conforme*, introduzindo *exceções* justificadas pela necessidade de tutelar interesses de ordem social ou jurídica, neste caso, ligados à melhor aplicação do direito ou à segurança e estabilidade da interpretação normativa”⁹. Esta revista excepcional inscreve-se, pois, na função nomofiláctica que ao Supremo é atribuída.

E digo que se trata de uma questão bem mais simples do que a anterior, porque a extensão dessa revista excepcional ao processo penal é manifestamente indevida. Como tem sido reiteradamente entendido pelas Secções Criminais do Supremo, cobra aqui aplicação, uma vez mais, a ideia da autonomia do regime dos recursos penais e a clara inexistência de lacuna que precise de ser suprida¹⁰.

3.2. A revista excepcional prevista pelo CPC versa sobre casos em que o segundo grau de recurso é vedado em virtude de uma dupla conforme. Se o pleito não puder subir ao Supremo por razões distintas, não é pela via da revista excepcional que essa subida será admitida. Donde, o único espaço de extensão possível ao processo penal corresponderia às duplas conformes absolutórias e às duplas conformes condenatórias em que seja aplicada pena de prisão superior a 5 anos e não superior a 8 anos.

Sucedo, porém, que, mal ou bem, o legislador processual penal entendeu que nestes cenários de dupla conforme não se justifica abrir um terceiro grau de jurisdição para que o Supremo possa ter uma palavra a dizer na matéria jurídica em apreço ((alíneas d) e f) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP). E isto, porque para satisfação das finalidades nomofilácticas que a revista excepcional cível tem em vista já o processo penal dispõe de um regime normativo especificamente vocacionado para o efeito, o relativo aos recursos para fixação de jurisprudência (artigos 437.º e ss. do CPP). De maneira que, sem prejuízo da eventual aplicabilidade da figura da revista excepcional a

⁹ Abrantes Geraldês, Recursos em Processo Civil6, Art. 672.º, 1., p. 430.

¹⁰ Acórdãos do STJ de 06.10.2016, processo n.º 535/13.5JACBR.C1.S1, e de 12.01.2022, processo n.º 3519/16.8T8LLE.E1.S1, disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

um plano cível que faça o seu caminho no processo penal, não vejo que se possa ou sequer se deva alargar o campo da recorribilidade das matérias penais através do recurso cível da revista excepcional.

4 | O definhamento das funções de uniformização e de orientação da jurisprudência

Isto dito, não posso deixar, porém, de emitir uma palavra final sobre o modo como a função nomofiláctica vem sendo cumprida pelo Supremo.

O Supremo tem como missões fundamentais a promoção e asseguramento da uniformidade da interpretação do direito penal, substantivo e processual, bem como, concomitantemente, a definição de seguras linhas de orientação que possam ser tidas em conta e seguidas pelos tribunais inferiores. Tudo em nome dos princípios fundamentais da igualdade e da segurança jurídica¹¹. Papéis que, a meu ver, há muito não vêm sendo cabalmente desempenhados. Para tanto têm contribuído tanto a regulação dos recursos instituída pelo legislador, como a prática decisória do próprio Supremo.

Na versão originária do Código, de 1987, o sistema de recursos estava organizado de um modo tal que ao Supremo afluíam todos os recursos interpostos de acórdãos proferidos pelos tribunais colectivos e do júri. O significativo volume de casos levados ao conhecimento do Supremo permitia que o nosso mais alto Tribunal apreciasse uma enorme variedade de crimes e de questões processuais. Logo por aqui estava o Supremo em condições de cumprir boa parte do papel de uniformização e orientação da jurisprudência que lhe cabe. A isto ainda acresciam os recursos para fixação de jurisprudência; os quais, porém, face ao alargado campo de acção do Supremo nos recursos ordinários, acabavam por ter um relevo em boa medida residual.

De lá para cá, nomeadamente, a partir de 1998 tudo mudou. Só excepcionalmente é que há recurso directo da 1.^a Instância para o Supremo (alínea c) do n.º 1 do artigo 432.º do CPP) e a amplitude do terceiro grau de jurisdição, introduzido em 1998, é reduzida. A interpretação que o próprio Supremo vem fazendo da alínea f) do n.º 1 do artigo 400.º contribui para um substancial encolhimento do terceiro grau de jurisdição. Em geral, mesmo em caso de concurso de crimes, havendo dupla conforme, o Supremo tem considerado que nele só caberão os crimes concretamente punidos com pena de prisão superior a 8 anos. Em regra, o Supremo recusa-se a apreciar a imputação de crimes punidos com pena de prisão até 8 anos¹²,

¹¹ Nuno Brandão, “Contrastes jurisprudenciais: problemas e respostas processuais penais”, in M. Costa Andrade et al. (orgs.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 1289 e ss..

¹² Assim, entre muitos outros, o Acórdão do STJ de 14.03.2018, processo n.º 22/08.3JALRA.E1.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

bem como ainda de todas as questões processuais que lhes possam estar subjacentes¹³. Uma linha jurisprudencial que não merece censura do Tribunal Constitucional¹⁴.

No entretanto, manteve-se praticamente inalterado o regime dos recursos para fixação de jurisprudência. Um regime que, por seu turno, nem sequer se materializa em numerosas situações de oposição de julgados. O que me parece derivar, por um lado, de uma incompreensível inércia do Ministério Público e, por outro lado, de uma compreensão demasiadamente restritiva dos pressupostos de admissibilidade destes recursos adoptada pelo próprio Supremo¹⁵.

Só para citar matérias com as quais estou familiarizado, não compreendo como é possível não haver ainda fixação de jurisprudência acerca do conceito de falsidade do crime de falsidade de testemunho ou como é que não se reapreciou a jurisprudência fixada em 2009 no chamado problema do “pacto para matar” apesar de vários acórdãos proferidos em franca oposição ao Acórdão 11/2009. Isto em matéria penal. Em matéria processual penal, não há jurisprudência fixada sobre o altamente controverso artigo 17.º da Lei do Cibercrime, sobre a possibilidade de em inquérito o juiz de instrução controlar invalidades e proibições de prova assacáveis a actos da competência do Ministério Público ou sobre a necessidade de arguição das proibições de prova previstas no n.º 3 do artigo 126.º do CPP. O último acórdão de fixação de jurisprudência publicado em Diário da República data de Maio de 2020. Há mais de dois anos que o Supremo não fixa jurisprudência. Não há memória – pelo menos, eu não tenho memória – de alguma vez o Procurador-Geral da República ter interposto, ao abrigo do artigo 437.º do CPP, um recurso no interesse da unidade do direito.

Este estado de coisas não é normal e não é desejável. Com muita pena o digo, mas o Supremo Tribunal de Justiça deixou de ocupar o lugar central que lhe deve caber no sistema de justiça penal português. Isto não pode continuar, a bem da boa aplicação do Direito. Está nas mãos do legislador, mas também, em larga medida, nas mãos do próprio Supremo inverter este inaceitável rumo de secundarização do nosso venerando e imprescindível Supremo Tribunal de Justiça. •



¹³ Acórdãos do STJ de 25.06.2015, processo n.º 814/12.9JACBR.S1, e de 04.12.2019, processo n.º 354/13.9IDAVR.P2.S1, disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

¹⁴ Acórdão do Plenário do Tribunal Constitucional n.º 186/2013, seguido pelos Acórdãos do TC n.ºs 212/2017 e 599/2018, disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

¹⁵ Exemplo manifesto foi a recusa de reapreciação da jurisprudência fixada pelo Acórdão do STJ n.º 11/2009 após jurisprudência do próprio STJ contra ele proferida (Acórdão do STJ de 20.09.2018, processo n.º 1324/15.8T9PRT.P1.S1) – cf. Acórdão do STJ de 13.02.2020, processo n.º 1324/15.8T9PRT.P1.S1-A, disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.



A AUTONOMIA DOS RECURSOS EM PROCESSO PENAL/RECURSO DA PARTE CÍVEL DA CONDENAÇÃO (A revista excepcional e outros institutos do processo civil)

Jacob Simões
Advogado

A visão que seguidamente se transmitirá é necessariamente a de um prático do direito, com o olhar contaminado do advogado, habituado, quase predominantemente, a sentar-se na cadeira da defesa. Por isso, antecipadamente se pede compreensão, para as considerações que se tecerão, a pecarem por se quedarem demasiado à *flor da pele*.

A temática eleita impõe uma contextualização, ainda que perfunctória, da relação entre o processo penal e os pedidos de indemnização civil nele, eventualmente, efectuados.

A *adesão*, dimanada da ideia de **escassez** de meios da justiça que implica necessariamente uma **optimização** dos parcos recursos disponíveis e, bem assim, a **potenciação da coerência decisória** evitando que dois magistrados tomem posições distintas quanto ao mesmo evento, não obnubila que os assuntos sejam de **matriz radicalmente diversa**.

O mesmo Tribunal dirimirá concomitantemente um mesmo acontecimento do mundo exterior aferindo da respectiva repercussão nos perímetros dos direitos penal e civil. Todavia, a fenomenologia especificamente penal será aferida pela perspectiva unívoca do direito criminal, enquanto a existência da obrigação de indemnizar e o *quantum* a que a mesma se alcandorará já serão obrigatoriamente palco de actuação do direito civil – como decorre com meridiana nitidez do artigo 129.º do CP. O segmento civil do facto complexo submetido à cognição judicial nada tem a ver com as consequências jurídico-penais do crime propriamente dito, **não sendo um qualquer efeito penal da condenação**.

Não.

A indemnização diz respeito **apenas e exclusivamente** ao direito civil, permanecendo de todo alheia à reacção penal.

¹ É certo, contudo, que a pureza desta conclusão – evidente na versão do CPP de 1987 – é de alguma forma turvada pela introdução do artigo 82.º. A através da Lei 59/98 – no entanto, o sobredito mecanismo legal obedece a uma série de condicionantes que o tornam excepcional. E embora nesta hipótese possa existir indemnização sem pedido – como pode ocorrer sob a égide do artigo 21.º, 2, da Lei 112/2009 de 22 de Setembro – o eventual quantum indemnizatório será sempre fixado de acordo com as regras do direito civil.

Por outra banda, o impulso do impetrante emerge sempre como necessário para a fixação da indemnização, assim se salientando a emergência de uma ideia de *dispositivo* peculiar aos processos de natureza civil¹.

Mas, não obstante a normatividade substantiva determinante da cognição da matéria variar em função do quadrante da juridicidade em que o mesmo impacta, dúvidas não subsistirão que do ponto de vista **adjectivo rege, sempre, o processo penal**.

Dito de forma necessariamente concisa, mas que se quer impressiva, o *enxerto cível* é uma espécie de *tertium genus*, **regulado materialmente pelas normas do direito civil, mas processualmente obediente ao quadro do processo penal**.

Paradigmaticamente permita-se que se enfatize como inescapável peculiaridade a absoluta inexistência de efeitos cominatórios de uma eventual ausência de contestação do pedido de indemnização civil face ao que, em circunstâncias normais, ocorre no comum dos processos civis – de resto, bem se compreende que assim tenha de ser em um processo com as características do processo penal. Uma espécie de confissão de factos também passíveis de leitura penal, nascida da mera inércia processual, além de poder contaminar a análise do feito penal, colidiria com o princípio da presunção de inocência e com a própria essência da ideia da proibição da auto-incriminação.

Tal circunstancialismo confere uma inequívoca assimetria ao pedido de indemnização civil e ao feito penal; à partida, na verdade, emergiria uma absoluta dependência entre as procedências da questão penal e cível, uma vez que o putativo crime é, simultânea e inextricavelmente, o facto ilícito erigido **em causa de pedir**. Contudo, não é assim.

De facto, os diferentes pressupostos de uma e outra das responsabilidades são factores de **possíveis decisões em absoluta distonia** – como decorre, inexoravelmente, da cristalina letra do artigo 377.º, 1 do CP Penal. Por exemplo, a inexistência de todos os elementos passíveis de preencher um determinado tipo de crime não significa necessariamente que não se esteja na presença de um facto ilícito passível de determinar a responsabilidade civil – exemplarmente, uma lesão no património de outrem imputável a título de negligência será insusceptível de consumir o tipo de dano, exclusivamente doloso, mas será bastante para accionar a responsabilidade extracontratual nos moldes definidos no artigo 483.º do Código Civil.

Portanto, é linear a independência **substantiva** entre os examinados segmentos do processo, não obstante a paradoxal unicidade lógica e processual que acomoda a dupla indagação acometida ao julgador.

Chegado aqui será o momento de enfrentar a questão que é o objecto essencial destas palavras:

A insusceptibilidade de existir inteira sintonia de decisão entre os momentos penal e civil do processo, fruto da diferente fonte material da resolução dos litígios gerará **autonomia** do recurso civil face ao penal?

Obviamente que a questão, como todas, é poliédrica e passível de entendimentos divergentes quanto à sua própria enunciação:

Se por **autonomia** se entender a potencialidade de um tratamento distinto da problemática civilmente sustentada, a resposta só pode suceder como uma terminante **positiva**: sendo diferentes os horizontes cognitivos de uma e outra parcela da questão integralmente considerada, claro que existe autonomia substancial, assim como existe instrumento adjectivo passível de lhe dar dimensão prática (com efeito, além da já examinada possibilidade de existir assimetria na decisão, também as partes civis são sujeitos processuais, com uma esfera própria de poderes, que podem ser exercidos no momento civil da discussão – cfr. artigos 401.º, 1 al. c), 403.º, n.º 2 al. b), 404.º, todos do Código de Processo Penal.

Dúvidas não subsistem, contudo que o nó górdio da questão ensaiada assenta no n.º 3 do artigo 400.º do CPP – introduzido pela Lei 45/2007 de 29 de Agosto – e na definição do âmbito da respectiva repercussão.

Desde logo, a solução dimanada da Lei 48/2007 de 29 de Agosto irrompe contra a orientação fixada no Assento 1/2002² e justamente para derrogar o alcance desta decisão.

Ou seja, a alteração plasmada no teor do n.º 3 do artigo 400º do CPP quis, inexoravelmente, que o regime dos recursos no “*enxerto cível*” à causa penal, fosse o do processo civil, *igualando* os intervenientes processuais numa e noutra jurisdição – *não pode olvidar-se, todavia, que quando a solução passou a vigorar o regime de recurso no processo civil havia sofrido uma importante reformatação, atenta a emergência do DL 303/2007 de 24 de Agosto, que consagrou a tendencial irrecurribilidade dos Acórdãos da Relação, ocorrendo a chamada **dupla conforme** (novel n.º 3 do artigo 721.º do CPC à data) antecipando o regime agora consagrado no artigo 671.º, 3, bem como a chamada revista excepcional – outrora artigo 721.º-A, hoje artigo 672.º³.*

² No regime do Código de Processo Penal vigente - n.º 2 do artigo 400.º, na versão da Lei 59/98, de 25 de Agosto - não cabe recurso ordinário da decisão final do tribunal da Relação, relativa à indemnização civil, se for irrecurível a correspondente decisão penal.

³ Chegou a discutir-se se o regime ditado pelo mencionado DL 303 seria aplicável ao processo penal ou se para os pedidos de indemnização civil neste enxertados deveria repriminar-se o regime anterior à redacção por ele conferida às preditas normas – voto de vencido da Exma. Cons. Isabel Pais Martins, Acórdão relatado pelo Sr. Conselheiro Manuel Brás, Proc. 4068/07. OTDPRT de 7/4/2011.

Muito embora o citado n.º 3 do artigo 400.º do CP Penal arrase a **coerência formal da integral recondução do pedido de indemnização civil às regras do processo penal criando a disrupção assinalada**, é facto que a solução parece de aplaudir sob um prisma de cidadania: efectivamente, desta forma potencia-se a igualdade entre todos os sujeitos de uma determinada relação civil, seja ela discutida nos meios comuns sob a égide do CP Civil ou tramite-se na jurisdição penal por força do princípio chamado da *adesão*.

A coerência, como dito, é rompida, mas exactamente para impedir o desequilíbrio entre litigantes a discutirem as mesmas questões, apenas por força da natureza do processo onde dirimem o (mesmo ou similar) conflito.

É incontornável, pois, que a discussão da matéria civil conexa à pretensão prática de um crime e dirimida no seio de um processo penal tem **autonomia**, quando a polissemia imanente ao conceito seja tida como “*possibilidades de recurso mais alargadas que aquelas especificamente respeitantes ao facto estritamente penal*”.

Tomando posição sobre a temática especificamente mencionada no título do presente módulo dir-se-á que, na interpretação que se sufraga, a **revista excepcional** a que alude o artigo 672.º do CPC é passível de ser usada no que respeita ao segmento – enxerto – cível do processo penal.

Isto é, uma decisão civil contida em acórdão prolatado nos autos pode ser alvo de *revista excepcional*, mesmo que a decisão seja penalmente irrecorrível, desde que verificados os pressupostos elencados no predito inciso:

- face ao indisputado teor literal do artigo 400.º, 3 a convocação do regime dos recursos do processo civil é plena e integral no que tange ao lado civil do pleito.

Não se descortina razão – teleológica ou literal – para que se afaste a revista excepcional, enquanto instrumento de litigância recursiva do sujeito da relação civil imbricada no processo penal, pela evidente razão de que este dela disporia se a causa fosse discutida nos meios comuns. É que a intencionalidade almejada pela solução constante do n.º 3 do artigo 400.º foi a de afastar qualquer espécie de diferença no tratamento de questões de natureza civil, motivada apenas pela espécie de terreno e, conseqüentemente instrumento adjectivo – penal ou civil – onde é decidido.

Ora, sendo assim – como se crê ser – a importação do regime não conhecerá excepções, mesmo que a solução irrompa visitada por algum – às vezes notável – ilogismo.

Mutatis mutandis, ao que se crê, a asserção acabada de explanar vale para outros instrumentos, como é o caso lapidar daquele disciplinado no

artigo 629.º (2 e 3) do mesmo Código de Processo Civil.

Necessário é, contudo, que tais meios sejam esgrimidos no segmento cível do feito decidido pelo juízo penal, sendo de afastar desse recortadíssimo âmbito medidas com refração penal (lembra-se, particularmente as medidas de garantia patrimonial quando aplicadas ao arguido e demandado cível – aqui, decididamente o constrangimento não será exclusivamente civil e não terá cabimento qualquer recurso interposto sob o chapéu do artigo 629.º. No entanto, não obstante o meio ser o mesmo – caução ou arresto – já será diferente a solução se o destinatário for um mero responsável civil, artigo 227.º, 3 e 228.º,1. Na verdade, embora a limitação patrimonial emirja associada a um crime, o destinatário é – pode ser – um mero responsável civil. Assim a ratio do artigo 400.º, 3 do CPP impõe que a Ordem Jurídica se abstraia da designação usada (medida de garantia patrimonial) e da inserção formal do instituto (emparelhada com as medidas de coacção) para atentar na dimensão de providência cautelar assestada a uma pessoa que tem apenas e pretensamente uma futura obrigação de indemnizar de matriz exclusivamente civil!)

Na realidade, sobre as tentativas de, por analogia ou interpretação extensiva, suprir eventuais lacunas do Código de Processo Penal e importar o regime deste artigo 629.º para alargar os recursos no processo penal há já jurisprudência deste STJ a fechar rotundamente tal porta:

- Ao **processo estritamente penal** só os instrumentos do código de processo penal,
- Para o Código de Processo Civil apenas o que, no processo penal, é exclusivamente civil...

Evidentemente que a peremptoriedade da formulação usada é uma espécie de brocardo de **valor de uso** extremamente escasso:

- a. Desde logo, como é evidente é de nula utilidade para contribuir para o esclarecimento da inescapável problemática da distinção do que é estritamente cível do que estará *contaminado* penalmente.
- b. Por outra banda, e mudando de diapasão, todo o regime examinado não deixa de ser sintomático de algum desnorte (salvo o devido respeito) do legislador, há pouco epitetado de ilogismo: de facto, se é louvável a vontade de eliminar diferenças entre os direitos processuais de cidadãos a discutirem uma hipotética mesmidade substancial por força exclusiva do conjuntural areópago onde o pleito ocorre, **não deixa de ser paradoxal que (relevantes) questões patrimoniais tenham mais patamares de discussão que, por exemplo, uma pena de privação da liberdade de 8 (oito) anos.**

Isto é, a reserva do Supremo Tribunal de Justiça para problemáticas de *maior merecimento* vale para excluir que este Alto Tribunal aprecie, por exemplo, uma pena de oito anos fixada pela Relação, confirmando a condenação pelos tipos de crime por que o arguido foi condenado em primeira instância mas reduzindo em cinco anos a pena única (diminuindo os treze anos iniciais para os agora oito anos), mas possa apreciar uma condenação de quarenta mil euros, quando o tribunal da primeira instância condena por responsabilidade subjectiva e o da Relação, apesar de confirmar o valor, elege a responsabilização objectiva como fundamento decisório da condenação...

Ou seja, naquilo que a Secção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça é **especializada** – justamente as questões penais – a sua intervenção está, ao que se crê, fortemente limitada, mas noutras – que podem ser de um *nicho* de todo em todo estranho ao corrente múnus de intervenção de um tribunal penal – já poderá ser chamado a intervir, até para assestar bisturi em questões especialmente polémicas – *vide artigo 672.º, 1, al. c)* do CPC – ou candentemente significativas, pela sua complexidade, e que impliquem o aperfeiçoamento do direito – *672.º, 1, al. a)* do mesmo diploma processual civil.

Paradoxo incompreensível?

Ilógica incoerência?

É o que é.

Todavia, frise-se, concluindo, a crítica que se adivinha imanente ao peculiar recorte da solução dimanada do texto legal não ataca o alargamento da discussão civil pela existência do n.º 3 do 400.º.

Com efeito, enfoca-se, ao invés, no afunilamento da intervenção do Supremo Tribunal de Justiça resultante de sucessivas alterações do Código de Processo Penal a reduzirem cada vez mais a área de actuação deste Tribunal.

Estranho regime este que cria uma autonomia em que questões conexas ao **ter** adquirem um tratamento mais extenso do que aquelas que colidem com o **ser**.

Saúde-se, no entanto, a contra-corrente louvável consubstanciada na alteração dimanada da Lei 94/2021 representada pelas novas alíneas c) e e) do n.º 1 do 400.º.

Disse. •



A AUTONOMIA DOS RECURSOS EM PROCESSO PENAL

(a revista excepcional e outros institutos do processo civil)

Helena Moniz

Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça
Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra¹

RESUMO: Partindo da autonomia do processo penal relativamente às regras processuais civis tenta-se responder à problemática da aplicação (ou não) das regras de revista especial consagradas na última parte da alínea a), do n.º 2 do artigo 629.º, do Código de Processo Civil (doravante CPC) e das regras de revista excepcional consagradas no n.º 1 do artigo 672.º, do CPC. Segue-se uma breve análise da aplicação das regras processuais civis em matéria de recursos relativamente ao pedido de indemnização civil enxertado no processo penal.

PALAVRAS-CHAVE: Recursos; Processo Penal; Processo Civil; Revista; Revista excepcional.

1 | A autonomia dos recursos em processo penal

Passaram cerca de 35 anos sobre o novo Código de Processo Penal e, todavia, parece regressar a ideia da supletividade da regulamentação em matéria de recursos no processo civil ao processo penal.

Se no Código de Processo Penal de 1929 se estabelecia, de forma expressa, que os recursos em processo penal eram interpostos, processados e julgados como agravos em processo civil, salvas as disposições do Código de Processo Penal (artigo 649.º), assim se assumindo expressamente a supletividade do processo civil relativamente ao processo penal, em sede de recursos, outra parece ter sido a intenção do legislador de 1987.

Na verdade, o legislador de 1987, com a criação de um sistema de recursos próprio, pretendeu “potenciar a economia processual” (cf. preâmbulo) abolindo “concretamente a existência, por regra, de um duplo grau de recurso” (idem) e criando um “regime aparentado com a ideia do recurso unitário, em princípio idêntico para a Relação e para o Supremo e abarcando, na medida do possível e conveniente, tanto a questão de direito como a questão de facto” (idem). Pretendia-se assim ultrapassar o que se tinha tornado mais negati-

¹ O texto que se publica serviu de base à intervenção em Colóquios do Supremo Tribunal de Justiça – Processo Penal: Recursos, que decorreu a 26 de maio de 2022.

vo: nas palavras de Cunha Rodrigues, “o Código de Processo Penal de 1929 simplificou de tal maneira a matéria que não mais foi possível saber o que pertencia à teoria do direito criminal e à teoria do direito civil. (...) Esta simplificação correspondeu (...) à ideia de que o recurso penal não tinha de ser diverso do cível”². Isto é, com o Código de Processo Penal de 1987 criou-se um sistema onde se pretendia que, de alguma forma, ficassem espelhados os ensinamentos do direito criminal e dos direitos fundamentais³. E assim, há décadas que é consensual a ideia de que com o Código de Processo Penal de 1987 se pretendeu “conferir ao sistema de recursos uma tendencial autonomia relativamente ao processo civil”⁴.

Estaremos a querer voltar atrás?

Dadas as especificidades do direito criminal e a proteção de direitos fundamentais num processo penal que tem sido entendido como “direito constitucional aplicado”⁵, e onde “os fundamentos do direito processual penal são, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado”⁶, e “a concreta regulamentação de singulares problemas processuais deve ser conformada jurídico-constitucionalmente”, penso que em matéria de recursos se devem seguir as regras processuais penais contidas no Código de Processo Penal, e apenas em última instância (e provisoriamente até o legislador não colmatar a lacuna⁷) se deve recorrer ao Código de Processo Civil – sempre sem esquecer que apenas se devem aplicar as normas do processo civil quando estas se harmonizem com as do processo penal e com os princípios gerais do processo penal (artigo 4.º, do Código de Processo Penal, doravante CPP).

É certo que o entendimento de que poderão existir lacunas no âmbito da regulamentação dos recursos em processo penal não é unânime na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Por exemplo, num acórdão de 07.01.2016⁸, considerou-se que não existia qualquer lacuna porque o regime processual penal em matéria de recursos é autónomo e diverso do regime processual civil – “falta de previsão de exceções às regras de inadmissibilidade de recurso de acórdão da relação (...) não constitui uma lacuna porque o regime de (in)admissibilidade de recurso em processo penal, na sua completude, é diverso e autónomo do regime de (in)admissibilidade de recurso,

² Recursos, *Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 1991, p. 381-2.

³ Também neste sentido, Cunha Rodrigues, *Recursos...*, p. 382.

⁴ Cunha Rodrigues, *idem*, p. 384.

⁵ Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 74 e ss.

⁶ Maria João Antunes, *Direito Processual Penal – “Direito Constitucional aplicado”*, Que futuro para o direito processual penal?, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 745.

⁷ O entendimento de que estaremos perante um caso de lacuna não é unânime na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça – cfr., por exemplo, o acórdão de 07.01.2016 (proc. n.º 204/13.6YUSTR.L1-A.S1, relatora: Cons. Isabel Pais Martins em www.dgsi.pt, a 31.10.2022).

⁸ Proc. n.º 204/13.6YUSTR.L1-A.S1, cit. *supra*.

em processo civil.” Todavia, a simplicidade do argumento falece perante o estabelecido pelo legislador no artigo 4.º do CPP: isto é, se qualquer regulamentação processual penal no âmbito do Código fosse sempre considerada diversa e autónoma de modo a que se pudesse concluir sem mais pela inexistência de lacunas, porque teria o legislador criado uma norma onde expressamente refere que em caso de omissão se devem aplicar analogamente as regras do processo civil que se harmonizem com o processo penal?⁹

2 | A situação especial de violação do princípio *ne bis in idem*¹⁰

Constituindo o direito ao recurso uma garantia de defesa do arguido¹¹, não poderemos considerar que a admissibilidade de interposição do recurso com fundamento em ofensa do caso julgado poderá ser um caso onde, dada a aparente lacuna no Código de Processo Penal, se deve recorrer ao Código de Processo Civil quando esteja em causa um princípio constitucional como o princípio *ne bis in idem*¹² (o chamado efeito negativo do caso julgado)?

O âmbito do caso julgado é delimitado, num certo processo, pelo âmbito do seu objeto, e este é definido e fixado pela acusação¹³ ou pela pronúncia¹⁴; o

⁹ Aliás, o legislador acaba por implicitamente remeter para as normas processuais civis no caso em que, não sendo admissível o recurso em matéria penal, permite o recurso da parte da sentença em matéria civil. Neste caso, e dado que as regras de não admissibilidade do recurso em processo penal têm por base a pena aplicada (cf. artigo 400.º, do CPP), apenas com recurso às normas processuais civis em matéria de recurso podemos aferir da recorribilidade (ou não) da parte da sentença em matéria civil. Nestes casos, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça é unânime no sentido da aplicação das regras processuais civis quanto à admissibilidade de recurso para o Supremo Tribunal, em particular do disposto no artigo 671.º, do CPC.

¹⁰ Na exposição que se segue a abordagem do que seja objeto do processo, âmbito do princípio do *ne bis in idem* e sua correlação com o âmbito do caso julgado penal é necessariamente simplista dado o objetivo estrito da exposição: pretende-se apenas responder à questão de saber se, em alguma circunstância, se poderá aplicar o disposto no artigo 629.º, n.º 2, al. a), *in fine*, do CPC ao regime dos recursos em processo penal.

Sobre a problemática do âmbito do princípio do *ne bis in idem*, do objeto do processo, do caso julgado penal e do âmbito da “acusação material” ver por todos Henrique Salinas, *Os limites objectivos do ne bis in idem e a estrutura acusatória no processo penal*, Lisboa: UCP, 2014 e Inês Ferreira Leite, *Ne (idem) bis in idem – proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo*, vols. I e II, Lisboa: AAFDL, 2016, e bibliografia citada em ambos.

¹¹ O recurso em processo penal constitui uma das garantias de defesa do arguido (tal como se encontra plasmado no artigo 32.º, n.º 1, da CRP), o que terá, desde logo, consequências quando se trata de um recurso interposto pelo Ministério Público (que não no interesse do arguido) ou pelo assistente; e, por maioria de razão, quando temos um recurso interposto pelas partes civis. Segundo Maria João Antunes, seguindo os acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 132/92, 153/2012 e 540/2012, a recorribilidade das decisões é mais ampla relativamente ao arguido; cf. também Sandra Oliveira e Silva, *As alterações em matéria de recursos, em especial, a restrição de acesso à jurisdição do Supremo Tribunal de Justiça – garantia de defesa em perigo?*, *As alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma reforma «cirúrgica»?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 278 e ss.

¹² “O preceito constitucional tem por conteúdo a proibição da submissão a um processo com o mesmo objecto de um processo anterior, pelo que os seus limites correspondem ao que foi ou podia ter sido conhecido nesse processo” – Henrique Salinas, *ob. cit. supra* p. 659.

¹³ Tendo em conta o objeto estrito deste texto, não vou analisar se o âmbito de preclusão associado ao *ne bis in idem* abrange apenas os factos originários da acusação ou se abrange também os factos que poderiam ter sido conhecidos – veja-se Henrique Salinas, *ob. cit. supra*, p. 544 e ss e Inês Ferreira Leite, *ob. cit. supra*, vol. I, p. 675 e ss –nem a problemática inerente à necessidade de desvincular o objeto do processo da acusação e da adoção de um conceito de “acusação material” (*idem*; já considerando que a acusação fixa o “objeto de julgamento”, cf. Damião da Cunha, *O caso julgado parcial (questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória)*, Porto: UCP, 2002, p. 470).

¹⁴ Maria João Antunes, *Direito Processual Penal*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, p. 92-93. E daí a necessidade de estabelecer limites à alteração dos factos após a delimitação do objeto do processo pela acusação e/ou requerimento de abertura de instrução que vincula o juiz de instrução na decisão que venha a tomar (cf. artigos 303.º, n.º 1 e 309.º, n.º 1, ambos do CPP, onde se estabelecem os limites à decisão instrutória) – Nuno Brandão, *A nova face da instrução*, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, 2008, p. 227 e ss; [cf. também, cf. artigo 1.º, al. f); artigos 283.º, 284.º e 285.º (inquérito); artigos 287.º, 303.º e 309.º (instrução); artigos 311.º, 358.º, e 359.º (julgamento)].

âmbito do objeto do processo, vinculando tematicamente o tribunal, impõe o cumprimento de 3 princípios básicos: o princípio da identidade – segundo o qual o objeto do processo deve manter-se o mesmo desde o momento em que é fixado até ao fim do processo –, o princípio da unidade ou da indivisibilidade – segundo o qual o tribunal deve conhecer de todo o objeto do processo – e o princípio da consunção – segundo o qual, o caso julgado forma-se sobre todo o objeto do processo, ainda que a decisão o não abarque todo¹⁵. Este último pretende assegurar a garantia constitucional plasmada no artigo 29.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP)¹⁶.

Sabendo que o âmbito do caso julgado é delimitado pelo âmbito do objeto do processo, não se afigurará fácil esta delimitação, tendo em conta as diferentes noções do que seja objeto do processo¹⁷, pese embora algumas normas do Código de Processo Penal nos permitam já uma aproximação a uma certa noção mais estabilizada. Refiro-me às diversas disposições que regulamentam a alteração substancial e a alteração não substancial dos factos. Ora, sabendo que o âmbito do objeto do processo delimita o âmbito do caso julgado, e sabendo que não deve haver nova punição pelos mesmos factos, não será que as regras processuais penais existentes, nomeadamente a proibição decorrente do regime de não conhecimento pelo tribunal de factos que constituam uma alteração substancial dos factos (nos termos dos artigos 303.º, n.º 3, e 359.º, do CPP), chegam para assegurar a garantia de defesa do arguido? Parece-me que não. Isto porque as regras existentes no âmbito do Código de Processo Penal sobre a alteração substancial dos factos, e as limitações delas decorrentes quanto à impossibilidade de alterar os factos em discussão num certo processo¹⁸, não regulamentam aquelas situações em que ocorra uma dupla incriminação e julgamento por factos julgados em outro processo. Trata-se de preocupações distintas.

¹⁵ Também assim, Maria João Antunes, *ob. cit.*, p. 93-94.

¹⁶ Cf., entre outros, Paulo de Sousa Mendes, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 145 e ss.

¹⁷ Eduardo Correia – “O objecto do processo é uma concreta e hipotética violação jurídico-criminal acusada”; Cavaleiro Ferreira – “o objecto do processo é o facto na sua existência histórica, que importa averiguar no decurso do processo”; Castanheira Neves “o objecto do processo é o caso jurídico concreto trazido pela acusação”; Figueiredo Dias – “o objecto do processo é um recorte, um pedaço de vida, um conjunto de factos em conexão natural”; Germano Marques da Silva – considerando que o crime é diverso quando ocorrer uma “alteração do juízo base de ilicitude” (Maria João Antunes, *ob. cit.*, p. 219). Mais recentemente, “O objecto do processo é o próprio crime, enquanto hipótese de “facto real valorado”, expresso através de uma pretensão punitiva. Não é somente um “pedaço da vida”, um conjunto de factos exclusivamente integrado na realidade; não é, tão pouco, uma mera pretensão processual, enquanto direito de ação sobre um objeto secundário, que seria crime. Não corresponde aos factos, não cor responde ao tipo legal de crime; o objecto do processo é o crime enquanto unicidade normativo-social de sentido” (Inês Ferreira Leite, *ob. cit.* supra, vol. I, p. 683-684).

Sobre a temática cf., entre outros, Eduardo Correia, *Caso julgado e poderes de cognição do juiz, A teoria do concurso em Direito Criminal* Coimbra: Almedina, 1983 (reimpressão), p. 297 e ss; Castanheira Neves, *Sumários de Processo Criminal (1967-1968)*, Coimbra, 1968 (ed. dactilografada), p. 208 e ss; Mário Tenreiro, *Considerações sobre o objecto do processo penal*, *Revista da ordem dos Advogados*, 1987 (ano 47), vol. III (Dez. 1987), p. 997 e ss; Damiano da Cunha, *ob. cit.* supra, p. 468 e ss.

¹⁸ Sobre o objeto do processo e a alteração dos factos e a alteração qualificação jurídica, cf. Henrique Salinas, *ob. cit.*, p. 311 e ss; mas também, já antes, entre outros, Frederico Isasca, *Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português*, Coimbra: Almedina, 1992.

Num caso – as regras relativas à alteração substancial dos factos – pretende-se assegurar as garantias de defesa do arguido de modo que se saiba exatamente por que factos irá ser julgado. No outro caso – o do princípio *ne bis in idem* – pretende-se evitar que o arguido seja julgado duas vezes pelos mesmos factos.

Havendo uma eventual punição pelos mesmos factos em dois processos distintos, apenas restará, após a decisão de 1.^a instância, a interposição de recurso com fundamento na violação do princípio *ne bis in idem* para o Tribunal da Relação. Mas não sendo mais possível novo recurso, por inadmissibilidade de recurso daquela decisão do Tribunal da Relação (tendo em conta as regras do Código de Processo Penal e em especial o disposto no artigo 400.º, do CPP), não se deveria admitir in extremis um outro grau de recurso apenas com fundamento na violação do princípio *ne bis in idem* e em consequência em violação do caso julgado?

Começo por esclarecer que irei analisar a situação especial de violação do princípio *ne bis in idem*¹⁹ partindo do pressuposto de que a decisão recorrida julgou com base numa correta interpretação do princípio constitucional; ou seja, não estamos perante uma decisão com base numa interpretação inconstitucional do artigo 29.º, n.º 5, da CRP, tornando-se inadmissível o recurso para o Tribunal Constitucional, dado que este Tribunal apenas conhece de interpretações inconstitucionais e não de subsunções inconstitucionais dos factos à norma.

Acresce que partirei do entendimento da doutrina processual civil segundo o qual o âmbito da recorribilidade da decisão com fundamento em ofensa de caso julgado permite uma tripla jurisdição. Isto é, o disposto na parte final da alínea a), do n.º 2 do artigo 629.º, do CPC²⁰, abrange a

¹⁹ Sobre a delimitação objetiva e subjetiva do princípio cf. Inês Ferreira Leite, ob. cit. supra, vol. II, p. 389 e ss.

²⁰ Outras situações ainda podem ser enquadradas no disposto no artigo 629.º, n.º 2, al. a), do CPC, colocando-se, igualmente, um problema de aplicabilidade (ou não) aos recursos interpostos da parte penal da decisão. Será o caso, por exemplo, da interposição de recurso com fundamento nas regras da competência em razão da matéria ou da hierarquia. Sabendo que o Código de Processo Penal determina expressamente que “a incompetência do Tribunal é por este conhecida e declarada officiosamente e pode ser deduzida pelo Ministério Público, pelo arguido e pelo assistente até ao trânsito em julgado da decisão final” (artigo 32.º, n.º 1, do CPP; nos termos do artigo 32.º, n.º 2, do CPP, a incompetência territorial apenas pode ser declarada até ao debate instrutório ou até à audiência de julgamento), poderíamos ser levados a concluir que, não estando prevista a possibilidade de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça com este fundamento, sempre se poderia recorrer da decisão à luz do artigo 629.º, n.º 2, al. a), do CPC. Porém, temos as maiores dúvidas que assim seja quando a decisão já seja irrecorrível com fundamento nas regras processuais penais em matéria de recursos.

Na verdade, uma vez suscitada a incompetência, o Tribunal deve decidir; e, declarando-se incompetente, deve remeter o processo para o Tribunal que entende competente; não o fazendo, impede o funcionamento do regime dos conflitos que o legislador consagrou.

Mas, se por absurdo o não fizer, nos termos do artigo 399.º, do CPP, a decisão é recorrível; porém, isto não significa que ainda se deve admitir o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça à luz do disposto no artigo 629.º, n.º 2, al. a), do CPC. E no mesmo sentido para todos aqueles casos em que o Tribunal se considerou competente e não houve outro Tribunal a reclamar a sua competência. E ainda aqueles em que não se pode recorrer ao regime previsto no âmbito dos conflitos de competência quando, por exemplo, o juiz de instrução criminal rejeita uma instrução por incompetência (assim também no sentido que vimos expondo, Pedro Soares Albergaria, Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, Tomo I, Coimbra: Almedina, 2019, p. 518 e ss (artigo 32.º/ § 6 e ss).

Ou seja, a lei é clara quando expressamente previu um regime de conflitos de competência, e determinou a irrecorribilidade para o Supremo Tribunal de Justiça de certas decisões. Significa que passado o prazo em que ainda possa ser interposto o recurso para o Tribunal Constitucional ou o prazo de arguição de nulidades ou pedidos de correção da decisão (artigos 379.º, 380.º e 425.º, n.º 4, todos do CPP), o acórdão transita em julgado.

possibilidade de recurso de uma decisão do Tribunal da Relação com fundamento em ofensa de caso julgado. Assim, dado o expressamente referido neste dispositivo – “é sempre admissível recurso...” (itálico nosso)²¹ –, tendo havido recurso da 1.^a instância para o Tribunal da Relação com fundamento de ofensa do caso julgado, poderá ainda haver recurso do acórdão da Relação para o Supremo Tribunal de Justiça, quando aquele Tribunal mantém a decisão de que tal ofensa não se verifica, e o recurso é interposto com a alegação de que existe ofensa de caso julgado²². Ou seja, o artigo 629.º, n.º 2, al. a), in fine, do CPC, permite que sempre haja recurso para o Supremo Tribunal de Justiça com base neste fundamento²³. Todavia, sendo o fundamento do recurso a ofensa de caso julgado, necessariamente apenas poderá ocorrer uma tripla jurisdição caso a decisão recorrida conclua pela não verificação da ofensa de caso julgado; sabendo que não pode constituir fundamento do recurso a não ofensa de caso julgado, então aquele que pretenda fazer valer o entendimento de que tal ofensa não se verifica não pode recorrer, e aquele que defenda a existência da ofensa de caso julgado perante uma decisão que assim julgou já não terá interesse em agir para uma nova interposição de recurso (de uma decisão que se-

²¹ Seguindo este entendimento, cf., entre outros, acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 25.03.2021, proc. n.º 12191/18.0T8LSB L1.S1, Relator: Cons. Maria da Graça Trigo, de 06.05.2021, proc. n.º 542/14.0T2STC-B.E1.S1, Relator: Cons. Tibério Nunes da Silva, de 02.06.2021, proc. n.º 2381/19.3T8CBR.C1.S1, Relator: Cons. Tibério Nunes da Silva, todos in www.dgsi.pt (em 31.10.2022).

²² Isto é, na esteira de José Lebre de Freitas, Armando Ribeiro Mendes e Isabel Alexandre quando referem que “A ofensa de caso julgado por seu turno, pressupõe que a decisão impugnada tenha contrariado outra decisão anterior, já transitada em julgado (arts. 619 e 620; cf. arts. 580 e 581), não se aplicando a norma com fundamento em o acórdão recorrido se ter baseado em ofensa do caso julgado que o recorrente pretenda que não se verificou” (destaques no original), entende-se já não ser admissível o recurso quando o fundamento é a não ofensa de caso julgado. Na verdade, o artigo 629.º, n.º 2, al. a), in fine, do CPC, determina que o recurso é sempre admissível quando o recurso é interposto “com fundamento (...) na ofensa de caso julgado”, parecendo não admitir o recurso com fundamento na não ofensa de caso julgado.

²³ Também assim, já Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. V, Coimbra: Coimbra Editora, 2007 (reimpressão da 3.^a ed., de 1952), p. 233: “Se o recurso for interposto com fundamento em ofensa de caso julgado, é sempre admissível, qualquer que seja o valor da acção.

Já noutro lugar escrevi:

«Porque é que a 1.^a alínea do art. 678.º admite recurso até ao Supremo, seja qual for o valor da causa, desde que a razão de recorrer seja (...) a ofensa de caso julgado?

Porque quer assegurar, até ao extremo limite da hierarquia judicial, a observância das normas relativas (...) ao respeito pelo caso julgado. Os interesses protegidos por estas normas são de ordem pública; elevou-se ao máximo a sua tutela.» (Rev. de Leg., 82.º, pág. 26).”

Agora Castro Mendes/Teixeira de Sousa, *Manuel de Processo Civil*, vol. II, Lisboa: AAFDL, 2022, p. 170 e 197, Abrantes Geraldês, *Recursos... cit. supra*, p. 52 e ss, em especial, p. 53-55, onde expressamente refere que “Tendo por fundamento a ofensa de caso julgado, a revista será de admitir fora do condicionalismo geral, ainda que porventura se verifique uma situação de *dupla conforme* (art. 671.º, n.º 3) ou se trate de acórdão que não reúna as condições previstas no n.º 1.” Só aparentemente Ferreira de Almeida parece ter um entendimento distinto quando refere “O recurso com fundamento em *ofensa de caso julgado* é sempre admissível, desde que a violação provenha da própria decisão recorrida; mas, se o tribunal da Relação tiver revogado a decisão de 1.^a instância por esta ter ofendido o caso julgado já *ex-ante* formado, já não será permitido à parte vencida interpor recurso independentemente do valor” (*Direito Processual Civil*, vol. II, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2019, p. 486, itálicos no original); ou seja, quando o Tribunal da Relação, respondendo à alegação de ofensa de caso julgado, decide que tal ofensa não existe, implícita e indiretamente a decisão perpetua aquela ofensa, sendo, pois, admissível o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça dado que a ofensa de caso julgado decorre também da decisão recorrida; mas se a Relação concluir que há ofensa de caso julgado (revogando a decisão de 1.^a instância) já não há lugar a recurso com fundamento em que não há ofensa de caso julgado.

guiu o seu entendimento)²⁴.

Ora, tendo partido do entendimento de que as regras do processo civil não se aplicam ao processo penal por se ter construído um sistema de recursos autónomo, surge a pergunta: não sendo admissível o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça segundo as regras processuais penais, não seria de admitir um outro grau de recurso em atenção ao respeito pelo princípio jurídico-constitucional *ne bis in idem*, aplicando as regras processuais civis [nomeadamente o disposto no artigo 629.º, n.º 2, al. a)²⁵]?

Parece-me que sim.

Sabendo que no âmbito do processo civil é sempre admissível o recurso com fundamento em ofensa do caso julgado, há boas razões para se entender que, no âmbito do processo penal, ainda mais se justifica que se assegure esta possibilidade não só em cumprimento do caso julgado enquanto expressão da segurança jurídica inerente ao Estado de Direito²⁶, mas também, e sobretudo, em respeito pelo princípio constitucional que assegura a todos os cidadãos que não devem ser punidos mais do que uma vez pelo mesmo facto. Parecendo assim que se impõe que se admita a possibilidade de interposição de recurso com fundamento em ofensa de caso julgado, tal como ocorre no processo civil, quando está em causa uma dupla punição pelos mesmos factos, integrando estes o objeto de *dois processos distintos* e tendo dado origem a *duas punições distintas*.

É certo que, após o trânsito em julgado da segunda decisão que pune o arguido em violação do princípio *ne bis in idem*, sempre se poderia recorrer ao recurso extraordinário de revisão, tendo em conta alguma jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça.

²⁴ O que terá como consequência que:

- se a 1.ª instância decide pela ofensa de caso julgado e a Relação decide igualmente pela ofensa de caso julgado, aquele que poderia recorrer seria a parte que pretende alegar que não há ofensa de caso julgado, o que não será admissível, ou seja, não haverá recurso para o Supremo Tribunal de Justiça;
- se a 1.ª instância decide pela *não* ofensa de caso julgado e a Relação decide igualmente pela *não* ofensa de caso julgado, poderá sempre haver recurso (para o Supremo Tribunal de Justiça) com fundamento em ofensa de caso julgado;
- se a 1.ª instância decide pela ofensa de caso julgado e a Relação decide pela *não* ofensa de caso julgado, poderá haver recurso para o Supremo Tribunal de Justiça com fundamento em ofensa de caso julgado;
- se a 1.ª instância decide pela *não* ofensa de caso julgado e a Relação decide pela ofensa de caso julgado, não há possibilidade de recurso, por um lado, porque não é admissível o recurso com fundamento em *não* ofensa de caso julgado e, por outro lado, porque tendo a Relação decidido que se verifica a ofensa de caso julgado a parte que apresentou esta alegação não tem interesse em agir num novo recurso a interpor para o Supremo Tribunal de Justiça; e o recurso com fundamento em *não* ofensa de caso julgado não é admissível.

Diferente de todos estes casos serão as hipóteses em que se recorre diretamente da 1.ª instância para o Supremo Tribunal de Justiça com fundamento em ofensa de caso julgado.

²⁵ Nos termos do artigo 629.º, n.º 2, al. a), do CPC é sempre admissível o recurso “independentemente do valor da causa e da sucumbência”, o que não tem qualquer aplicação no âmbito dos recursos em matéria processual penal, desde logo porque tal não constitui um requisito de que dependa a admissibilidade dos recursos em processo penal. Porém, tal como se refere no artigo 4.º, do CPP, a aplicação analógica das regras processuais civis apenas é possível quando estas “se harmonizem com o processo penal” e com as regras gerais do processo penal; assim sendo, a aplicação analógica depende desta harmonização, o que significa que aquele dispositivo, quando aplicável no âmbito processual penal, deve ler-se como referindo sempre a admissibilidade do recurso independentemente da sua inadmissibilidade segundo as regras estabelecidas nos artigos 432.º, e 400.º, do CPP.

²⁶ Também assim, Rui Pinto, Exceção e autoridade de caso julgado – algumas notas provisórias, *Julgar Online*, novembro de 2018 e bib. aí citada.

Na verdade, alguma jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça aceitou o recurso de revisão com este fundamento (o da violação do princípio *ne bis in idem*) como integrando o disposto no artigo 449.º, n.º 1, al. d), do CPP²⁷, e admitindo a revisão da decisão sob recurso em ordem a cumprir aquele princípio constitucional; porém, logo foi ultrapassado este entendimento, considerando-se que um recurso de revisão de uma decisão que pune o arguido uma segunda vez pelos mesmos factos com fundamento no disposto no artigo 449.º, n.º 1, al. d), do CPP constitui “uma pretensão votada ao insucesso, já que o dispositivo em causa, claramente se reporta aos factos materiais em que assenta a condenação alegadamente injusta, e não, como no caso, factos paralelos ou meras incidências processuais de todo alheias a essa materialidade fáctica”²⁸.

E por isto, mais recentemente, o Supremo Tribunal de Justiça já tem julgado casos em que, interposto o recurso de revisão com fundamento em decisão violadora do princípio *ne bis in idem* (porque o arguido já havia sido julgado e condenado pelos mesmos factos em outro processo), apesar de concluir que tal fundamento não se integra em nenhum dos fundamentos legais que permitem aquele recurso extraordinário, ainda assim tem decidido pela aplicação do disposto no artigo 625.º, n.º 1, do CPC (ex vi artigo 4.º, do CPP) e concluído que, havendo duas decisões, se cumpre a que primeiro transitou.

Porém, mesmo esta jurisprudência assinala a dificuldade em recorrer àquele dispositivo por este se referir a decisões contraditórias – pese embora se possa considerar que há uma sobreposição de decisões sobre um idêntico conjunto de factos, certo é que as mais das vezes não há coincidência na parte referente à determinação da pena concreta; o que todavia, não será o bastante para que se possa subsumir o caso ao pressuposto da inconciliabilidade das decisões enquanto fundamento do pedido de revisão nos termos do artigo 449.º, n.º 1, al. c), dado que este se refere à inconciliabilidade dos factos.

E por isto têm optado pela solução baseada no artigo 625.º, do CPC, e declaram no processo onde foi prolatada a última decisão que esta não tem eficácia porque o arguido anteriormente já tinha sido condenado pelos mesmos factos em outro processo e, conseqüentemente, ordenam-se as necessárias alterações ao registo criminal, determinando-se o cancelamento da segunda inscrição²⁹.

Mas, parece-me haver boas razões para se admitir o recurso da decisão com ofensa do caso julgado ao abrigo do disposto no artigo 629.º, n.º 1, al.

²⁷ Cf. acórdão de 06.01.1994, no proc. n.º 45324 e citado no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13.02.2014, proc. n.º 171/03.4GTVCT-B.S1, Relator: Cons. Rodrigues da Costa e também no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16.11.2011, proc. n.º 1874/07.0TAFUN-A.S1, Relator: Cons. Raúl Borges, ambos in www.dgsi.pt.

²⁸ Acórdão de 01.06.2006, proc. n.º 06P1936, Relator: Cons. Pereira Madeira, in www.dgsi.pt.

²⁹ Criticamente sobre esta solução, cf. Inês Ferreira Leite, *ob. cit. supra*, vol. I, p. 609 e ss, 612 e ss.

a), do CPC ex vi artigo 4.º, do CPP³⁰, quando em causa esteja o princípio constitucional *ne bis in idem*. Apesar de ser um passo atrás na pretensão de exaustividade do sistema de recursos no processo penal, constitui uma solução adequada e necessária em ordem à proteção do princípio constitucional *ne bis in idem* e do interesse de ordem pública de respeito pelo caso julgado³¹. Tanto mais que não se me afigura que se deva esperar pelo trânsito em julgado da decisão que violou o caso julgado (e pela possibilidade de interposição de um recurso extraordinário) para que seja assegurado o cumprimento de um princípio constitucional fundamental.

Todavia, este entendimento necessariamente terá de harmonizar-se com as regras processuais penais (tal como o impõe o disposto no artigo 4.º, do CPP). Sabendo que as regras processuais civis admitem sempre o recurso com ofensa em caso julgado, isto pressupõe que a alegação do recurso seja esta ofensa (e não a “não ofensa”) e articulando esta alegação com as regras processuais penais de admissibilidade do recurso em processo penal são poucas as situações em que será admissível o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça com base no disposto no artigo 629.º, n.º 2, al. a), *in fine*, do CPC.

Na verdade, havendo decisão de 1.ª instância a concluir pela violação do princípio *ne bis in idem* (consequentemente determinando-se a absolvição do arguido quando já tenha sido punido pelos mesmos factos em outro processo) e confirmando-se este entendimento no Tribunal da Relação, não haverá lugar a recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, não só porque nos termos restritos do Código de Processo Civil não há lugar a recurso com fundamento em não ofensa de caso julgado, como nos termos do Código de Processo Penal, havendo absolvição em 1.ª instância e no Tribunal da Relação, o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça não é admissível com base no disposto no artigo 400.º, n.º 1, al. d), a contrario, do CPP.

Nos casos em que quer o Tribunal de 1.ª instância quer o Tribunal da Relação entendam que não há violação do princípio *ne bis in idem*, o que determinará a condenação do arguido (em ambas as instâncias) quando se

³⁰ Admitindo que a violação do caso julgado tivesse já sido alegada em sede de recurso para o Tribunal da Relação, deverá ainda assim aceitar-se um duplo grau de recurso admitindo a recorribilidade da decisão para o Supremo Tribunal de Justiça. Todavia, admitindo apenas que o recurso seja possível em ordem a assegurar o duplo grau de recurso, cf. acs. relatados pelo Cons. Simas Santos, de 08.02.02001 e 08.03.2001, *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano IX, tomo I, pp. 229-233 e 241-243 onde se considerou inadmissível o recurso por já ter sido assegurado o duplo grau de jurisdição. Percebo que um entendimento no sentido da inadmissibilidade do recurso fosse uma solução adequada à limitação de acesso ao Supremo Tribunal de Justiça consagrada legislação; porém, com as mais recentes reformas, aceitando-se em alguns casos o duplo grau de recurso, torna-se mais difícil defender tal limitação; ainda mais porque se no âmbito do processo civil, onde não estará em causa a lesão do direito à liberdade, o acesso ao Supremo Tribunal de Justiça aquando da ofensa de caso julgado é sempre admissível, ainda mais se torna necessário admitir tal possibilidade no âmbito do processo penal, quando está em causa um princípio constitucional e a liberdade do cidadão (no sentido desta admissibilidade ainda que o Tribunal da Relação já se tenha pronunciado sobre a violação do caso julgado alegada, cf. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12.09.2013, proc. n.º 29/07.8GEIDN.C1.S1, Relator: Cons. Souto de Moura).

³¹ Também neste sentido acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12.09.2013 *cit. supra*.

conclua pela existência do crime e a sua imputação àquele, apenas poderá haver recurso com base em ofensa de caso julgado [e recorrendo à norma do artigo 629.º, n.º 2, al. a), do CPC] por violação do princípio *ne bis in idem* em todas as situações em que o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, com base nas regras processuais penais, não seja admissível, ou seja, aqueles casos em que o arguido foi condenado em pena de prisão igual ou inferior a 8 anos mediante acórdão da Relação que confirma a condenação em 1.ª instância [caso que o recurso não seria admissível com base no artigo 400.º, n.º 1, al. f), do CPP], ou os casos em que o arguido foi condenado em pena de prisão igual ou inferior a 5 anos ou pena não privativa da liberdade em acórdão da Relação [caso em que o recurso não seria admissível por força do artigo 400.º, n.º 1, al. e), do CPP].

Nos casos em que o tribunal de 1.ª instância considera que houve violação do princípio *ne bis in idem* (assim tendo absolvido o arguido) e o Tribunal da Relação concluiu que não houve aquela violação, assim condenando o arguido, não haverá necessidade de recorrer às regras processuais civis alegando a ofensa de caso julgado por violação do princípio *ne bis in idem* dado que o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça é admissível, pois quando a 1.ª instância absolve e o Tribunal da Relação condena, nos termos do artigo 400.º, n.º 1, al. e), do CPP, haverá sempre lugar à possibilidade de recurso quer se trate de condenação em pena não privativa da liberdade, ou em pena de prisão igual ou inferior a 5 anos, ou qualquer outra pena de prisão (sabendo que nunca haverá lugar nestas situações de absolvição-condenação a dupla conforme).

Por fim, se a 1.ª instância concluir pela não violação do princípio *ne bis in idem* (condenando o arguido) e a Relação concluir que tal violação ocorreu (tendo, portanto, havido ofensa de caso julgado) absolvendo o arguido, o recurso com fundamento em não ofensa do caso julgado (ou seja, não violação do princípio *ne bis in idem*) não seria possível por força das regras processuais civis³²; porém, segundo as regras processuais penais, ainda poderá haver recurso caso a condenação em 1.ª instância tenha sido em pena de prisão superior a 5 anos [cf. artigo 400.º, n.º 1, al. d), do CPP].

Do que se conclui que apenas em uma situação se mostra necessário recorrer ao disposto no artigo 629.º, n.º 2, al. a), in fine, do CPC ex vi artigo 4.º, do CPP para permitir o recurso com fundamento em ofensa de caso julgado por violação do princípio *ne bis in idem*: quando o Tribunal da Relação conclui pela não violação do princípio *ne bis in idem* condenando o arguido em pena de prisão igual ou inferior a 8 anos mediante acórdão da Relação que

³² O artigo 629.º, n.º 2, al. a), do CPC apenas admite o recurso com fundamento em ofensa de caso julgado, e tendo o Tribunal da Relação concluído pela ofensa de caso julgado não há interesse em agir por parte daquele que defendia o mesmo.

confirma a condenação em 1.^a instância [caso que o recurso não seria admissível com base o artigo 400.^o, n.^o 1, al. f), do CPP], ou em pena de prisão igual ou inferior a 5 anos ou pena não privativa da liberdade [caso em que o recurso não seria admissível por força do artigo 400.^o, n.^o 1, al. e), do CPP]³³.

3 | As situações de revista excecional: aplicação ao processo penal?

Diferentes dos casos que foram até aqui analisados são os casos integrados na revista excecional prevista no artigo 672.^o, n.^o 1, als. a), b) e c), do CPC. Deverá admitir-se (por aplicação analógica, nos termos do artigo 4.^o, do CPP) um recurso interposto com base neste dispositivo quando esteja em causa um recurso em processo (penal) da parte da decisão relativa à matéria criminal? Parece-me que não.

A autossuficiência do regime processual penal, e a intenção expressa e clara do legislador no sentido da autonomização dos recursos em processo penal, logo à partida permite-me pensar que aquele regime não é um regime supletivo aplicável sempre que ali se preveja uma possibilidade de recurso não prevista como tal no âmbito processual penal.

A revista excecional, tal como está prevista no Código de Processo Civil, abrange somente “questões de direito” relativas à análise de questões com “relevância jurídica”, com “relevância social” ou relativas a “identidade da questão fundamental de direito”³⁴.

Nas situações com relevo jurídico, tem sido exigido que se trate de questões com “carácter paradigmático e exemplar”³⁵ e sempre que a decisão não se enquadre “numa corrente jurisprudencial consolidada”³⁶. Sempre se poderia dizer que, constituindo questões relativas à melhor aplicação do direito, tal impunha-se igualmente no âmbito do processo penal. Porém, não sendo possível aqui autonomizar uma concreta violação processual penal que, em abstrato, permita concluir pela necessidade de alargar as possibilidades

³³ Mas ainda no âmbito da admissibilidade do recurso com fundamento em ofensa de caso julgado poder-se-á imaginar uma outra situação que não redunde necessariamente numa violação do princípio *ne bis in idem*.

Será o caso em que o tribunal da Relação, julgando o recurso procedente (interposto pela parte cível), altera a decisão de absolvição da 1.^a instância (não tendo havido, claro, recurso interposto pelo arguido, nem recurso interposto pelo MP contra o arguido ou recurso interposto pelo assistente); e assim se poderia questionar ter havido ou não, no âmbito do mesmo processo, caso julgado violado pelo Tribunal da Relação. Consideramos que aqui não está em causa o princípio *ne bis in idem*, pelo que não se trata de uma situação em que o arguido tenha sido punido duas vezes, em dois processos distintos, pelo mesmo crime; não se tratando desta situação excecional e tendo em conta a intenção do legislador de construir um sistema de recursos autónomo em processo penal, entendendo que não se deve aplicar o disposto no artigo 629.^o, do CPC. A admissibilidade do recurso em processo penal com aplicação analógica das regras do processo civil apenas decorre da necessidade de assegurar o princípio constitucional consagrado no artigo 29.^o, n.^o 5, da CRP.

³⁴ Também assim, Abrantes Geraldês, *Recursos em Processo Civil*, 7.^a ed., Coimbra: Almedina, 2022, p. 446.

³⁵ Abrantes Geraldês, *ob. cit.*, p. 447.

³⁶ Abrantes Geraldês, *ob. cit.*, p. 448.

de recurso, e em atenção ao objetivo do legislador no sentido de construir um sistema de recursos autónomo, não se justifica que se abra a porta para além daquilo que o legislador previu.

A melhor aplicação do direito é um desígnio que todos queremos em qualquer área do direito; porém, sabendo que o legislador processual penal só excepcionalmente pretendeu que as regras processuais civis fossem aplicadas analogicamente, e tendo criado um regime autónomo quanto aos recursos em matéria penal, não parece que possamos dizer que a não previsão de uma revista excepcional em modos semelhantes no processo penal constitua uma lacuna.

O legislador, quando referiu no artigo 399.º, do CPP, que eram recorri-veis as decisões cuja irrecorribilidade não estivesse prevista na lei, não pretendeu dizer que, apesar de segundo as regras processuais penais o recurso não ser admissível, ainda o poderia ser se se pudesse subsumir a pretensão do recorrente a alguma das situações previstas no Código de Processo Civil.

Na verdade, há boas razões para se entender que não existe uma lacuna.

Não existe qualquer lacuna quando se trata de um caso de contradição entre o acórdão recorrido e um outro acórdão do Tribunal da Relação ou do Supremo Tribunal de Justiça, pois em caso de contradição quanto à mesma questão de direito está previsto no Código de Processo Penal o recurso extraordinário para fixação de jurisprudência com eficácia não só para processos futuros (sem que, todavia, constitua jurisprudência obrigatória – cf. artigo 445.º, n.º 3, do CPP) como no próprio processo, podendo o Supremo Tribunal de Justiça rever a decisão recorrida ou reenviar o processo (artigo 445.º, n.º 2, do CPP). Além disto, o recurso para fixação de jurisprudência previsto no Código de Processo Penal abrange não só oposição entre acórdãos da Relação, e entre acórdãos da Relação e do Supremo Tribunal de Justiça, mas também, e neste ponto mais abrangente do que a previsão processual civil referente à revista excepcional³⁷, acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça em oposição.

Mas também não ocorre qualquer lacuna no que respeita aos outros dois fundamentos de revista excepcional – “relevância jurídica” ou “relevância social”.

Todavia, sempre se poderá perguntar em que medida esta outra situação é distinta da abordada inicialmente onde, em atenção à preservação de um princípio constitucional e processual, se acabou por entender existirem motivos consideráveis para se admitir a aplicação da regra processual civil – admissibilidade, em casos restritos, do recurso em caso de ofensa de caso

³⁷ Diferentemente do que acontece nos casos de recurso para uniformização de jurisprudência previstos nos artigos 688.º e ss, do CPC (sobre os diferentes meios de uniformização de jurisprudência no processo civil, cf. Maria dos Prazeres Beleza, Os meios de uniformização da jurisprudência previstos no Código de Processo Civil de 2013, *Jurismat – Revista Jurídica do ISMAT (Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes)*, 2021, n.º 14, p. 243 e ss).

julgado quando ocorra uma violação do princípio do *ne bis in idem* – ao processo penal.

Na verdade, trata-se de situações distintas.

Se no anterior caso nada há de semelhante no âmbito do regime de recursos de processo penal, e uma vez que não se encontra forma, após uma decisão do Tribunal da Relação, de assegurar o princípio *ne bis in idem* nem mesmo através do recurso extraordinário de revisão, e sabendo que estamos perante um princípio constitucional estruturante do processo penal, parece-me que deve haver modo de o proteger ainda em sede de recursos ordinários (e nos estritos casos em que já não seria admissível o recurso com base, apenas, nas regras processuais penais³⁸), antes de um eventual recurso ao Tribunal Constitucional, Diferentes aparentam ser as situações elencadas no artigo 672.º, do CPC dado que a sua aplicação ao processo penal não pode decorrer do entendimento de que existirá uma lacuna, pois esta não existe.

O regime excecional previsto naquele dispositivo consagrou ainda uma outra via de recurso quando parecia inadmissível o recurso por força da dupla conforme (cf. artigo 671.º, n.º 3, do CPC); consagrou, no entanto, uma regra aparentemente fechada, cumpridos os pressupostos elencados no dispositivo. Mas, tal como no regime dos recursos em processo civil, também nos recursos em processo penal está vedada a subida da decisão ao Supremo Tribunal de Justiça quando ocorra uma situação de dupla conforme – consagrada no Código do Processo Penal no artigo 400.º, n.º 1, al. f).

Tendo o legislador processual penal também previsto uma situação de inadmissibilidade do recurso por verificação da dupla conforme, e tendo querido criar um regime autónomo do regime processual civil, certo é que abriu uma porta à admissibilidade de recurso em caso de dupla conforme – a decorrente de a pena aplicada ser superior a 8 anos de prisão. Mas não previu qualquer outra exceção. Na verdade, sendo o processo penal um processo onde maioritariamente é aplicada uma sanção limitadora do direito fundamental à liberdade, qualquer questão jurídica ali discutida é de relevância jurídica e social, mas esta assume um relevo acrescido quando em causa estão casos de criminalidade mais grave. Não quer isto dizer que haja questões discutidas no âmbito do processo civil sem relevância jurídica ou social – qualquer processo constitui a resolução de um litígio entre pessoas e, conseqüentemente, qualquer questão relativa ao litígio é relevante; mas o legislador optou por criar uma “regra fechada” de inadmissibilidade do recurso quando haja dupla conforme, sem fundamentação essencialmente diferente e sem voto de vencido (artigo 671.º, n.º 3, do CPC).

Porém, o mesmo legislador, tendo pretendido criar no processo penal

³⁸ Cf. *supra*, ponto 2.

um regime de recursos próprio para responder às especificidades do sistema penal, criou o que entendeu como sendo o mais adequado, abrindo uma exceção à irrecorribilidade quando verificada a dupla conforme no caso de o arguido ser punido em pena de prisão superior a 8 anos. Não se trata, pois, de um caso omissivo, mas de uma decisão pensada de inadmissibilidade do recurso. Não sendo um caso omissivo, não há lugar à aplicação do regime processual civil.

4 | A aplicação das regras processuais civis ao processo Penal quando do recurso do pedido de indemnização Civil enxertado no processo penal

Mas outros problemas surgem quando se recorre da parte civil (enxertada no processo penal) relativa ao pedido de indemnização civil de perdas e danos emergentes da prática do crime (artigo 129.º, do Código Penal) ou, nas palavras do Código de Processo Penal, o pedido de indemnização civil fundado na prática de um crime (artigo 71.º, do CPP).

Em atenção ao princípio da unidade do sistema jurídico, em sentido unilateral, nem tudo o que é ilícito para o direito civil é ilícito para o direito penal (embora tudo o que seja ilícito para o direito penal seja ilícito para o direito civil³⁹) o que poderá ter como consequência que, apesar da absolvição dos arguidos em matéria penal, ainda se poderia considerar estarmos perante um ilícito civil. Todavia, para tanto é necessário que a matéria de facto, de forma explícita, apresente os elementos indispensáveis para que, apesar de se considerar que não há ilícito criminal, ainda assim se possa concluir estarem preenchidos os pressupostos da responsabilidade pela prática de ilícito civil, ou da responsabilidade pelo risco. Tal como já referiu o Supremo Tribunal de Justiça “a causa de pedir que sustenta o pedido cível tem que partir dos mesmos factos que integram a prática de um crime, dos factos que são causa da responsabilidade criminal, e é nesta realidade que se fundamenta o princípio da adesão”⁴⁰.

Todavia, situações haverá em que, apesar da afirmação da responsabilidade civil em 1.ª instância, o recurso quanto à matéria civil acabe por estar limitado tendo em conta a decisão penal.

Pensemos na seguinte hipótese: após absolvição, quanto à matéria penal e quanto à matéria civil, foi interposto recurso para o Tribunal da Rela-

³⁹ Assim também Figueiredo Dias: “o aludido princípio é aceitável se com ele se quiser significar apenas que não pode ser ilícito face à lei penal tudo aquilo que for permitido por qualquer outro ramo do direito; mas é inaceitável que se com ele se pretender concluir que o que é ilícito à face de um direito não penal também tem de o ser à face da lei penal, mesmo que por outras razões não venha em definitivo a ser penalmente punido. E isto é tudo quanto pode ser retirado, para o direito penal, do princípio da unidade da ordem jurídica.” (Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 3.ª ed., Coimbra: GestLegal, 2019, 2/§12 (p. 19).

ção apenas pelos demandados e o Tribunal julgou parcialmente procedente o recurso alterando factos provados.

Poderá o sistema judicial suportar duas decisões distintas quanto à matéria de facto num mesmo processo? Ou deveríamos antes limitar o recurso à parte civil, mas apenas para discussão de pontos que não impusessem uma decisão distinta que não abalasse os fundamentos da decisão penal?

É neste último sentido que se tem inclinado a jurisprudência, considerando que uma mesma situação sob julgamento não poderá assumir uns contornos sob o ponto de vista penal e outros sob o ponto de vista civil como se não fosse o mesmo acontecimento que está a ser julgado⁴¹. Tal como afirmou o Supremo Tribunal de Justiça em acórdão de 10.12.2018⁴² “o recurso restrito ao pedido cível não pode, em nenhuma circunstância, ferir o caso julgado que se formou em relação à responsabilidade criminal. Consequentemente, não é admissível a impugnação que pretenda colocar em causa a matéria de facto que suporta tal responsabilização criminal”.

Na verdade, se houve caso julgado quanto à factualidade subjacente ao processo-crime esta deverá ser a mesma que deve presidir à atribuição (ou não) da indemnização. Num “recurso da parte da sentença relativa à indemnização não poderão ser introduzidas questões que lhe sejam estranhas, designadamente as que se prendam com os pressupostos da condenação/absolvição penal.”⁴³; ou seja, “não é admissível a impugnação que pretenda colocar em causa a matéria de facto que suporta tal responsabilização criminal. O recurso relativo à matéria cível apenas pode abarcar a impugnação

⁴⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17.05.2012, proc. n.º 733/07.OTAOAZ. P1.S1, Relator: Cons. Souto de Moura (em www.dgsi.pt a 31.10.2022). Posição na linha do que foi decidido no assento n.º 7/99 (DR, I série-A, de 03.08.1999, onde se concluiu:

“1.ª No nosso direito positivo, a questão da indemnização a fixar pela prática de um crime consiste no sistema da adesão obrigatória da acção civil à acção penal, com algumas excepções expressas na lei (artigos 71.º e 72.º do Código Penal);

2.ª Em face do artigo 377.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, verifica-se a autonomia entre a responsabilidade civil e a responsabilidade criminal, mas isso não impede que, mesmo no caso de absolvição da responsabilidade criminal, o Tribunal conheça da responsabilidade civil, mas que tem necessariamente a mesma causa de pedir, ou seja, os mesmos factos que são também pressuposto da responsabilidade criminal;

3.ª Não pode concluir-se do artigo 129.º do Código Penal que a reparação civil arbitrada em processo penal é um efeito da condenação, mas sim que este normativo apenas remete para o artigo 483.º do Código Civil;

4.ª Esta responsabilidade civil, que poderá exclusivamente ser apreciada em processo penal (se o pedido for aí deduzido), refere-se tão somente àquela que emerge da violação do direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios, com dolo ou mera culpa e da qual resultem danos, ficando, portanto, excluída a responsabilidade contratual (artigo 483.º do Código Civil).

Foi, então, fixada a seguinte jurisprudência: “Se em processo penal for deduzido pedido cível, tendo o mesmo por fundamento um facto ilícito criminal, verificando-se o caso previsto no artigo 377.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, ou seja, a absolvição do arguido, este só poderá ser condenado em indemnização civil se o pedido se fundar em responsabilidade extracontratual ou aquiliana, com exclusão da responsabilidade civil contratual.”

⁴¹ Cf. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24.02.2010, proc. n.º 151/99.2PBCLD. L1.S1, Relator: Cons. Raúl Borges (em www.dgsi.pt a 31.10.2022).

⁴² Proc. n.º 08P3638, Relator: Cons. Santos Cabral; em sentido idêntico, acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17.05.2012, proc. n.º 733/07.OTAOAZ.P1.S1, Relator: Cons. Souto de Moura (ambos em www.dgsi.pt a 31.10.2022).

⁴³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13.01.2010, proc. n.º 2569/01.3TBGMR-D. G1.S1, Relator: Cons. Sousa Fonte (em www.dgsi.pt a 31.10.2022).

da decisão proferida no que toca especificamente ao conhecimento e decisão próprios e específicos do pedido cível, ou seja, ao prejuízo reparável.”⁴⁴

Quanto à admissibilidade do recurso relativo à parte civil, regem as regras processuais civis – artigos 671.º e ss, do CPC – de acordo com o estipulado no artigo 400.º, n.ºs 2 e 3, do CPP; conseqüentemente, aplicam-se também as regras da dupla conforme inscritas no 671.º, n.º 3, do CPC. E havendo dupla conforme poder-se-á ainda recorrer ao abrigo das regras relativas à revista excecional inscritas no artigo 672.º, do CPC. Dos possíveis fundamentos para a interposição da revista excecional quanto à parte civil da decisão não se levantam os problemas atrás referidos de compatibilização entre as regras processuais penais e as processuais civis.

No entanto, parece-me que, mesmo sendo admissível a revista excecional, sendo o recurso limitado à matéria civil enxertada no processo penal os poderes de cognição do tribunal estão limitados pelo caso julgado que já ocorreu no processo penal; pelo que qualquer alteração com repercussões na parte penal não pode ser conhecida, mesmo que, em abstrato, a revista excecional fosse admissível na parte civil. Parece-me que, não havendo possibilidade de recurso da parte penal, tudo a esta referente transitou em julgado, e qualquer decisão em recurso da parte civil necessariamente se encontra limitada. Já parece ser diferente aquele caso em que quer a parte penal, quer a parte civil, admitam o recurso.

E um outro problema poderá ainda equacionar-se: admitida a revista excecional pela “formação” (ao abrigo do disposto no artigo 672.º, n.º 3 do

⁴⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05.11.2008, proc. n.º 08P3182, (Relator: Cons. Santos Cabral) Colectânea da Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, ano XVI, Tomo III / 2008, p. 213 e ss; também assim no acórdão de 24.02.2010, cit. supra: “A definição do modo e circunstancialismo do acidente e atribuição de culpa integradora do crime (no processo criminal) é definitiva, não podendo ser reequacionada aquando da discussão da matéria cível. A admitir-se nesta sede a possibilidade de discussão (de uma nova discussão) da génese do acidente, com outra apreciação e discussão da verificação da culpa, ou diversa fixação de contribuição de culpa (culpa única e exclusiva, ou concursal, partilhada, em concorrência), estar-se-ia a abrir caminho para uma revisão (obviamente fora de um quadro de recurso extraordinário) e para uma redefinição de matéria factual assente (definitivamente) no processo, com base na qual inclusive o arguido foi condenado com base em responsabilidade criminal numa pena criminal. Ficar-se-ia num tal quadro com uma decisão com uma certa configuração factual – no plano criminal – definitiva, inatacável, inatingível, insindicável, intocável, e em simultâneo, concomitantemente – porque estranha razão? – com uma outra diversa descrição no sector da responsabilidade civil, o que manifestamente não pode ser, por se revestir de uma *contraditio in terminis* uma diversa solução factual no âmbito de um mesmo quadro factual, qual seja o da descrição de um evento da vida real que é um acidente de viação, que é sempre um evento único, independentemente do poliformismo que a conformação concreta assumia em cada caso. Uma tal possibilidade redundaria numa contradição insanável no mesmo processo, ficando a valer uma verdade do acidente para o crime e uma outra diversa, não coincidente, para o pedido de indemnização!

Sendo possível uma apreciação e uma decisão autónomas no plano civil e criminal, como inculca o n.º 1 do artigo 403.º do Código de Processo Penal, deve manter-se, no plano da facticidade apurada em sede de julgamento criminal, em que são asseguradas todas as vastas garantias de defesa e de exercício do contraditório, plasmadas em sede de garantia constitucional e ordinária, uma lógica de coerência interna, apenas podendo ser reapreciado o que pode ser separado, mas sempre sem prejuízo da unidade e coerência do que ficou assente em sede de definição do circunstancialismo do acidente e da determinação da responsabilidade, e inclusive, da determinação do prejuízo susceptível de reparação, mas aqui apenas naquilo que consubstanciar tão somente matéria de facto. (...) Conclui-se assim que não é possível alteração de matéria de facto e de modificação da percentagem de culpa dos intervenientes no acidente que esteve na base do processo crime e do pedido de indemnização versado nos autos. No caso em apreciação apenas é possível alteração quanto ao quantitativo da indemnização na parte impugnada.” (em sentido contrário admitindo uma análise quanto à percentagem de culpa por considerar que “a abordagem da culpa para efeitos civis e para apuramento da responsabilidade penal não tem que coincidir”, cf. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07.07.2010, proc. n.º 893/01.4TALS.D.S1, Relator: Cons. Souto de Moura (em www.dgsi.pt a 31.10.2022).

CPC) – “formação” esta composta por Juízes Conselheiros das secções cíveis – sempre se poderá questionar se deverá caber ao relator Juiz Conselheiro de uma das secções penais a elaboração do acórdão. O legislador, por enquanto, não parece dar abertura à possibilidade de redistribuição do recurso para decisão civil quando a “formação” concluiu pela admissibilidade do recurso. Porém, num momento em que se afirma cada vez mais a necessidade de especialização dos Tribunais, justifica-se atribuir aos juízes criminais a elaboração de um acórdão num recurso (de direito⁴⁵) criado devido à “necessidade de tutelar interesses de ordem social ou jurídica ligados à melhor aplicação do direito ou à segurança e estabilidade na interpretação normativa”⁴⁶ de regras civis? Tenho algumas dúvidas.

Mas ainda que assim se não entenda, certo é que, perante a interposição de um recurso de revista excecional interposto da parte civil no processo penal, e a sua admissibilidade decidida pela “formação” com base na relevância jurídica ou relevância social de questão relativa à matéria civil da ação, o julgador criminal, aquando da decisão, não poderá deixar de analisar os seus possíveis reflexos na parte penal, em particular, quando relativamente à parte penal já não era possível o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, tendo ocorrido já o trânsito em julgado nesta parte. Ou seja, admitir a revista excecional da parte civil da decisão pode constituir a assunção de um risco de julgados distintos no âmbito do mesmo processo que, parece-me, cabe ao decisor penal acautelar.

São estas as minhas dúvidas e algumas ideias.

Há cerca de 8 anos disse que “nunca tinha escrito uma sentença...”

Da janela do meu gabinete de então, não se viam estátuas nem balanças. Mas até ali a minha secretária tinha sido o meu tribunal. E nela tinha escutado as vozes que emanavam dos livros empilhados; tinha ouvido argumentos e contra-argumentos, tinha feito remessas e juntadas. Tinha sido parte e contraparte, tinha recorrido de mim para mim, e assim tinha vivido a solidão radical das tarefas de investigação académica⁴⁷.

Nunca tinha escrito uma sentença... mas tinha-me habituado às dúvidas que estimulam. Trouxe esse passado comigo, e por isso fui carinhosamente caracterizada como tendo um “complicómetro”⁴⁸.

⁴⁵ Também assim, Abrantes Geraldês, ob. cit., p. 446.

⁴⁶ Abrantes Geraldês, ob. cit. p. 443.

⁴⁷ Discurso de tomada de posse a 26.03.2014.

⁴⁸ E com este escrito gostaria de homenagear quem tão bem me acolheu no Supremo Tribunal de Justiça e permitiu a minha integração num “mundo diferente” – o então Presidente da 5.ª secção, o Amigo Senhor Juiz Conselheiro José Santos Carvalho e na sua pessoa todos os Colegas que se encontravam nesta secção: as Senhoras e os Senhores Juízes Conselheiros(os) Arménio Sottomayor, Artur Rodrigues da Costa, José Souto de Moura, Isabel Pais Martins, Manuel Braz, e Isabel São Marcos.

Volvidos mais de 8 anos não consegui abandonar uma certa forma de olhar o direito que se cultiva nas Universidades, mas sei que hoje olho mais para o direito como um Juiz que pretende resolver da melhor maneira que pode e sabe os problemas concretos de cada cidadão. Talvez este novo modo de olhar o direito me tenha levado hoje a soluções guiadas pela “necessidade de talhar na carne viva os interesses humanos” (Manuel de Andrade). •



RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE REVISÃO

Algumas especificidades de regime e de tramitação

José M. Damião da Cunha¹

Professor Catedrático, Universidade Católica Portuguesa

1 | A qualificação do instituto

De acordo com a Lei da Organização do Sistema Judiciário (a partir de agora LOSJ); cf. artigo 55.º, e)), cabe ao Supremo Tribunal de Justiça (STJ; no caso, às secções do STJ) conhecer do pedido de revisão, anular penas por decisões inconciliáveis e ainda suspender a execução de penas de sentenças quando decretada a revisão. Por sua vez o artigo 11.º, n.º4, a), do Código de Processo Penal (CPP) é mais parco, mas refere: conhecer dos pedidos de revisão. No âmbito desta competência, é fácil entrever as três tarefas atribuídas ao STJ, associadas ao “recurso extraordinário” de revisão:

- a. conhecer do pedido de revisão – diríamos, a competência principal;
- b. no quadro do pedido de revisão, o poder especial de anular sentenças em caso de inconciliabilidade de julgados penais condenatórios;
- c. no âmbito da decisão sobre o pedido de revisão, a questão sobre a “suspensão de execução da pena privativa de liberdade”, que o condenado está ou pode estar a cumprir, caso tenha sido autorizada a revisão. Questão ou matéria que se associa à competência do Pleno das Secções Criminais do STJ de suspender, a título antecipatório, a execução da pena, antes mesmo da decisão de autorizar a revisão (artigo 473.º do CPP).

Como decorre dos preceitos acima indicados, em caso algum se faz refe-

¹ Escola de Direito do Porto - Centro de Estudos e Investigação em Direito.

O texto corresponde à nossa intervenção no Colóquio de Processo Penal, subordinado ao tema “recursos”, realizado no STJ, no painel intitulado “especificidades do recurso extraordinário de revisão”. Optou-se por, de modo pontualizado, chamar a atenção para aspetos menos considerados do regime e tramitação da revisão. Questões, porventura, de menor relevância, mas que, no seu conjunto, são a demonstração da erosão do regime e talvez elementos que propiciem uma nova visão da revisão. Deixa-se conscientemente de fora a análise dos fundamentos de revisão. Em qualquer caso, independentemente das posições do Autor, naturalmente sujeitas ao contraditório, espera-se contribuir para a renovação de um debate sobre a Revisão.

rência à nomenclatura “recurso” (exclui-se, naturalmente, a inserção sistemática do instituto no âmbito do CPP²). Embora a LOSJ e o CPP também regram, p. ex., que cabe ao Pleno das Secções Criminais uniformizar jurisprudência (como sua tarefa própria), o cumprimento desta sua tarefa é consequência de recursos expressamente regulados no CPP para o efeito, aos quais se aplicam, subsidiariamente, os preceitos dos recursos ordinários (cf. artigo 448.^o). Simplesmente, a função de uniformização de jurisprudência não se esgota no exercício do direito de recurso; nela também se inclui o denominado recurso no interesse da unidade do Direito (artigo 447.^o), que não será um recurso em sentido próprio, embora esteja em causa instrumento processual que contribui para a uniformização da jurisprudência.

Ora, uma primeira questão é exatamente qualificar a designada “revisão de sentença transitada em julgado”.

A resposta decorre da própria natureza do instituto e da designação legal: a revisão é um pedido, é uma ação sem limites temporais impostos, que visa a reabertura de um processo, tendo em vista a anulação de uma decisão considerada definitiva (em regra, uma sentença condenatória)³. Pedido fundado numa concreta circunstância legalmente tipificada como justificante⁴.

Não nos parece que seja ou possa ser qualificada como um recurso. Lendo a regulamentação sobre a revisão verifica-se que, além da inserção sistemática do CPP (no âmbito dos recursos extraordinários), a previsão da proibição de *reformatio in peius* (enquanto instituto específico dos recursos – cf. artigo 463.^o, n.^o 2) e ainda uma referência à resposta no âmbito da tramitação do pedido (artigo 454.^{o5}), nada mais há que apele ou remeta para a ideia ou regulamentação de recurso.

² Bem como quando o CPP usa a expressão “recursos extraordinários” (cf., p. ex., artigo 64.^o, n.^o 1, e), do CPP); expressão que abrange necessariamente a Revisão.

³ Historicamente, no processo penal português, a revisão também não estava incluída no âmbito dos recursos. Assim sucedia no Código de Processo Penal de 1929; a Revisão constava de um título autónomo (Título X); os recursos constavam do Título IX.

Em qualquer caso, mesmo que a Revisão seja qualificada como recurso, como diz ANA TERESA CARNEIRO (*Dos fundamentos do recurso extraordinário de revisão*, Lisboa, Rei dos Livros, 2012, p. 38) apenas relativamente à tramitação da fase rescindente se poderia falar de um recurso (ou seja, até à decisão sobre o pedido a proferir pelo STJ). O que, naturalmente, deixa fora deste instrumento processual “recurso” o seu próprio objetivo/fim (a revisão). E, dir-se-ia, a maior relevância prática da qualificação do recurso refere-se à atividade do juiz de 1.^a instância.

⁴ Embora a revisão, em regra, preveja várias causas de legitimação (sendo que mais recentemente foram adicionadas ainda outras), é evidente que a mais relevante é a dita revisão *propter nova* – fundamento que em alguma medida justifica o próprio instituto e sua tramitação.

⁵ Com efeito, na tramitação preliminar, o código expressamente prevê uma resposta a ser dada num determinado prazo (artigo 454.^o), nada indicando quanto aos legitimados, nem definindo o prazo. Esta situação só se pode compreender pelo facto de o artigo 681.^o do antigo CPP (fonte deste normativo) não prever o direito de resposta (“O juiz que receba o requerimento de revisão remeterá o processo em que ela se pedir, no prazo de cinco dias, ao Presidente do Supremo Tribunal de Justiça com a sua informação. § único: quando se tenha de proceder a quaisquer diligências, nos termos dos artigos anteriores, o prazo a que se refere este artigo começará a contar-se desde que tenham terminado”).

Parece-nos que não há justificação para se aplicarem os prazos normais para a resposta, previstos no regime de recursos ordinários (não há no caso qualquer resposta “probatória” – tal é sempre matéria de julgamento de revisão). Como, do mesmo modo, na resposta não há sujeitos processuais – não há arguido, nem assistente. Com efeito, o pedido visa reabrir um processo. Por isso, enquanto a revisão não for autorizada, o processo está concluso, pelo que não há arguido ou assistente; tão só interessados na decisão sobre o pedido.

Em qualquer caso, há que notar que a revisão não deixa de constituir uma exceção no âmbito da competência “normal” do STJ. Com efeito, a revisão constitui um caso excepcional em que o STJ faz apreciação de matéria de facto (*rectius*, procede a valoração sobre matéria probatória) sem que obviamente, por isso, assuma a qualidade de “instância”⁶. Neste sentido, é preciso esclarecer que, designe-se recurso ou se atribua outra qualificação, em caso algum estamos perante uma nova instância ou um novo grau de jurisdição.

Creemos que, de facto, não parece haver razão para qualificar a revisão como um recurso: desde logo, o próprio CPP refere o requerimento a pedir a revisão (artigo 451.º); por sua vez, a LOSJ refere como competência do STJ aquela de conhecer do pedido de revisão; e, por fim, a decisão do STJ (artigo 455.º, n.º 3) é tão só a de denegar ou autorizar a revisão (reenviando, neste caso, para o tribunal competente). Tanto quanto nos parece, o STJ não toma, em regra, posição sobre (o valor de) a sentença a rever (ou seja, negar a revisão não nos parece que signifique confirmar a decisão; autorizar a revisão significa permitir uma nova audiência de julgamento, mas a decisão de autorização não interfere com a validade da sentença a rever). Parece-nos ser este o sentido a extrair do conjunto de normas, aqui em causa.

2 | Notas sobre a relação entre juiz do tribunal que proferiu a sentença e o STJ em matéria de conhecimento do pedido de revisão

Observe-se, desde logo, que, embora o pedido seja apresentado perante o tribunal onde correu o processo, é difícil de entrever, na tramitação junto deste tribunal, uma analogia com a função desempenhada pelo tribunal *a quo* em matéria de interposição do recurso. Com efeito, é duvidoso que o juiz que recebe o pedido de revisão esteja habilitado a comprovar “autonomamente” os pressupostos de admissibilidade⁷ (comprovação que, aliás, assumiria sempre uma forma provisória, no caso de ser decisão positiva, isto é, quando esteja em causa decisão de admissão⁸; ou, então, ficaria dependente de reclamação para o Presidente do STJ, em caso de não admissão do recurso); pelo contrário, o juiz parece desenvolver uma

⁶ Referimo-nos naturalmente ao facto de as dúvidas graves sobre a justiça da condenação assentarem em elementos probatórios (novos). Referindo também esta incongruência, JOÃO CONDE CORREIA, O “mito do caso julgado” e a Revisão propter nova, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 630, salientando a tarefa do juiz de primeira instância.

⁷ Sobre as duas interpretações da relação juiz/STJ, em particular sobre aspetos de validade formal, cf. SIMAS SANTOS/LEAL HENRIQUES, Recursos Penais, Lisboa, Rei dos Livros, 2020, p. 257 s., ANA TERESA CARNEIRO, p. 70 ss. Do mesmo modo, JOÃO CONDE CORREIA analisa este problema, p. 630, nota 1237.

De facto, a questão reduz-se única e exclusivamente à validade formal do requerimento de revisão e saber se o juiz tem o poder para rejeitar tal requerimento (mas falta saber ou prever-se legalmente como se pode reagir ao despacho de rejeição). Aceite o requerimento, o juiz não tem qualquer “margem de liberdade”.

Por isso mesmo, pode dizer-se que não existe verdadeira, ou materialmente, uma fase rescindente preliminar (pois o juiz não dispõe de qualquer competência própria).

⁸ Cf., assim, o artigo 414º do CPP ao dizer que a decisão que admita o recurso... não vincula o tribunal superior.

atividade de (mera) preparação e colaboração da decisão do STJ, ao ponto de proferir uma (a nosso ver, pouco compreensível e incoerente) informação sobre o mérito do pedido. Ora, cabendo, por lei e estatuto, ao STJ conhecer do pedido de revisão é evidente que toda a atividade prévia do juiz não pode ser qualificada como de “substituição” da atividade do STJ, órgão a quem compete (integralmente) a decisão sobre o pedido. No entanto, e uma vez que não está em causa qualquer juízo de admissibilidade (o que, em caso de não admissão poderia justificar a reclamação nos termos do artigo 405.º, todavia situação não legalmente prevista), parece que é a Secção do STJ que receberá a informação sobre o pedido e que, em função do caso, pode decidir logo do pedido ou então exigir outras colaborações/diligências a um juiz (artigo 455.º n.º 3). Assim, observe-se que, se o STJ entender que deve ser realizada qualquer diligência (a despeito da prévia informação já enviada), pode ordenar a um juiz para as realizar (o que justifica seguir-se uma interpretação unitária da função do juiz da 1.ª instância como de colaborador e “preparador” da decisão sobre o pedido – neste sentido, está em causa, tanto na fase prévia como depois de intervenção do STJ, uma específica forma de cooperação judicial; decisão que é da competência do STJ). Tal significa que qualquer informação do juiz tem de ser conhecida pela competente secção do STJ, a qual, em consonância com o carácter das suas próprias funções, pode exigir novas diligências ou, então, tomar autonomamente a decisão sobre o pedido.

A previsão de uma informação sobre o mérito do pedido, a proferir pelo juiz que recebe o requerimento, constitui solução, a nosso ver, pouco compreensível e não encontra paralelo em nenhum sistema jurídico processual próximo⁹. Independentemente do conteúdo da informação (que obviamente não é, não pode ser, vinculante) não deixa de ser também sintomático que a dialética na tramitação da revisão se reduza ao pedido e à resposta ao pedido (artigo 454.º¹⁰), antes de ser fornecida a informação sobre o pedido (ou então realizadas as diligências). Trata-se de solução ambígua, não só porque, face à informação fornecida após esta dialética, aos interessados deveria ser concedido o direito de contestar a (conteúdo da) informação, como, por outro lado, já no STJ, o MP na vista pode (deve?) emitir (o seu) parecer sem que, como se imporia, seja facultado contraditório dos restantes interessados¹¹.

⁹ Informação que corre o risco de ser interpretada como “sub-reptícia” violação (por “delegação” de uma competência no juiz) de competências legalmente definidas. Com efeito, a exigência de que o juiz preste informação pode ter a sua justificação no facto de o STJ ser a obrigado a proceder a juízos sobre aspetos probatórios ou de matéria de facto, para os quais em regra não está habilitado. Mas então na informação é que radicaria a decisão; conclusão que levaria à subversão do sistema, e por isso mesmo deve ser liminarmente afastada.

Crítico da opção legislativa de atribuição deste poder ao juiz de 1ª instância, cf. JOÃO CONDE CORREIA, p. 630 e 631

¹⁰ Resposta, obviamente, que não permite alargar o objeto do pedido (ou dar azo a um contraditório com apresentação de outros elementos). O eventual contraditório probatório (face aos elementos novos) tem de ser remetido para o eventual juízo-audiência de revisão.

¹¹ Sobre a ausência de dialética em matéria de procedimento de revisão, cf. JOÃO CONDE CORREIA, p. 633.

Naturalmente, pressuposto da solução legal é que a atividade do juiz de 1ª instância é meramente preparatória e “sem efeito externo” (tal efeito só pode ser produzido pelo STJ, através das suas pronúncias).

Deste modo, a tramitação em matéria do conhecimento do pedido de revisão escapa, em nosso entendimento, à lógica do processo ou dos recursos: com efeito, pressuposto prévio seria que o pedido fosse considerado admissível/recebível¹²: a) o requerimento tem de ser motivado, i. e., deve apresentar o concreto fundamento em que se alicerça o pedido¹³ (fundamento concreto, de resto, que não deve ter sido já objeto de anterior decisão); b) c) deve, p. ex., conter a indicação de meios de prova válidos (p. ex., não se devem verificar as circunstâncias enunciadas no artigo 453.º, n.º 2, embora tal norma deva, em nosso entendimento, ser criticada e mesmo objeto de correção¹⁴) bem como os elementos de instrução necessários. Só verificados estes pressupostos e garantido o direito de resposta¹⁵, é que o juiz deveria, em seguida, proceder às necessárias diligências e por fim dar a informação sobre o *mérito* do pedido. Deveria, em consequência, reconhecer-se o direito de o interessado dirigir-se ao STJ (mas concretamente a quem: ao presidente do STJ ou à secção à qual o pedido irá ser distribuído?) para contestar qualquer decisão do juiz, tomada nesta fase preliminar, que coloque em causa a validade do pedido (*rectius*, da sua tramitação, da admissibilidade do conhecimento do pedido).

Simplesmente, esta lógica parece não ser a que está subjacente à tramitação do pedido de revisão; o juiz que recebe o pedido não parece ter uma competência própria sobre o procedimento do pedido¹⁶; apenas exerce uma função de colaboração ao STJ (será, pois, um mero órgão de cooperação), sendo este último o titular exclusivo da competência para decidir do pedido de revisão (pelo que parece existir apenas um só procedimento decisório).

Por isso, o CPP parte de um entendimento diferenciado das funções do juiz do tribunal de 1.º instância, em matéria de tramitação preliminar: com efeito, na noção “negar” a revisão, por decisão do STJ, parece abranger-se todas as causas de não conhecimento do pedido, incluindo o juízo (negativo) sobre o mérito do pedido, mas também os casos de rejeição por inadmissibi-

¹² Observe-se que a admissibilidade é categoria processual que se encontra enunciada nos preceitos da revisão (desde logo, nos fundamentos; artigo 449.º, n.ºs 1, 3 e 4). Neste sentido, seja em relação ao juiz de 1.º instância, seja quanto à decisão do STJ, não se percebe a ausência de referência autonomizada a esta categoria, como condição prévia do conhecimento do pedido.

¹³ Se o requerimento fizer referência a uma sentença ainda não transitada em julgado, o juiz concede o direito de resposta para quê? Questão que se pode multiplicar por outras hipóteses.

¹⁴ Por entendermos que se confunde a (in)justiça da condenação com a indemnização devida. Se o condenado tiver sido condenado por culpa sua (por não apresentar provas que tinha à disposição), não deve ser indemnizado; mas deve ter direito à revisão.

¹⁵ Observe-se que o pedido apresentado é depois submetido a resposta de outros interessados. Quem tem direito à resposta não está definido: à exceção do Ministério Público, a menos que seja ele próprio o requerente da revisão, presume-se que sejam os interessados na decisão (de negação ou revisão); mas não são os sujeitos processuais (o processo terminou); mas também não se refere qual o prazo (admita-se que por analogia se apliquem os prazos de recursos ordinários; temos, porém, dúvidas que o pedido de revisão assuma a mesma complexidade dialética que um recurso ordinário).

¹⁶ Observe-se que, nos recursos ordinários, a decisão de não admissão pelo juiz a quo é decisão com efeito processual: se não houver reclamação, o processo transita em julgado. Este raciocínio não se aplica de modo algum no âmbito da revisão. Qualquer informação tem de ir ao STJ; além disso, a rejeição formal não impede a renovação do pedido de revisão.

Neste sentido, nada impede que o interessado renove logo o requerimento a pedir revisão, “sanando” os eventuais vícios.

lidade do pedido de revisão¹⁷. Assim, seja qual for a natureza da informação prestada pelo juiz, tal informação tem de chegar ao conhecimento do STJ. Pelo que poderia, eventualmente, instituir-se um regime de subida e descida a propósito do pedido, em função da informação prestada pelo juiz (a quem o pedido foi apresentado) e das necessidades de diligências concretas, atinentes ao exercício de funções, de que o STJ careça para uma correta decisão (a única decisão, juridicamente relevante, quanto ao pedido de revisão). Escusado será dizer, porém, que, na sua atividade de cooperação, o juiz de 1.^a instância deve prevenir esta hipótese (de subida e descida) e está obrigado a proceder segundo princípios ou preocupações de celeridade processual na colaboração com o STJ, ou seja, deve corresponder às exigências do pedido de revisão.

Em qualquer caso, observe-se que, entendido nestes termos, o procedimento decisório (que só ao STJ cabe) é algo “incoerente”¹⁸: na decisão do STJ sobre o pedido deveria distinguir-se: entre rejeição da revisão por inadmissibilidade/não aceitação (o que tem a ver com os pressupostos de admissão/aceitação do pedido – que não impede, no caso, a repetição do pedido) e negação da revisão por “improcedência” do pedido. Só, no segundo caso, se concretizaria, em nosso entendimento, verdadeiramente a proibição de duplo pedido pelo mesmo fundamento.

Ora, aparentemente, nenhuma distinção se faz, porque o STJ parece concentrar todos os poderes decisórios.

3 | Da legitimidade para requerer a revisão

O CPP refere expressamente quem tem legitimidade para requerer a revisão.

3.1 O condenado (que pode ser um recluso). Observe-se que a qualificação do interessado na revisão como condenado é integralmente correta. Transitado em julgado o processo, o arguido enquanto sujeito processual “desaparece”. Se a revisão for autorizada, o condenado pode cumular a qualidade de arguido (para efeito de direitos processuais), nomeadamente para efeito de posterior julgamento. Todavia, não perde a qualidade de condenado¹⁹.

¹⁷ Com efeito, a decisão sobre a aceitação do pedido será matéria que estará sempre reservada ao STJ; uma aceitação/admissão, pelo juiz que recebe o requerimento pedindo a revisão, nunca vincularia o STJ. Sobre isto, não restam dúvidas (em geral; mas por forma muito mais reforçada na revisão); mas onde é que a autonomia da decisão sobre a aceitação se repercute na decisão final do STJ?

¹⁸ Todavia, como é bom de ver, a decisão do STJ de negar ou autorizar a revisão há de ser sempre fundamentada, embora se trate de decisão irrecorrível (aspeto que pode ser discutível).

¹⁹ O CPP não é claro na nomenclatura; com efeito, no artigo 459^o, refere a qualidade de arguido; no entanto, no artigo 457^o, mesmo autorizada a revisão, fala de condenado; já no artigo 461^o, refere que o arguido é restituído à situação jurídica anterior à condenação (ou seja, a de arguido – logo, com a sentença absolutória – ou de cidadão livre – com o trânsito em julgado da sentença de revisão?). Só aqui, neste momento, é que há a verdadeira revisão de sentença e alteração de estatuto.

Ao lado do condenado, confere-se legitimidade aos “herdeiros-representantes” ou a quem o condenado tenha conferido expressa incumbência para o efeito. Naturalmente que há que distinguir entre herdeiros-representantes que podem formular, por si (enquanto tais), o pedido e as pessoas expressamente incumbidas pelo condenado²⁰.

Trata-se de reconhecimento de legitimidade que se compreende, mas que suscita algumas dúvidas no caso de a revisão ter sido autorizada e dever, por isso, continuar (como a seguir referiremos).

3.2 O CPP confere ao defensor a legitimidade para pedir a revisão. Quer-nos parecer que esta legitimidade é direta, ou seja, o defensor, no caso, atua com base no artigo 63.º do CPP, alargado a uma fase “extraprocessual” (devido, no entanto, ter-se em conta o n.º 2 do mesmo preceito²¹). Pressupõe-se naturalmente que a constituição como defensor (no processo definitivo, que ora se quer rever) do condenado seja ainda válida, eficaz, no momento da apresentação do pedido, de modo a o defensor estar habilitado a exercer o direito à revisão em nome do “condenado”²².

3.3 Quanto ao Ministério Público, nada há a apontar quanto à sua legitimidade.

3.4 Mais discutível é a afirmação da legitimidade do assistente. Além das dúvidas quanto à legitimidade (constitucional e de lógica processual) de admissibilidade de revisões *contra reum*, parece-nos que não é o assistente, *qua tale*, que tem legitimidade para apresentar o pedido. Com efeito, tendo transitado em julgado a sentença (logo, o processo), a qualidade de assistente também desaparece. Quer-se, isso sim, dizer que aquele que se constituiu assistente no processo, que se quer agora reabrir, é que tem legitimidade para requerer a revisão; só com a eventual autorização da revisão é que “renasce-renova” efetivamente aquela qualidade de sujeito processual. Mais corretamente, deveria constar da lei, como legitimado, o ofendido²³ que se tenha constituído assistente no processo.

²⁰ Mais detidamente sobre o tema, cf. ANA TERESA CARNEIRO, p. 61 e, em particular, nas conclusões, p. 65.

²¹ O que pressupõe também a possibilidade de desistência do pedido (de revisão), uma vez que o condenado pode retirar eficácia ao ato praticado. Sobre a desistência, cf. SIMAS SANTOS/ LEAL HENRIQUES p. 252 s; ANA TERESA CARNEIRO p. 77 s. Decorre da natureza do pedido como direito de ação a possibilidade de desistência até ao seu conhecimento pelo STJ.

²² Sobre esta matéria mais aprofundadamente, e referindo também outras perspetivas, cf. ANA TERESA CARNEIRO, p. 64 e 65.

²³ Ou, eventualmente, um seu representante, se tiver, entretanto, falecido.

4 | Autorização da revisão e eficácia da sentença transitada em julgado. Casos especiais

A autorização da revisão significa a permissão para a reabertura do processo, em função da fase processual última em que este se encontrava quando tornado definitivo. Justifica-se fazer algumas observações, quanto ao sentido da autorização da revisão e seus efeitos.

4.1 (O valor da sentença transitada em julgado após autorização de revisão)
Em regra, a autorização da revisão implica a reabertura do processo, *rectius* a realização de um novo julgamento (ou, no caso de despacho de pronúncia, o avanço no processo).

Porém, na hipótese normal (isto é, com base nos fundamentos de revisão *em favor do condenado*) a sentença transitada em julgada mantém a sua eficácia, em particular mantém-se em execução (o seu efeito executivo). Nos termos do artigo 457.º do CPP, se o condenado estiver a cumprir reação criminal privativa de liberdade (só neste caso, observe-se), o STJ tem de tomar a decisão sobre se a execução da pena deve ser suspensa (sem prejuízo do caso especial, regulado no artigo 473.º, que atribui ao Pleno das Secções Criminais o poder de decisão antecipada sobre suspensão de execução da pena privativa de liberdade, tendo por base outros fundamentos de revisão, que não o de *propter nova*).

Trata-se, assim, de um caso legalmente previsto, mas excepcional, de quebra do princípio da imperatividade da execução da pena (consequência da exequibilidade da sentença condenatória transitada em julgado.).

Observe-se, porém, que a sentença condenatória mantém a sua eficácia; o que (eventualmente) se suspende é tão-só a execução de pena privativa de liberdade. Não estando em causa pena privativa de liberdade ou estando cumprida a pena, a sentença mantém a sua eficácia (incluindo no caso de execução de pena não privativa de liberdade); a condenação mantém-se. Com efeito, só com a decisão absolutória proferida no tribunal da revisão é que o condenado é restituído à sua anterior posição²⁴.

É verdade que o STJ pode, caso suspenda a execução, aplicar ao “condenado” medidas de coação (seguramente: medidas de coação não privativas de liberdade). Questão, não respondida no CPP, é saber que consequências processuais se verificam, caso o “condenado” viole os deveres inerentes às medidas de coação que lhe tiverem sido aplicadas²⁵.

²⁴ Assim, o artigo 461º, n.º 1, parte final. Mais ainda, só no momento da pronúncia da sentença de revisão é que a sentença condenatória a rever é anulada.

²⁵ P. ex., no direito processual penal italiano, tal violação de deveres, impostos a título cautelar, poderá implicar o cumprimento da pena cuja execução foi suspensa (cf. art. 635-1 do CPP it.).

4.2 (O caso especial de sentenças condenatórias inconciliáveis).

Diferentemente sucede no caso específico de anulação de sentenças condenatórias inconciliáveis²⁶ bem como no caso de revisão de despachos que ponham termo ao processo (embora, aqui, apenas releve a dimensão do pedido de revisão *contra o acusado*).

Com efeito, e como diz a LOSJ (e o artigo 458.º do CPP), o que o STJ faz, no caso, é anular as sentenças contraditórias. Aí, cessa a execução das penas (quaisquer que elas sejam; o CPP não fala, neste caso, em suspender a execução da pena privativa de liberdade, mas sim na cessação da execução das penas). Neste caso, aos arguidos²⁷ podem efetivamente ser aplicadas medidas de coação (aplicando-se aqui integralmente as regras gerais do CPP). O que se aplica, em seguida, são os termos da revisão, com as especificidades próprias do caso.

4.3 (Caso específico)

O confronto entre o regime da revisão em sentido próprio (o regime geral) e este caso específico, incluído na al. c) do n.º1 do artigo 449.º, é ainda relevante para enquadrar casos que não estão expressamente previstos como fundamentos de revisão, embora sejam aceites comumente como tais. Assim, o *erro sobre a identidade física do condenado*²⁸ não pode, em nossa opinião, ser reduzido a mero subcaso de fundamento de revisão *propter nova ou de outro fundamento*; tem necessariamente de estar sujeito a um regime de revisão próprio, ou pelo menos tem nuances que o distingue dos restantes fundamentos de revisão; com efeito, não nos parece que se deva considerar admissível que a suspensão de execução de pena (qualquer delas, penas privativas ou não privativas de liberdade) deva depender necessariamente de decisão (autorização) do STJ; reconhecido o erro (este concreto erro), a suspensão da execução impõe-se logo ao juiz do tribunal de 1.ª instância, i. e., o juiz do tribunal que proferiu a decisão a reverter²⁹. Em boa verdade, a questão a colocar é se não estaremos perante um caso/hipótese em que

²⁶ Cremos que se trata de um caso especial de revisão por julgados contraditórios, mas não esgota o âmbito normativo, subjacente ao fundamento da al. c), do n.º 1, do artigo 449º do CPP.

Cremos também que o preceito deve ser interpretado nos termos referidos e por isso como hipótese excecional em que é o próprio STJ que atua sobre as sentenças transitadas. Assim, só neste caso o pedido de revisão é um (verdadeiro) pedido de anulação (é uma ação de anulação de julgado) dirigido ao STJ (e por ele decidido).

Há sistemas jurídico-processuais que entendem a revisão como ação de anulação (geral) de decisão transitada em julgado (seguindo-se à anulação, o reenvio do processo). Não é este, em regra, o sistema previsto no processo penal nacional.

²⁷ Estranhamente, o artigo 458º do CPP é pouco claro: com efeito, no seu n.º 3, referem-se os condenados; mas já no seu n.º1 refere-se o julgamento conjunto de arguidos. Como é que havendo imediata anulação das sentenças condenatórias continua a haver condenados?

²⁸ No sentido referido por JOÃO CONDE CORREIA, p. 307 (erro sobre a pessoa do condenado), como por ANA TERESA CARNEIRO, autora que faz referência ao sentido da jurisprudência dominante, p. 123/4.

²⁹ Com efeito, poderemos estar perante indivíduo que está a cumprir, por erro (na identificação), uma pena (que obviamente não tem de cumprir). Logo, aqui há uma diferença em matéria de revisão *propter nova*; é que, na revisão *propter nova*, o condenado cumpre pena que lhe foi (bem) aplicada. Não se pode aceitar que, ao dar a informação sobre o pedido, o juiz, quando comprove positivamente o mérito do pedido, não liberte imediatamente o “condenado”, ou, pelo menos, não suspenda a execução da pena.

Neste sentido, havendo dúvidas sérias quanto à identidade do detido/condenado, o juiz de 1ª instância deve exercer os seus poderes de investigação para averiguar da exata identidade e tomar uma decisão (que deve ser entendida da sua competência; ou então que deve ser entendida como da competência do tribunal competente para a execução, dependendo do caso).

a sentença transitada em julgado deve ser anulada pelo STJ (cessando a execução de qualquer pena). Ou seja, comprovado o erro ou havendo sérias dúvidas sobre a identidade física da pessoa condenada (em risco ou em relação à qual já está a ser executada uma pena), nomeadamente de que a pessoa condenada não foi a pessoa que “fisicamente” foi acusada e/ou a que exerceu os direitos de defesa (em julgamento), a condenação não pode valer, não deve produzir efeitos³⁰. Deste modo, o regime, nesta parte, deveria (em nosso entender) seguir o de anulação das sentenças (inconciliáveis), embora a revisão seguisse os seus termos normais (para fazer jus à reabilitação e ao direito de indemnização do interessado). Temos algumas reservas a que, para alterar a anterior sentença condenatória, se possa utilizar o regime do fundamento da revisão *propter nova* (a condenação, mesmo após autorização, mantém-se, tal como referimos; o que se nos afigura incorreto).

5 | O juízo de revisão – Autorização em favor do condenado

5.1 (O reenvio obrigatório)

O CPP parte do princípio de que, autorizada a revisão ou excepcionalmente quando declaradas nulas sentenças transitadas em julgado, o STJ reenviará para o tribunal competente.

Parte-se, assim, da solução de princípio de que a revisão, quando autorizada pelo STJ, implica sempre e incondicionalmente o reenvio para um tribunal proceder à revisão. Não está, pois, prevista qualquer tramitação com autorização de revisão sem reenvio para juízo de revisão. Ao contrário de outras ordens jurídicas (p. ex., a StPO germânica³¹) não se prevê a possibilidade de uma decisão imediata e incindível sobre o mérito do pedido, pro-

³⁰ Não se discute que se possa aplicar o regime da revisão *propter nova* por extensão ou por analogia para efeito de autorização de revisão. Todavia em nosso entendimento (mas também a jurisprudência do STJ tem consciência deste facto - cf., assim, a título de exemplo, o Acórdão 08-06-2017, Proc. 45/08.2GGLSB-A.L1.S1- Rel: Helena Moniz, no qual se encontram enunciados diversos Acórdãos, que acentuam a especificidade de a pessoa “nominalmente condenada” nem ter estado presente em julgamento), está em causa hipótese que apresenta uma significativa diferença em relação à revisão *propter nova*, em sentido próprio, ou a qualquer outro fundamento tradicional de revisão.

Com efeito, na revisão *propter nova*, em sentido próprio, o arguido/condenado teve oportunidade para se defender pessoalmente (ou de pessoalmente renunciar a tal defesa); pressupõe-se, necessariamente, a sua efetiva (ou a possibilidade de efetiva) participação no processo (julgamento) que transitou em julgado.

No caso, o erro na identificação física de arguido torna-se a demonstração de que o arguido/condenado nem sequer se defendeu (ou teve sequer hipótese de se defender) e tal omissão ou falha não é devida a responsabilidade sua.

Que, na hipótese normal de revisão *propter nova*, haja uma “resistência maior” (face ao caso agora em discussão) à suspensão da execução da pena ou até à revisão da sentença pode encontrar alguma justificação, porque o arguido-condenado dispôs de todos os direitos de defesa (participou ou teve oportunidade de participar no processo ativamente) no processo que se quer rever.

Ao contrário, quem é condenado por erro de identidade não se defendeu, nem teve oportunidade para se defender... Dai que a grave dúvida sobre este erro tenha alguma nuance face aos fundamentos tradicionais de revisão.

Em qualquer caso, lembre-se que, no âmbito do CPP, a primeira tarefa do tribunal, em audiência de julgamento, é proceder á identificação do arguido (artigo 342º) – supomos que, se nesse momento se comprovar um erro desta natureza, não haveria continuação do julgamento. E isto parece-nos deve justificar um regime diferenciado.

Estando em causa, p. ex., uma pena aplicada em processo sumaríssimo, o (falsamente) condenado não “aceitou” (por não ter manifestado a oposição) a pena; pura e simplesmente não foi questionado sobre o tema (até porque nem sequer foi pessoalmente notificado); pelo que se trata de uma condenação para a qual não pode apresentar a sua (o)posição (ainda que por comportamento positivo).

cedendo-se à revisão da sentença (p. ex., quando o MP não se oponha à pronúncia de uma decisão absolutória, sem reenvio para o tribunal de revisão).

Justificar-se-á esta opção legislativa do CPP, pelo facto de a revisão, tanto de um ponto de vista histórico como teleológico, envolver, por um lado, a alteração da decisão condenatória em decisão absolutória (e neste sentido visa a reabilitação do bom nome do condenado³²) e, por outro, também a discussão sobre a indemnização devida ao injustamente condenado³³. De resto, estando em causa revisões de sentenças, cujas penas estejam já cumpridas, serão estes muitas vezes os verdadeiros interesses envolvidos no pedido de revisão.

No âmbito do reenvio para julgamento de revisão após autorização, encontra-se ainda designado expressamente como “tribunal de revisão” (assim os artigos 461.º, n.º 1 e 2, e 463.º) o tribunal para o qual o STJ reenvia o processo. Parece poder concluir-se que o processo de revisão pressupõe (para estar preenchido ou concluso) uma autorização de revisão (pelo STJ) e um juízo de revisão (a realizar sempre pelo tribunal para o qual o STJ reenvia). É duvidoso que uma tal solução se afigure nos dias de hoje satisfatória ou necessária³⁴; por um lado, justificar-se-ia desde logo indagar da posição do MP, enquanto titular da ação penal, nomeadamente questionar em que medida, após o pedido de revisão autorizado, se encontra em condições de manter a acusação e conseqüentemente sustentá-la (num processo de estrutura acusatória, seria, obedecendo ao modelo de revisão consagrado no CPP, a solução exigida: ou seja, reenviar o processo para o Ministério Público, para este deduzir uma nova acusação³⁵). Por outro lado, porque se procedeu mais recentemente ao alargamento dos fundamentos de revisão, sem se ter realizado, como era devido, uma “revisão da revisão”.

5.2 (Revisão em caso de morte do condenado)

Do mesmo modo, também se suscita a questão de saber qual o sentido da

³¹ Cf. assim, § 372 II StPO, quando existam já suficientes provas que obviem ao reenvio para julgamento.

³² Cf. assim, o artigo 461º; são exemplos e tradução desta ideia a necessidade de correção do registo criminal e a afixação da sentença absolutória no tribunal de condenação (a publicidade).

Deixa-se de lado a questão de saber se esta premissa tem hoje integral valor e, sobretudo, se a cisão no pedido de revisão se justificará em todas as causas-fundamentos atuais de revisão.

³³ Concretizando a norma constitucional do artigo 29º, n.º 6 da CRP: “Os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos”.

Como é evidente, estas duas premissas mantêm-se ainda hoje. Observe-se, em qualquer caso, que admitindo o pedido de revisão para modificação da moldura legal (p. ex., condenação para incriminação menos grave), estas duas conseqüências não se verificam. Tal como já referimos em texto, pode haver casos em que a decisão seja “injusta”, sem, no entanto, se verificarem necessariamente os pressupostos da indemnização.

³⁴ Era a nossa opinião, DAMIÃO DA CUNHA, O caso julgado parcial - questão da culpabilidade e questão da determinação da sanção num processo de estrutura acusatória, Porto, Publicações Universidade Católica, 2002, p. 783. Crítico também desta exigência, JOÃO CONDE CORREIA, p. 632, acrescentando que o alargamento de fundamentos de revisão fez aumentar os casos em que não será necessário este reenvio.

³⁵ A devolução do processo ao MP parece-nos ser a solução mais adequada. Uma vez que o CPP apresenta na regulamentação da revisão algum “mimetismo” face ao CPP de 29, não se pode esquecer que a posição e estatuto do MP de então (1929) era então meramente formal (daí a necessidade de atualização face à atual estrutura do processo).

Sobre a relevância do Ministério Público para o efeito de reenvio, cf. JOÃO CONDE CORREIA, p. 632 e 633.

revisão (se autorizada) quando o condenado tenha falecido e haja quem apresente o pedido ou *continue* o pedido (seja por via de representação, seja por via de expressa incumbência) em representação do condenado. Cremos, embora nos pareça constituir solução pouco ortodoxa³⁶, que, mesmo neste caso, haverá necessidade de constituir um juízo/tribunal de revisão – falta, quanto a nós, uma regulamentação relativa à necessidade de “em substituição do condenado/arguido” intervir em julgamento o seu representante (ao lado do defensor, ou então do próprio advogado do legitimado, quando este assumira uma posição autónoma). A alternativa interpretativa constituiria a afirmação de que, nesta hipótese, o juízo de revisão (*maxime*, a anulação da sentença condenatória e a substituição por decisão absolutória) fica concluído com a autorização da revisão (mas, supomos que seria solução que deveria estar expressamente prevista no CPP). Com efeito, o problema coloca-se por não estar em causa apenas a “recuperação” do bom nome do condenado – a reabilitação –, mas também, e sobretudo, a determinação da indemnização a atribuir ao condenado, caso se verifiquem os respetivos pressupostos (não está prevista, no CPP, qualquer ação autónoma de indemnização civil para este efeito; a liquidação para a execução continua a ser definida pelo tribunal da revisão³⁷). E obviamente que, tendo em conta estes dois interesses, poderá justificar-se esta solução algo “anómala”.

Simplesmente este regime só poderá fazer algum sentido para a revisão *propter nova*, não necessariamente em todas as outras circunstâncias. No caso de anulação de sentenças condenatórias inconciliáveis, a questão, ora analisada, nem se coloca.

5.3 (*Recursos da sentença de revisão*)

Uma outra questão, que também não nos parece totalmente esclarecida, é a existência ou não de graus de recurso, em matéria de juízo de revisão (adverte-se que nos cingimos aos pedidos de revisão em favor do condenado). Nada consta expressamente no CPP sobre a matéria, mas atendendo a que o tribunal da revisão tem poderes para o integral conhecimento e plena decisão quanto ao objeto do processo sujeito a revisão (encontra-se limitado apenas pela *proibição da reformatio in peius* – art. 463.º, n.º 2), parece-nos que nada

³⁶ Ao contrário, p. ex., a StPO, no seu § 372 I, prevê que, neste caso (morte do condenado), a autorização da revisão seja suficiente para se proceder imediatamente à revisão da sentença, desde que haja a produção da prova necessária para o efeito.

Sendo, no processo penal português, o STJ o tribunal competente para decidir do pedido de revisão, esta solução legal talvez se afigure pouco praticável (por força da necessidade de *produção da prova*). Mas parece-nos ser uma solução preferível de *iure condendo* (cf. JOÃO CONDE CORREIA, p. 632; DAMIÃO DA CUNHA, p. 783 e 769).

Observe-se que, quando a pena esteja já cumprida, o juízo de revisão redundará nos mesmos tópicos de debate aqui enunciados. De facto, a matéria da determinação da pena deixa de ser relevante, para qualquer efeito.

³⁷ Cf. assim, o artigo 462º do CPP. Observe-se que, constitucionalmente, a indemnização parece ser uma consequência “natural” – oficiosa - da revisão. Não encontramos qualquer regulamentação específica sobre o pedido de indemnização por condenação injusta, a qual, a existir, deveria estar prevista em momento posterior à autorização da revisão e anterior ao início do julgamento de revisão.

obsta (pelo contrário) à existência de graus de recurso (deveria isso sim discutir-se que grau(s) pode(m) existir³⁸. Com efeito, estando em causa um julgamento (mesmo que, nuns casos, com algumas especificidades), ao qual são aplicados os termos do processo, deve obedecer-se ao regime geral do artigo 399.º do CPP. Embora esta conclusão se afigure (talvez) discutível³⁹, obedecendo o julgamento (mesmo para rever uma sentença) aos “termos do respetivo processo”, parece que os sujeitos processuais devem, pelo menos, esperar um procedimento que corresponda às regras do justo processo e, por isso, devem dispor da possibilidade de controlo das decisões proferidas, por recurso para um tribunal superior.

6 | A revisão e a documentação da audiência de julgamento

De acordo com o CPP, na fase inicial da tramitação do pedido de revisão, quando sejam necessárias diligências, afirma-se que o juiz procede às diligências (...) *mandando documentar, por redução a escrito ou por qualquer meio de reprodução integral*; redação que implica necessariamente a remissão para o regime de documentação de declarações prestadas oralmente (artigo 363.º do CPP). Por si, a solução não merece qualquer reparo; mas serve de motivo para uma reflexão sobre a ligação entre documentação da audiência e juízo de revisão.

6.1 (A análise do fundamento *propter nova* – *novos factos*, *por si só* ou *conjugados*)

Observe-se que o fundamento da *revisão propter nova* é a novidade probatória (novos elementos), por si ou combinada com outros meios de prova que tenham sido apreciados no processo. Tendo em conta que hoje em dia as declarações prestadas em audiência são sempre documentadas na ata (a prova documental ou outra semelhante não coloca problemas), a pergunta que se coloca é a de saber se, na comprovação deste fundamento do pedido de revisão – e em particular quando seja necessária a sua conjugação com provas já apreciadas –, se analisam, por visualização, as provas já documentadas que sejam necessárias para efeito de combinação/confronto com os dados novos (e quem procede a essa análise; ou seja, questiona-se se também as provas já apreciadas no processo, relevantes para aferir das graves dúvidas, são – ou devem ser – “visualizadas” pelo STJ).

³⁸ Observe-se, porém, que a ideia de que se trata de um julgamento como qualquer outro – a revisão autorizada implica um novo julgamento – é desmentida: os casos de morte do condenado ou em que a pena já está cumprida impõem que o julgamento seja diferente ou pelo menos tenha um objeto diferente (em caso de condenação, não pode haver pena). Daí que a questão do regime de recursos se justifique.

³⁹ Desde logo, se se considerasse correta a qualificação como recurso extraordinário. P. ex., no caso de dupla condenação (no processo anterior e no juízo de revisão), poderia haver regras divergentes ou específicas para efeito de recurso.

6.2 (O juízo de revisão)

Todavia, esta mesma questão problemática pode colocar-se no juízo-julgamento de revisão. De facto, o tribunal de revisão detém, na íntegra, os poderes próprios da função jurisdicional para efeito de audiência de julgamento; deve naturalmente ordenar a produção de todos os meios de prova, sejam os que constituam uma novidade sejam aqueles que já foram apreciados no processo (algumas limitações decorrem da natureza do fundamento da revisão, cf. o artigo 460.º, n.º2) que entenda necessários para a boa decisão da causa. Assim, a audiência de julgamento, para efeito de revisão de sentença, parece constituir uma verdadeira audiência com produção *ex novo* da prova já analisada no processo concluso em conjugação ou em cumulação com os eventuais novos elementos probatórios. Simplesmente, uma vez que o juízo de revisão, por definição, se há de realizar em momento temporal mais distante do que aquele em que se realizou o primeiro julgamento (e, neste sentido, há o risco de perda de memória dos factos e até de perda probatória, em particular, no caso de meios de prova pessoais) justifica-se suscitar a questão de saber se a documentação da (anterior) audiência não poderá assumir relevo para o caso, i. e., para efeito de revisão. Naturalmente, a audiência de revisão pressupõe a produção de prova (p. ex., testemunhal), mas, desde logo, não se pode esquecer que o artigo 356.º do CPP⁴⁰ admite, em certos casos, a leitura de declarações, nos termos aí previstos.

6.3 (Um novo modelo de revisão?)

Havendo documentação das declarações prestadas e tendo estas sido prestadas em tempo mais próximo dos factos (e neste sentido, a prova produzida na anterior audiência poderia ser mais “credível”, tendo sido também já submetida ao contraditório), justifica-se questionar se – obviamente *nunca colocando em causa* os poderes próprios do tribunal da revisão para convocar pessoas, ou ordenar a produção de qualquer meio de prova, em ordem a esclarecer dúvidas ou em vista a descoberta da Verdade Material, bem como *nunca colocando em causa a obrigatoria produção ou exame contraditórios* dos novos elementos de prova ou de outros elementos tidos como necessários e a avaliação global da prova produzida – não faria sentido modificar a regulamentação da audiência do julgamento de revisão, acentuando a relevância e a utilidade da prova já documentada (permitindo a sua visualização); circunstância que poderia, quiçá, motivar a proposta de um modelo de revisão assente num juízo rescindente e num juízo rescisório “nas mãos” de um mesmo tribunal (o tribunal de revisão), tendo em

⁴⁰ Cf., em particular, os n.ºs 3 e 4 deste normativo. É duvidoso que o legislador tenha pensado na revisão e, em particular, no juízo de revisão, quando consagrou esta regulamentação. Mas, não vemos como tais normas não possam ou não devam ser aplicadas ao caso.

conta este dado que é a documentação da audiência de julgamento⁴¹. Ou seja, a revisão passaria a ser um recurso com uma tramitação una (isto é, sem aquela cisão); neste sentido, propugnar-se-ia uma verdadeira reforma da revisão, agora entendida como verdadeiro recurso (extraordinário).

7 | A revisão contra “arguido”

O CPP mantém a solução do CPP de 1929 de admitir revisões contra reum, se bem que em casos pontuais (e com fundamentos em menor número do que os em favor do condenado⁴²). Além da revisão das sentenças absolutórias, admite ainda a revisão de despacho que ponha termo ao processo (*rec-tius*, o despacho de pronúncia).

Não é solução singular no direito comparado⁴³, mas não é comum nos países de tradição “latina”⁴⁴. Independentemente das dúvidas sobre a constitucionalidade relativamente à afetação da proibição de *bis in idem* contra o cidadão (já julgado), deve chamar-se a atenção para alguns aspetos problemáticos, que a lei não considera e julgamos serem devedores de reflexão:

a) Primeiro que a decisão do tribunal de revisão contra o “arguido” poderá necessariamente ser objeto de recurso pelo arguido. Neste caso, não se nos oferecem quaisquer dúvidas sobre a conclusão; o direito de recurso do arguido face a uma condenação (que pode ser a primeira) é direito indiscutível. Não se percebe é que não haja qualquer expressa indicação sobre o tema no Código de Processo Penal.

Escusado será dizer que este caso de revisão pressupõe a presença do arguido na audiência de julgamento e que tal julgamento se realize segundo os princípios e as regras gerais.

b) Segundo que, de um ponto de vista processual, este particular caso

⁴¹ Em alguma medida, como sucede em Itália, em que o recurso (extraordinário) de revisão é concebido unitariamente e da competência dos tribunais de Appello. É um verdadeiro recurso (extraordinário), mas à disposição apenas do condenado.

Naturalmente que o que caracteriza este recurso são os fundamentos do recurso. Fundamentos limitados e taxativamente definidos.

⁴² Fundamentos são as als. a) e b) do n.º 1 do artigo 449º do CPP; que, implicitamente, pressupõem uma responsabilidade do acusado na origem, na causação do fundamento de revisão. Por isso, parecem ser razões “compreensíveis”.

Além da análise das debilidades ou mesmo incongruência do regime vigente, a referência a esta revisão contra-acusado justifica-se por se entrever alguma tendência para o alargamento de fundamentos da revisão contra acusado (de que a StPO alemã é exemplo, mas não será caso único). Assim a análise crítica que fazemos deste regime visa sobretudo servir de barreira e de oposição à concretização de tais tendências.

⁴³ Assim acontece, p. ex., com a StPO. Observe-se que, mais recentemente, a “Wiederaufnahme eines durch rechsträftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens” (§§ 359 ss da StPO) foi alterada, admitindo-se a revisão contra o arguido (logo, “revisão” de sentenças absolutórias), face a novos elementos de prova (que constituam fundamento sério para crer que o agente praticou um crime), desde que esteja em causa crime imprescritível (e, por isso, punido com pena de prisão perpétua); cf. assim §362-V StPO. Opção legislativa muito controversa e cuja constitucionalidade é impugnada.

⁴⁴ Tanto em Espanha como em França e Itália, a revisão é, cremos, instrumento processual predisposto à tutela dos interesses do condenado (embora concretizado sob modelos distintos, em cada país). Cremos que em Portugal, antes do CPP de 1929, i. e., no domínio da legislação da monarquia liberal, a revisão era concebida da mesma maneira.

Do mesmo modo, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional também só prevê a revisão em favor do condenado (artigo 64º do Estatuto do TPI).

de revisão *contra reum* não se compatibiliza com as soluções estruturais do atual CPP. De facto, com a decisão absolutória definitiva (ou com o despacho que ponha termo ao processo, também tornado definitivo) cessa o estatuto ou a qualidade de arguido; assim, se houver um pedido de revisão *contra indivíduo (anteriormente arguido)*, tal pedido por si não assume qualquer efeito constitutivo⁴⁵ – isto é, por si, não é base legal suficiente para fazer “reassumir” a qualidade de arguido (no caso, de acusado). Tal qualidade só poderá renascer, se e no momento em que o STJ autorizar a revisão. Assim, não é seguro definir quem (ou em que qualidade) intervém, p. ex., no âmbito da resposta ao pedido de revisão.

c) Em terceiro, além de o CPP nada dizer quanto à forma de “reconstituição da posição de arguido” (em que momento deve o “cidadão livre” ser notificado, para retomar a qualidade de arguido/acusado, de modo a ser obrigado a intervir no processo), acresce que, tal como sucede na sentença condenatória, a autorização da revisão não afetará a validade da sentença absolutória, pelo que a sua eficácia se mantém⁴⁶. Ora, se a decisão absolutória transitada em julgado mantém a sua eficácia (uma vez que só é “anulada” no tribunal da revisão, cf. o artigo 463.º do CPP) como é que pode subsistir a qualidade de arguido, estando em causa uma decisão absolutória que só é anulada posteriormente?

A menos evidentemente que tenhamos de entender que a autorização da revisão pelo STJ implicaria a anulação da sentença absolutória. Mas, em lado nenhum no CPP se encontra uma regra expressa que admita a diferenciação da qualidade das sentenças⁴⁷; pelo contrário, tudo aponta para uma identidade de soluções/efeitos (face à sentença condenatória).

Seja como for, mesmo que se verifique o “renascimento da qualidade”⁴⁸, não pode ser imposta ao (neo)arguido qualquer medida de coação (mesmo

⁴⁵ Desde logo, para efeito de resposta ao pedido, não existe ainda a figura do arguido/acusado. Quando muito, um eventual contrainteressado, mas que terá de ser “avisado” para exercer o direito de resposta. E, supomos nós, que terá de constituir um defensor para o efeito...

⁴⁶ Reconhece-se, porém, que o CPP não é totalmente claro nesta questão. Com efeito, ao contrário do que sucede na sentença condenatória, na sentença absolutória não se refere expressamente o ato da sua anulação e consequente pronúncia de sentença condenatória, no juízo de revisão. Seria, em qualquer caso, difícil admitir uma justificação para se proceder à distinção, em matéria de dispositivo da sentença. Todavia, os efeitos da alteração do conteúdo decisório produzem-se apenas no momento da decisão do tribunal de revisão (assim, a devolução da indemnização eventualmente recebida ou as custas pagas, cf. artigo 463.º, n.º 3). Deste modo, a autorização da revisão de sentença absolutória pelo STJ não implica qualquer efeito sobre o valor jurídico da sentença absolutória a rever (as consequências executivas da sentença absolutória definitiva só são eliminadas com a decisão de revisão).

É verdade que, no caso de despacho que ponha termo ao processo, o CPP é expresso na afirmação que o despacho de pronúncia é anulado; mas não é isso que sucede na sentença absolutória. O STJ aqui não anula nada.

⁴⁷ Diferentemente, na revisão de despacho que ponha termo ao processo, em que o STJ anula o despacho (declara sem efeito o despacho) e ordena continuação do processo (artigo 464º). Porém, o que se faz - e como - àquele que foi arguido? Observe-se que esta norma deriva diretamente do CPP de 1929, diploma no qual a fase de instrução era obrigatória (e com um sentido manifestamente diferenciado da atual; no então artigo 695º afirmava-se: “declarará logo sem efeito o despacho ..., e prosseguirão a instrução do processo e os demais termos, como se esse despacho não tivesse sido proferido”).

Todavia, anulado despacho o que se deve fazer nos dias de hoje? Uma nova instrução ou o avanço para a fase de julgamento? Cremos que, pelo menos no caso de instrução requerida pelo assistente (face a arquivamento do MP), impõe-se a reabertura da instrução. De outro modo, não há ato válido para introduzir o facto em julgamento. Julgamos que terá de ser esta, em geral, a orientação a seguir, em matéria de revisão do despacho de pronúncia.

o TIR); pois, a decisão absolutória (a rever) mantém-se (e aliás executa-se imediatamente, não sendo necessário, que transite em julgado⁴⁹). Mais correto (não querendo defender mais radicalmente a abolição da revisão contra-acusado⁵⁰), tal como já salientámos, seria entender a autorização da revisão em desfavor do acusado como uma permissão para o MP deduzir ou para renovar uma acusação já deduzida.

Suscita-se, assim, um conjunto de problemas (em particular, de tramitação) que não encontra resposta mínima no CPP. •



⁴⁸ Embora não se encontre uma qualquer regulamentação sobre este tema.

⁴⁹ Cf. assim, artigos 467º, n.º 2, 376º, n.º1 e 214º, n.º 1, d) do CPP.

⁵⁰ Que corresponde, de facto, à nossa opinião de *lege ferenda*. Em parte, pelo que se disse já na nota 42.



O Acórdão n.º 268/2022 do Tribunal Constitucional e o Código de Processo Penal do eventual fundamento para revisão de sentença

José M. Damião da Cunha¹

Professor Catedrático, Universidade Católica Portuguesa

I | O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022² veio declarar com força obrigatória e geral a inconstitucionalidade da norma constante do artigo 4.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, conjugada com o artigo 6.º da mesma lei, por violação do disposto nos números 1 e 4 do artigo 35.º e do n.º 1 do artigo 26.º, em conjugação com o n.º 2 do artigo 18.º, todos da Constituição e ainda da norma do artigo 9.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, relativa à transmissão de dados armazenados às autoridades competentes para investigação, deteção e repressão de crimes graves, na parte em que não prevê uma notificação ao visado de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal, a partir do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações nem a vida ou integridade física de terceiros, por violação do disposto no n.º 1 do artigo 35.º e do n.º 1 do artigo 20.º, em conjugação com o n.º 2 do artigo 18.º, todos da Constituição.

Decorre do teor integral do Acórdão que fundamentos para a decisão de inconstitucionalidade consubstanciam violações de direitos fundamentais dos cidadãos – em particular, o direito à reserva da vida privada e o direito à autodeterminação informacional, direitos de todo o cidadão.

Da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral pode decorrer, sobretudo como efeito reflexo ou indireto, que investigações criminais (no âmbito da fase de inquérito) que tenham tido acesso a dados conservados – dados que respeitam a direitos, liberdades e garantias – tenham “perdido” (por superveniência da declaração de inconstitucionalidade) a base legal, o fundamento legal, que legitimaria o sacrifício ou restrição destes direitos fundamentais para efeitos do processo penal.

¹ Escola de Direito do Porto - Centro de Estudos e Investigação em Direito.

O presente texto corresponde à parte final da nossa intervenção no colóquio sobre Recursos em Processo penal, sobre especificidades do recurso extraordinário de revisão.

² Processo n.º 828/2019; plenário de 19 de abril de 2022.

II | Este Acórdão suscitou necessariamente diversas questões, em particular quanto ao processo penal, nomeadamente – aquela que nos interessa agora analisar – a possibilidade de, por força da declaração de inconstitucionalidade, se virem a suscitar pedidos de revisão de sentenças penais condenatórias, fundamentados, em particular, na descoberta de nulidade de prova.

Somos de opinião que não há fundamento para tal eventualidade.

III

A) Com efeito, em abstrato, há dois fundamentos que podem ser utilizados ou mobilizados para eventual fundamento de revisão de sentença. São eles as alíneas e) ou f) do n.º 1 do artigo 449.º do CPP.

Impõe-se de antemão observar que o Tribunal Constitucional não se pronunciou sobre matéria criminal. Com efeito, o Código de Processo Penal prevê como fundamento de recurso de revisão o facto de ser “declarada, pelo Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de norma de conteúdo menos favorável ao arguido que tenha servido de fundamento à condenação”³. Ora, desta decisão concreta pode deduzir-se que o Tribunal Constitucional não só não refere tal matéria (penal) como se verifica que na decisão não há qualquer referência, em particular, a garantias do processo penal. Todavia, mesmo aqui (na matéria penal), há que ter em atenção que a Constituição, no artigo 282.º, n.º 3, impõe que para haver revisão de sentença se verifique uma expressa declaração do Tribunal Constitucional no sentido de não serem salvaguardados os casos julgados. De facto, embora muita doutrina critique, e até proponha interpretações “alternativas”, não nos parece que haja outra interpretação para o teor da norma constitucional⁴. Do que, se porventura o Tribunal Constitucional viesse expressamente considerar um determinado meio de obtenção de prova como inconstitucional (e logo, por consequência, nulo ou impondo uma consequente proibição de prova), tal declaração só por si – e apesar de estar em causa matéria criminal e eventualmente desfavorável ao arguido – não seria apta a servir de fundamento para revisão de sentença, com base nesta alínea. Logo, provas que se venham a “descobrir” como proibidas, por força

³ Norma que adapta ao recurso de revisão do CPP os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força e obrigatória e geral previstos no artigo 282º da CRP: “1 - A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado; 2 - Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

⁴ A crítica refere-se à necessidade de declaração expressa de não salvaguarda de casos julgados (e tal declaração não ser “obrigatória”). Cf., p. ex., RUI MEDEIROS, Constituição Portuguesa Anotada, (org. Jorge Miranda/Rui Medeiros) Vol. III, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020, comentário artigo 282º, p. 733/734.

de declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória e geral pelo Tribunal Constitucional, dirigida expressamente a essa matéria (criminal), não seriam só por si suficientes para justificar um recurso de revisão. É preciso que, por qualquer forma, o Tribunal Constitucional tenha declarado que não ressalva os casos julgados.

B) Não é, porém, esse o caso presente.

De facto, a declaração de inconstitucionalidade não visa matéria penal e, neste sentido, a eventual nulidade da prova constituirá um efeito “indireto”, reflexo da decisão de inconstitucionalidade ou do seu conteúdo. Dito de outra forma: a nulidade de prova decorre do facto de o Tribunal Constitucional ter feito desaparecer a “base legal” – o fundamento legitimador –, por força da inconstitucionalidade decorrente de violação de direitos fundamentais dos cidadãos.

Simplemente, no caso concreto, o artigo 282.º, n.º 3 da CRP já não permite qualquer afetação dos casos julgados. Deste modo, pode concluir-se que, nos processos transitados em julgado, as sentenças neles proferidas não podem ver contestadas a base legal em que assentam: ou seja, a conservação dos dados “indevida” não pode servir de motivo para colocar em causa qualquer decisão definitiva. Ou de outro modo: em caso de sentença transitada em julgado, a Lei, agora declarada inconstitucional, se tiver servido de base fundamento para determinadas diligências, mantém a sua vigência, pois o trânsito em julgado impede a discussão ou o colocar em causa as bases (neste caso, a Lei sobre conservação de dados) em que assenta a decisão⁵. Com efeito, não está em causa uma qualquer declaração de inconstitucionalidade de um meio de prova ou de um meio obtenção de prova; está em causa uma inconstitucionalidade que incide sobre uma lei que reflexivamente tem, pode ter, efeitos de obtenção da prova. Não podendo esta lei ser impugnada, na sua constitucionalidade, em relação a sentenças transitadas em julgado, então também não se pode discutir o efeito reflexo que daí derivaria (isto é, da inconstitucionalidade), consistente na ilegalidade/nulidade da prova, nessas mesmas decisões.

Deste modo, porque a Constituição salvaguarda expressamente as sentenças transitadas em julgado, mesmo em casos de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória e geral, então a declaração de inconstitucionalidade, agora em análise, também não pode ser oposta a decisões

⁵ Sobre o fundamento para a salvaguarda do caso julgado, cf. RUI MEDEIROS, COMENTÁRIO ao artigo 282º, p. 732 (anotação XXVII). De acordo com o Autor, a primeira parte do n.º 3 do artigo 282º tem, nesta dimensão (a de a inconstitucionalidade da lei aplicada não impedir que a sentença transite em julgado), um alcance geral: as decisões jurisdicionais, mesmo quando fundadas em lei inconstitucional, podem, nos termos gerais, transitar em julgado e, como tal, devem ser respeitadas. E acrescenta: a ressalva de casos julgados revela, em segundo lugar, que a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral não constitui qualquer fundamento autónomo de revisão de sentenças firmes.

transitadas em julgado. Com a decisão transitada em julgado não se pode, em relação a ela, discutir o efeito decorrente da violação da vida privada ou do direito à autodeterminação informacional – ou seja, a eventual nulidade da prova. Pois que, sendo um reflexo ou um efeito indireto, tal nulidade só poderia afirmar-se se se pudesse dizer que também as sentenças transitadas em julgados teriam perdido a sua base legal (ou seja, as normas objeto de declaração de inconstitucionalidade); ora, é exatamente isto que a CRP quer prevenir – e impedir – com a salvaguarda do trânsito em julgado.

Assim, não nos parece que o fundamento de revisão por descoberta de meio de prova proibido caiba no caso concreto.

C) Acrescentem-se duas outras notas, que importa aqui referir:

- Por um lado, que o fundamento de revisão “*Se descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos dos n.º 1 a 3 do artigo 126.º*” tenha, na *mens legislativa*, por ideia contemplar situações como esta. Pode dizer-se que a declaração de inconstitucionalidade é uma “forma de descobrir” a nulidade da prova? Não nos parece que seja esta a hipótese pensada pelo legislador.

Diríamos, antes, que, estando em causa questões referentes a pronúncias do Tribunal Constitucional, a norma a aplicar, para efeito de eventual pedido de revisão de sentença, será sempre e exclusivamente a do artigo 449.º n.º 1 al. f): “*Seja declarada, pelo Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de norma de conteúdo menos favorável ao arguido que tenha servido de fundamento à condenação*”.

- Por outro, que seria eventualmente uma contradição sistemática aceitar que a declaração de inconstitucionalidade, que tivesse por objeto direto ou como tema um meio de prova ou um meio de obtenção de prova (e imediata nulidade), esteja em princípio limitada pelo caso julgado (salvo declaração expressa em contrário do Tribunal Constitucional). E que, quando a declaração de inconstitucionalidade não versa, não tem por objeto, matéria criminal, o caso julgado poderia ser sacrificado por força de uma nulidade (de prova) “reflexa” ou incidental, sem qualquer declaração expressa do Tribunal Constitucional. •



RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE REVISÃO EM PROCESSO PENAL

Germano Marques da Silva

Professor Catedrático, Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa e Advogado

INTRODUÇÃO

I. **Desde há muito** que sou crítico do regime de recursos no processo penal português. Dos recursos ordinários porque o recurso extraordinário de revisão nunca me mereceu grande atenção. Sou crítico dos recursos ordinários especialmente pelo confronto com o processo civil. Não entendo como seja razoável o recurso de revista em processo civil quando a decisão impugnada seja desfavorável ao recorrente em valor superior a metade da alçada da relação (art. 639º, n.º 1, do CPC), regra que vale também da parte da sentença relativa à indemnização civil no processo de adesão (art. 400º, n.º 2, do CPP), e que em matéria penal nunca seja admitido recurso para o Supremo, seja qual for o valor da multa aplicada, que pode ser de milhões, ou a pena de prisão efetiva não seja superior a 5 anos.

Não compreendo esta diferença entre o processo penal e o processo civil. Parecendo, e digo só parecendo à espera de melhor explicação que não encontro em parte alguma na jurisprudência e doutrina portuguesas, que o legislador equipara 5 anos de prisão efetiva à alçada das relações, dito de outro modo, que 5 anos de prisão equivalem para o legislador a € 30.000. Pode parecer que este meu juízo é demagógico, mas seja-me permitido pensar que a justificação para a diferença de tratamento é mera consequência da política de “guerra ao crime”, da “tolerância zero” e do excesso de garantias reclamada pelo populismo penal desde os fins do século passado porque a justificação não está certamente na ficção de que os juízes do penal julgam melhor, erram menos do que os juízes do civil!!!

II. **Já o meu professor de direito** e processo penal, Manuel Cavaleiro de Ferreira, defendia nas suas lições que em matéria penal condenatória o recurso de revisão deveria ser sempre possível e muito amplo porque o princípio da justiça exige que a verificação de determinadas circunstâncias anormais permita sacrificar a segurança que a intangibilidade do caso julgado exprime, quando dessas circunstâncias puder resultar um prejuízo maior do que aquele que resulta da preterição do caso julgado, o que é particularmente sensível no domínio penal em que as ficções de segurança dificilmente se acomodam ao sacrifício de valores morais essenciais¹. Esta ideia encontro-a hoje na generalidade dos autores italianos², cujo código de processo penal foi em gran-

¹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, 2º Vol, Lisboa, 1955, pp. 35 ss; Idem, «Revisão Penal (art. 678º, n.º 4 do Código de Processo Penal)», *Scientia Iuridica*, y. XIV (1965), p. 520.

² GAITO, Alfredo, *Procedura Penale e Garanzie Europee*, Turim, UTET, 2006, pp.91 ss; KOSTORIS, Roberto E. (coord), *Manuale di Procedura Penale Europea*, Milão, Giuffrè, 2017, pp. 62 ss; LOPES JR, Aury, *Direito Processual Penal*, São Paulo, Saraiva, 2015, pp.1319 ss.

de parte fonte imediata do nosso Código de Processo Penal vigente, mas não na matéria dos recursos, que invocam como inspiração para a abertura, sobretudo na interpretação do artigo 641.º do respetivo código, o n.º 2 do artigo n.º 4 do protocolo adicional n.º 7 à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, mas também noutros autores do nosso entorno jurídico-cultural.

A permissão da revisão das decisões penais já transitadas quando haja suspeitas de vícios graves vem de muito longe, pelo menos desde a legislação do Império Romano com a criação da magistratura permanente, mas é sobretudo no século XIX, a partir do Código de Instrução Criminal francês de 1808, que o instituto se desenvolveu e foi acolhido pela generalidade das ordens jurídicas particulares, como sucedeu em Portugal com as Reformas Judiciárias (1837 e 1841)³. Ainda agora, o direito canónico, que em razão da sua experiência milenar é frequentemente fonte de inspiração do direito estadual, dispõe que as sentenças são sempre reformáveis, mediante a alegação de novos e graves argumentos ou documentos, o que significa que em razão da sua fundamental natureza, a preocupação de segurança ou estabilidade das relações jurídicas tem de ceder prante a ideia de justiça no caso concreto (cânone 1645)⁴.

Só mais uma nota histórica. Não obstante a doutrina do tempo defender que a revisão deveria ser também *pro societate* e não apenas em benefício do réu injustamente condenado⁵ só o Código de Processo Penal de 1929 a veio a admitir em benefício da sociedade nos casos de falsidade de meios de prova e da decisão ter sido proferida por peita, suborno, corrupção ou prevaricação dos juízes ou jurados. É ainda assim no Código vigente (art. 449º, n.º 1, a e b) e é assim também na generalidade dos sistemas jurídicos da família do nosso.

III. Noutro plano, justifica-se a amplitude do processo de revisão a partir do reconhecimento de que a sentença é no que respeita à matéria de facto meramente enunciativa⁶, donde que verificados indícios de erro com graves consequências não há como a manter intangível.

A sentença não tem efeitos constitutivos, não cria uma ordem jurídica à margem da própria lei, criando direito novo. Por isso que melhor é afrontar a imperfeição das instituições humanas do que pretender esconder essa inevitável imperfeição.

Bem sei como a questão é discutida pela doutrina no confronto e conciliação entre segurança e justiça, mas sou também dos que entendem que as ficções de segurança dificilmente se acomodam ao sacrifício de valores morais essenciais. O culto da liberdade é um pilar essencial do ideal democrático e consequentemente do Estado de direito democrático. Não ignoro as dificuldades e os riscos, mas no confronto entre segurança e a liberdade opto decisivamente pela liberdade e justiça.

³ VILELA, Álvaro, *A revisão no Processo Criminal*, Coimbra, 1897, pp. 65 ss

⁴ Cân. 1645 — § 1. Contra a sentença que tenha transitado em julgado, contanto que da sua injustiça conste manifestamente, dá-se a restituição *in integrum*.

§ 2. Não se considera que consta manifestamente da injustiça, a não ser que:

- 1.º a sentença se tenha baseado em provas que depois se descobriu serem falsas, de tal modo que sem tais provas a parte dispositiva da sentença resulte insustentável;
- 2.º tenham sido descobertos posteriormente documentos que provem factos novos e que exijam indubitavelmente decisão contrária;
- 3.º a sentença tenha sido proferida por dolo de uma parte em prejuízo da outra;
- 4.º seja evidente que se menosprezou uma lei não meramente processual;
- 5.º a sentença se oponha a uma decisão precedente que tenha transitado em julgado.

⁵ *Idem*, p. 125; SOUZA, Marnoco e *Constituição Política da República Portuguesa*, p. 157

⁶ Durante muito tempo discutiu-se da admissibilidade da revisão em relação às decisões do Tribunal do Júri, considerando a soberania desta decisão e consequentemente a sua natureza constitutiva.

1 | Conceito e natureza

I. A revisão criminal é uma ação de impugnação, de competência originária dos tribunais, mas não é recurso. Como refere Cordero, é um caso típico de equivocada organização topográfica⁷. Trata-se de um meio extraordinário de impugnação que se destina a rescindir sentenças injustas transitadas em julgado.

A revisão não é um recurso. O recurso consiste na reapreciação de uma decisão judicial por um tribunal hierarquicamente superior na base dos mesmos elementos de facto submetidos ao tribunal que tomou a decisão recorrida. Não é isso que ocorre na revisão.

II. A revisão criminal situa-se numa linha de tensão entre a segurança jurídica como efeito da imutabilidade do caso julgado e a necessidade de desconstruí-la em nome do valor justiça. Se de um lado estão os fundamentos jurídicos, políticos e sociais do caso julgado, de outro está a necessidade da sua relativização em nome das exigências da liberdade e da justiça. O legislador viu-se obrigado a solucionar o problema que supõe considerar que um mecanismo como o do caso julgado, que está pensado como meio de segurança apto a conseguir a justiça, pode, em outras ocasiões, ser um elemento que proporcione situações gravemente injustas⁸.

Por isso que, a revisão, como medida excecional que é, só é admissível nos casos expressamente previstos na lei.

III. Tradicionalmente, a revisão só era admitida pelo surgimento de factos ou provas novas, falsidade de meios de prova ou por a decisão ter sido proferida por peita, suborno, corrupção ou prevaricação dos juízes ou jurados. Como referimos já, o n.º 2 do artigo 4.º do protocolo adicional n.º 7 à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, deu uma grande abertura à revisão, admitindo-a nos termos da lei e do processo penal do Estado em causa, conformada com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, se factos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afetar o resultado do julgamento. Devemos analisar as normas pertinentes da legislação portuguesa.

⁷ CORDERO, Franco, *Procedimiento Penale* (trad. Jose Guerrero, Bogota, Temis, 2000, 2º Vol., p.447.

⁸ LOPES JR., Aury, *ob. cit.*, p. 1320; ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, (trad. Gabriel E. Córdoba e Daniel R. Pastor), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pp.491 ss.

2 | O caso julgado e a aplicação retroativa de lei mais favorável e o procedimento incidental do artigo 371.º-A do código de processo penal

I. Estreitamente relacionada com a revisão é a questão da aplicação retroativa da lei penal mais favorável enquanto não tiver cessado a execução da pena, reabrindo-se a audiência para que seja aplicável o novo regime ao condenado (art. 371.º-A, do CPP). Relembro só que este regime, introduzido no sistema em 2007, foi consequência da alteração então também introduzida no n.º 4 do artigo 2.º do Código Penal, embora não fosse efeito necessário desta alteração.

Verifica-se aqui uma primeira cedência do caso julgado, enquanto não tiver cessado a execução da pena⁹. A jurisprudência e parte relevante da doutrina têm interpretado o artigo 371.º-A em sentido que me parece demasiado restritivo, porventura por não se terem verificado alterações da lei penal que impliquem apreciação da culpabilidade.

Considero que se a lei posterior mais favorável respeitar à alteração de algum elemento constitutivo do crime, por exemplo a eliminação de algum elemento constitutivo ou a imposição de um novo elemento negativo (a subida dos limites quantitativos nos crimes tributários ou o aditamento do elemento falta de consentimento nalgum crime sexual que presentemente não o considere) pode ser necessário considerar a questão da culpabilidade com produção de prova, ainda que limitada à apreciação sobre o elemento alterado e aos demais que essa alteração implique¹⁰.

II. E o que acontece se a execução da pena já tiver cessado? Será possível o processo de revisão? A resposta é claramente negativa, não merece qualquer análise.

Há, porém, uma terceira questão que julgo merecer alguma reflexão. No caso de ser declarada inconstitucional norma de conteúdo menos favorável ao arguido que tenha servido de fundamento à condenação, estando ainda a pena a ser executada e reprimida norma de conteúdo mais favorável, deverá proceder-se de acordo com o disposto no artigo 371.º-A do Código de Processo Penal ou à ação de impugnação da revisão – recurso extraordinário de revisão? Julgo que se deve recorrer ao incidente do artigo 371.º-A do Código de Processo Penal.

⁹ SANTANA, Cecília, «Os direitos dos arguidos em processo penal», in Manuel Guedes Valente (coord.), II Congresso de Processo Penal, Memórias, Coimbra, Almedina, 2010, p.56, nota 9.

¹⁰ Tomemos dois exemplos. O RGIT não previa qualquer elemento quantitativo relativo ao crime de abuso de confiança fiscal e relativamente aos demais crimes tributários estabelecia como elemento quantitativo o valor de €7500. Posteriormente o valor dos €7500 foi aumentado par €15.000 e introduzido no crime de abuso de confiança fiscal o elemento negativo de €7500. As leis que procederam a estas alterações são mais favoráveis do que as anteriores. Se tivesse havido condenação, ainda em execução, por aplicação das leis originárias, julgo que se deveria proceder à produção de prova sobre a ocorrência do elemento negativo.

3 | Pressupostos da revisão

3.1. Em geral

Os pressupostos da revisão estão estabelecidos no artigo 449.º do Código de Processo Penal. Podem agrupar-se em três grupos: (i) *propter falsa* [a) e b)], *propter nova* [c) e d)] , *propter iure* [e),f) e g)].

A revisão pode ter por finalidade tanto o interesse da sociedade (*pro societate*) como a do condenado [a) e b)] ou apenas o favor do condenado [alíneas c), d), e), f) e g)]. A lei portuguesa não prevê a revisão exclusivamente em desfavor de quem foi absolvido (ex. absolvição seguida da subsequente confissão (§ 363 do StPO)).

Não vamos analisar todos os pressupostos da revisão com a mesma profundidade. Todos os pressupostos são igualmente relevantes, mas a novidade de alguns, especialmente os previstos nas alíneas *f)* e *g)* reclama análise mais profunda. Relativamente aos demais só um breve apontamento, tanto mais que não têm suscitado dúvidas relevantes na jurisprudência deste Supremo Tribunal.

3.2. *Propter falsa*

I. Em ambos os casos [als. a) e b) do n.º 1 do art. 449.º] a lei exige expressamente a existência de uma sentença que tenha julgados falsos os meios de prova ou dado como provado o crime cometido por juiz ou jurado relacionado com o exercício da sua função no processo.

II. A questão que se deve suscitar respeita à impossibilidade de iniciar ou continuar o processo por motivos jurídicos ou fácticos (ex. prescrição, ausência ou morte).

Resultando indiciada a falsidade dos meios de prova ou de crime praticado por juiz ou jurado, mas não sendo possível por razões jurídicas ou fácticas instaurar ou concluir o processo fica impedida a revisão? A lei alemã prevê estes impedimentos (§364 StPO), mas não me parece que haja solução face à nossa lei. É um dos casos que deveria ser ponderado e revisto pelo legislador.

3.2.1. Falsidade de meios de prova que tenham sido determinantes para a decisão

É uma situação típica do caso julgado penalmente viciado, ou seja, a decisão está contaminada porque se baseou em depoimentos, exames ou documentos falsos. Essa prova penalmente viciada acaba por contaminar a sentença revidenda.

A falsidade terá de ser declarada através de sentença, proferida por qualquer jurisdição.

3.2.2. Crime cometido por juiz ou jurado relacionado com o exercício da sua função no processo.

A lei é também clara: crime cometido por juiz ou jurado relacionado com o exercício da sua função no processo, declarado por sentença. Não é necessário que exista umnexo entre o crime e a sentença¹¹.

Outra questão muito relevante. Se for declarado crime praticado por juiz ou jurado no exercício da sua atividade embora não relacionado com o processo cuja revisão é pretendida? Não se verifica o pressuposto para o processo de revisão e dir-se-á que na grande maioria dos casos se trataria de revisão pro societate, pelo que o impedimento da revisão será compensado pela estabilidade do caso julgado, mas não é necessariamente assim e, como diz o povo, «cesteiro que faz um cesto faz um cento»!

3.3. Propter nova

I. A alínea d) do n.º 1 do artigo 449.º admite a revisão da sentença condenatória se «se descobrirem novos factos ou meios de prova que, de per si ou combinados com os que foram apreciados no processo, suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação».

A dupla enunciação, como assinala Cordero, é redundante. Trata-se afinal da descoberta de novas provas que, se fosse possível tê-las em conta, o condenado teria sido absolvido ou porque o facto não ocorreu, por não ter sido ele o agente, ou não constitui crime, ou se trata de pessoa inimputável, o crime estava extinto ou falta uma condição de procedibilidade. O segundo juiz não considera os eventuais erros do primeiro juiz mas julga na base de provas que o primeiro ignorava.

II. A novidade da prova deve ser entendida em sentido extensivo. Admitindo-se toda a prova não considerada no processo, tivesse sido descoberta posteriormente (noviter reperta) ou simplesmente não ter sido apreciada (noviter produta) no processo.

Há, porém, uma restrição: se a prova já era do conhecimento do arguido e este não a apresentou parece não dever admitir-se a revisão porque isso seria uma porta aberta e falsa para um novo recurso¹².

¹¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit., p. 1206.

¹² Diversamente, porém, no direito italiano que apenas atende ao seu não atendimento pelo juiz, seja ou não devido à negligência do arguido ou do seu defensor.

3.4. *Propter iure*

3.4.1. Em Geral

São quatro as causas de revisão neste âmbito, sendo as das alíneas e), f) e g) introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto.

c) Os factos que serviram de fundamento à condenação forem inconciliáveis com os dados como provados noutra sentença e da oposição resultarem graves dúvidas sobre a justiça da condenação

e) Se descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos dos n.ºs 1 a 3 do artigo 126.º;

f) Seja declarada, pelo Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de norma de conteúdo menos favorável ao arguido que tenha servido de fundamento à condenação;

g) Uma sentença vinculativa do Estado Português, proferida por uma instância internacional, for inconciliável com a condenação ou suscitar graves dúvidas sobre a sua justiça.

3.4.2. Os factos que serviram de fundamento à condenação forem inconciliáveis com os dados como provados noutra sentença e da oposição resultarem graves dúvidas sobre a justiça da condenação [alínea c) do art. 449.º, n.º 1]

I. Este pressuposto visa resolver conflitos teóricos de julgados, ou seja, os casos em que sejam incompatíveis as premissas históricas das decisões sobre pessoas e factos distintos ou sobre factos diversos relativos à mesma pessoa. Verificando-se um conflito prático, ou seja, a existência de duas sentenças condenatórias do mesmo arguido pelo mesmo facto é aplicável subsidiariamente o art. 625.º do Código de Processo Civil.

A oposição entre a sentença penal condenatória e os factos dados como provados noutra sentença pode resultar de qualquer sentença, penal ou não, anterior ou posterior à decisão penal condenatória, importando apenas que tenham transitado em julgado. Precisamente por a incompatibilidade poder resultar da incompatibilidade com sentença anterior à condenação penal é que não incluímos esta causa de revisão na categoria dos factos novos (*propter nova*).

II. A revisão é possível não só quando haja contraste entre duas sentenças que ponham o mesmo facto a cargo de distintos sujeitos, mas também quando o contraste caia sobre sentenças que tenham por objeto factos diversos sempre que se trate de factos considerados na sentença sucessiva que tornariam inexistentes os postos na base da sentença precedente e isto acontece quando a segunda decisão postule a impossibilidade material da comissão do crime considerado na sentença precedente por parte do imputado ou quando a posterior condenação a cargo de outros imputados estabeleça para a consumação do crime circunstâncias de tempo e de lugar de todo diversos dos estabelecidos na sentença anterior, de modo a demonstrar a impossibilidade da participação no facto da pessoa precedentemente condenada¹³.

Por isso que não relevam:

- a) A oposição entre factos não provados noutra sentença e os provados na sentença revidenda;
- b) A oposição entre os factos provados noutra sentença e os não provados na sentença revidenda;
- c) A oposição entre os factos não provados na sentença condenatória e os não provados noutra sentença.

III. A lei refere-se “à justiça da condenação”, donde que relevam tanto as dúvidas que respeitem à condenação como as que respeitem à natureza e medida da pena aplicada.

3.4.3. Provas proibidas, nos termos dos n.ºs 1 a 3 do artigo 126.º

I. A descoberta de que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos dos n.ºs 1 a 3 do artigo 126.º constitui fundamento para a revisão.

Note-se que não se trata de quaisquer provas proibidas, mas tão só das que o são por imposição constitucional, as previstas nos n.ºs 1 a 3 do art. 126.º que refletem o n.º 8 do artigo 32.º da Constituição.

Esta norma não pressupõe qualquer julgamento prévio sobre a validade da prova.

Paulo Pinto de Albuquerque entende que esta norma é inconstitucional, por violar os artigos 2.º e 29.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa e artigo 6.º, § 1.º, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e do artigo 4.º, § 2.º, do protocolo adicional n.º 7¹⁴. Não o entendemos assim.

¹³ SIRACUSANO, Delfino et alii, *Manuale di Diritto Processuale Penale*, vol. II, Milãao, Giuffrè, 1991, p. 490. SIRACUSANO, Delfino et alii, *ob. cit.*, vol. II, p. 488

¹⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *ob. cit.*, Comentário 21 ao art. 449.º.

II. Não o entendemos assim porque consideramos que o legislador pretendeu garantir com a admissibilidade da revisão a nulidade que previu no n.º 8 do art. 32.º da Constituição. A diferença entre as nulidades (proibições de prova) previstas no art. 32.º, n.º 8, da Constituição, e quaisquer outras previstas na lei está precisamente em serem consideradas de tal gravidade por tutelarem direitos fundamentais que nem o caso julgado as sana. Por isso, a invalidade resultante da produção de prova proibida será de conhecimento oficioso até decisão final, mas diversamente da nulidade que fica sanada com a decisão final transitada em julgado, a utilização de provas proibidas obtidas por métodos proibidos para fundamentar a condenação é fundamento para o recurso extraordinário de revisão [art. 449.º, n.º 1, al. e)].

Como nos dá conta Dá Mesquita¹⁵, a tese da proibição de prova corresponde a um enfoque num controlo judicial, nomeadamente em sede de recurso, independente de um dever de arguição tempestiva das partes, desvinculando estas da sua omissão numa homenagem, ainda que implícita, à ideia de verdade subtraída à influência do comportamento processual das partes, revelando-se, em contraponto, uma verdade sujeita a uma forte influência do comportamento processual do juiz de julgamento. Daí o conhecimento oficioso das proibições de prova, mesmo em sede de recurso, e o regime especial do art. 449.º, n.º 1, al. e) relativo às provas obtidas por métodos proibidos.

III. Não alcançamos a violação dos arts. 2.º e 29.º da Constituição nem do art. 6.º, n.º 1, do Convenção, nem o n.º 2 do artigo 4.º do Protocolo adicional à Convenção. Dispõe esta disposição do Protocolo que a reabertura do processo não é impedida, se «um vício fundamental no processo anterior puderem afetar o resultado do julgamento». Entendemos que a utilização de provas constitucionalmente proibidas constitui um vício fundamental do processo.

IV. Resulta expressamente da lei que a prova proibida deve ter servido de fundamento à condenação. Não é necessário que seja a prova única, direta ou decisiva, bastando que tenha sido considerada pelo julgador como fundamento da condenação, ainda que conjugada com outras.

Deve também ter-se em atenção que se a proibição é relativa e foi sanada então já não há proibição relevante como pressuposto da revisão. Só que esta sanção tem de ser expressa, expressa no sentido de que não fica sanada pela passividade do ofendido ao não a arguir no decurso do processo revidendo.

¹⁵ MESQUITA, Paulo Dá, A prova do crime e o que se disse antes do julgamento, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009, p.213.

V. Algumas notas mais.

- a) Entendemos que se a questão da proibição de prova alegada já tiver sido apreciada anteriormente não pode servir de fundamento à revisão.
- b) Não basta a mera alegação de que foi usada prova proibida no juízo de condenação. É necessário que sejam apresentados elementos indiciários do facto gerador da prova proibida (art. 451.º).
- c) Julgo ser no processo de revisão que se vai apurar se houve utilização de prova proibida e fazer a respetiva prova. A lei parece muito ampla nesta matéria e por isso que indiciados factos geradores da prova proibida se deve averiguar o seu fundamento. Penso dever aplicar-se por analogia o disposto no art. 453.º.

3.4.4. Declaração de inconstitucionalidade

I. A declaração de inconstitucionalidade de norma de conteúdo menos favorável ao arguido que tenha constituído ratio *decidendi* da condenação é fundamento para a revisão. Vale também para a interpretação declarada inconstitucional.

Bem se entende que seja assim, mas suscitam-se questões quanto ao âmbito da previsão da alínea f) do n.º 1 do artigo 449.º do Código de Processo Penal.

II. Tem suscitado discussão na doutrina a interpretação da alínea f) do n.º 1 do art. 449.º: interpretação restritiva, só aplicável nos processos em que for afastado pelo Tribunal Constitucional, em conformidade com o n.º 3 do artigo 282.º da Constituição, a ressalva do caso julgado, ou uma interpretação meramente declarativa, no sentido de constituir pressuposto de revisão de quaisquer processos em que a norma declarada inconstitucional tenha constituído ratio decidendo da condenação¹⁶? Parece-nos que se impõe a interpretação restritiva, atendendo a que é a própria Constituição que permite ressaltar o caso jugado.

III. O n.º 3 do artigo 282.º da Constituição ressalva os efeitos *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade. A ressalva revela que a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral não constitui fundamento autónomo de revisão das sentenças transitadas¹⁷.

¹⁶ SANTOS, Manuel Simas, «Jornadas de processo penal – recursos», in Revista do CEJ, n.º 9 (especial), p. 381; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, ob. cit., «comentário 21 ao artigo 449º», p. 1213.

¹⁷ MIRANDA, Jorge/ MEDEIROS, Rui, Constituição Portuguesa Anotada, III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 832; MEDEIROS, Rui, A Decisão de Inconstitucionalidade, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1998, pp. 546 ss..

Esta ressalva pode suscitar perplexidades, mas doutrinariamente superadas pelo argumento de a ressalva dos casos julgados constituir ainda uma forma de assegurar a primazia da ordem constitucional dado que num Estado de Direito protege-se a confiança e a segurança jurídica¹⁸. E assim é também no que respeita às nulidades, em geral, que ficam sanadas com o trânsito em julgado.

IV. Não deixa de poder considerar-se anómalo a exigência de uma declaração do Tribunal Constitucional para que aquele que foi injustamente condenado possa obter o afastamento da norma inconstitucional mais desfavorável aplicada pela sentença condenatória transitada em julgado. É que, se nos termos gerais a prevalência de uma lei posterior mais favorável sobre os casos julgados decorre diretamente da Constituição, não se percebe por que razão a mesma solução não há de valer quando esteja em causa uma declaração de inconstitucionalidade de lei mais desfavorável ao arguido, impondo-se uma interpretação restritiva do âmbito de aplicação da competência decisória conferida ao Tribunal Constitucional pela segunda parte do n.º 3 do artigo 283.º da Constituição¹⁹.

V. Uma nota final. Quando a sentença firme aplica lei inconstitucional de conteúdo mais desfavorável ao arguido não deixa de se formar caso julgado, mas há Autores, como Rui Medeiros²⁰, que defendem dever admitir-se a invocação da inconstitucionalidade como fundamento autónomo do recurso de revisão. É a problemática relativa ao tempo da decisão do Tribunal Constitucional. A lei não distingue e em respeito da constitucionalidade das leis também nos inclinamos a defender não ser relevante o momento em que é proferida a decisão do Tribunal Constitucional. É esta também a solução do direito canónico (cânone 1645), ao que nos parece.

3.4.5. Inconciliabilidade com sentença proferida por uma instância internacional

Remissão para o número seguinte.

¹⁸ MIRANDA, Jorge/ MEDEIROS, Rui, ob.e loc. Cit.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ MEDEIROS, Rui, A decisão de inconstitucionalidade, pp. 614 ss..

4 | Inconciliabilidade com sentença proferida por uma instância internacional

4.1. Obrigação dos Estados de executarem as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e do Tribunal de Justiça da União

4.1.1. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

I. O artigo 46º/1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos dispõe que «*As Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes*».

Esta obrigação pode revestir duas situações diversas: o caso decidido em sentido estrito, quando o TEDH tenha censurado o comportamento da autoridade nacional *em relação a uma específica e isolada decisão judiciária* e a censura respeite em sentido mais amplo a uma carência estrutural do ordenamento estatal e para a questão concreta submetida à decisão do TEDH não representa senão uma direta consequência.

II. A obrigação de conformar-se à sentença definitiva do TEDH respeita só ao caso nela decidido. Isto é o reflexo do tipo de controlo judiciário que efetua o TEDH que respeita sempre a uma específica decisão judiciária. Esta obrigação é uma obrigação de resultado, no sentido de que o Estado em causa é livre – sob o controlo do Comité de Ministros (art. 46.º, n.ºs 2 e 3) – de escolher de acordo com o seu ordenamento jurídico os meios a utilizar para satisfazer o decidido pelo TEDH. Cada sistema interno tem as suas regras.

Quanto ao conteúdo da obrigação, o art. 41.º da CEDH prevê, em via prioritária, que *sejam removidas as consequências derivadas da violação* e, subsidiariamente que, se o direito interno do Estado não o consentir ou só o consinta de modo imperfeito, seja o próprio TEDH a atribuir à parte lesada uma reparação razoável, se necessário. Esta segunda possibilidade traduz-se numa compensação em dinheiro. Durante muito tempo esta era a única forma de restaurar o direito da vítima e continua a ser o único meio em relação aos casos em que não seja possível outra forma de reparação, como é o caso da duração não razoável do processo.

III. Ainda uma outra questão relacionada. Sucede com frequência que a violação da Convenção resulte de problemas estruturais do sistema que importa remediar em termos gerais para evitar futuras violações. Para tanto existe o mecanismo da “sentença piloto” na qual o Tribunal, para prevenir o risco de futuras violações em série, assume o papel de juiz da

lei, indicando os remédios que considera necessários para evitar violações futuras. Trata-se de uma grande inovação que supera a função tradicional do Tribunal, mas que tem suporte no artigo 61.º das regras de procedimento do Tribunal²¹.

4.2. Tribunal de Justiça da União

I. Verificando-se o contraste entre uma norma incriminadora nacional e outra de direito da União, pelo menos quando a segunda seja posterior à primeira, verifica-se um fenómeno de *abolitio criminis*, mas não é o caso contemplado na alínea g) do artigo 449.º do Código de Processo Penal.

A alínea g) refere-se apenas à sentença vinculativa do Estado português proferida pelo Tribunal de Justiça da União, mas estas decisões têm uma natureza para-legislativa, atento o seu efeito *erga omnes*.

Parece que se poderia aplicar aqui a solução do art. 371º-A do CPP.

Deve, porém, observar-se antes de mais que o contraste entre uma sentença do Tribunal de Justiça e a norma interna aplicada não representa um caso de abrogação da norma interna, mas simplesmente da sua desaplicação por violadora do direito da União cristalizado numa sentença do Tribunal de Justiça. Talvez seja essa particularidade a justificar o processo de revisão.

II. Pode suceder que um tribunal português, no exercício dos seus poderes jurisdicionais, exclua o contraste entre as duas normas e consequentemente pronuncie sentença de condenação, mas que, sucessivamente, o Tribunal do Luxemburgo decida em via prejudicial de um outro juiz, declarar a norma comunitária impeditiva da interna pelo que se imporia a sua desaplicação.

Se por *novum jus* mais favorável devesse considerar-se exclusivamente a diretiva, a decisão transitada não seria revogável se o juiz da decisão interna tivesse explicitamente excluído - incorrendo num erro de valoração - o conflito entre a norma penal interna e a própria diretiva (já operativa durante o procedimento decisório interno, embora só *ex post* o Tribunal da União tivesse pronunciado a interpretação relevante aos fins penalísticos internos. Considerando, porém, que a jurisprudência do Tribunal do Luxemburgo tem caráter para-legislativo, parece que não se pode sustentar, numa lógica de *favor rei*, o autónomo relevo cronológico aos efeitos da sucessão normativa.

Tenha-se em atenção que se se tratar de *ius novum* comunitário ele só tem aplicação retroativa, nos mesmos termos do direito interno.

²¹ Sobre estas questões, cf. KOSTORIS, Roberto, *Manuale di Procedura Penale Eutropea*, 3ªed., Milão, Giuffrè, 2017. P. 62 ss..

4.3. O reexame do caso pela via do processo de revisão

I. Pela Recomendação R(2000) 2 do Comité de Ministros, os Estados aderentes foram convidados a preverem possibilidades apropriadas de reexame do caso ou reabertura do processo quando o TEDH tivesse constatado uma violação da Convenção e subsistissem as seguintes condições:

- a) a parte lesada continuar a sofrer consequências negativas particularmente graves em consequência da violação;
- b) a decisão interna que a produziu seja contrária no mérito à Convenção (isto é, seja contrária a uma garantia penal substancial), ou
- c) a violação seja devida a vícios processuais de tal gravidade que gerem fortes dúvidas sobre a decisão do processo nacional.

A solução normativa adotada por vários Estados aderentes é o processo de revisão da sentença. É também adotada em Portugal.

Trata-se, evidentemente, de um caso de revisão atípico, dissonante relativamente à lógica tradicional deste instituto, destinado a compor a divergência entre a verdade processual e a verdade histórica emergente de elementos externos ao processo já concluído com decisão transitada.

Esta nova forma de revisão, como as demais, aliás, não visa necessariamente a absolvição, mas tão só extirpar os vícios da decisão transitada resultantes da violação da Convenção.

II. A revisão visa reparar as consequências da violação dos direitos convencionais do recorrente. O remédio deve ser dúctil e as formas de *restitutio* variam em razão da violação que pode ser substancial ou processual. No primeiro caso importa neutralizar os efeitos ou reavaliando o conteúdo. No segundo caso, pôr-se-á o problema de verificar em que termos se verifica a violação da equidade processual – que implica uma avaliação concreta do caso considerado na sua globalidade – redunde em violações processuais segundo as regras internas: as soluções podem ser por isso as mais diversas (reabertura com o fim de reavaliação da prova, à assunção de novas provas, ao cumprimento de simples atos processuais, etc.).

5 | À sentença é equiparado despacho que tiver posto fim ao processo

I. Trata-se dos seguintes despachos:

- a) Despachos de arquivamento proferidos nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigos 277.º; n.ºs 1 e 2 do artigo 280; n.º 3 do artigo 282.º;
- b) Despacho de não pronuncia [artigo 450.º, n.º 1, al. b)];
- c) Despacho de não recebimento do processo, nos termos do artigo 311.º, n.º 1 e 2;
- d) Despacho de arquivamento proferido nos termos do artigo 338.º, n.º 1;
- e) Decisão sumária do relator proferida nos termos do artigo 417.º, n.º 6;
- f) Despacho de arquivamento do MP (art. 279.º).

II. Aos despachos judiciais que põem termo ao processo e ao despacho do MP só são aplicáveis as causas de revisão *pro societate* (alíneas a) e b) do artigo 449.º.

CONCLUSÃO

Para concluir cumpre-me destacar duas questões que me suscitam dúvidas que não ultrapassei satisfatoriamente:

- a) A primeira respeita à decisão que aplicou norma inconstitucional declarada pelo tribunal anteriormente à decisão condenatória. Neste caso há um erro de valoração em tudo semelhante à aplicação de norma inconstitucional, independentemente da declaração pelo Tribunal Constitucional. Admite-se o recurso de revisão se tiver havido prévia decisão sobre a inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional e não se admite o recurso com fundamento autónomo na inconstitucionalidade como preconiza Rui Medeiros?
- b) Outra respeita à prova dos meios proibidos de obtenção da prova. A lei só se refere à produção de prova relativamente à causa de revisão prevista na alínea d) do n.º 1 do artigo 449.º (art. 453.º), mas não me parece ser razoável bastar a mera alegação de que na fundamentação da condenação foram utilizadas provas obtidas por meios proibidos, nos termos do disposto no art. 126.º do Código de Processo Penal. Penso ser necessário que o requerimento seja instruído com provas que fundamentem a alegação e conseqüentemente seja também aplicável o art. 453.º. •





AS ESPECIFICIDADES DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE REVISÃO DE SENTENÇA PENAL

Orlando Gonçalves

Juiz Conselheiro, Supremo Tribunal de Justiça

A obtenção do equilíbrio entre a imutabilidade da sentença ditada pelo caso julgado e a necessidade de garantir o respeito pela verdade material, deve ser assegurada, de acordo com o art. 29.º, n.º 6, da nossa lei fundamental, através do recurso de revisão, «nas condições que a lei prescrever».

O legislador, se deve garantir, por um lado, a possibilidade da revisão da sentença a todos «os cidadãos injustamente condenados» deve, por outro lado, circunscrever o âmbito deste recurso, por forma a evitar que também os «justamente condenados» quebrem o caso julgado.

Se assim não for, a ideia que subjaz à revisão da sentença pode ser subvertida, com claro prejuízo, seja para a realização da justiça seja, sobretudo, para a segurança jurídica dessa mesma justiça. Se nenhum cidadão inocente deve ser privado de se socorrer do recurso de revisão, também nenhum cidadão justamente condenado deve beneficiar dele.

O problema fundamental da revisão é, assim, e antes do mais, o de identificação dos casos de injustiça da condenação.

É nas alíneas a) a g), do n.º 1, do art. 449.º do Código de Processo Penal, que o legislador ordinário plasmou os fundamentos e condições de admissibilidade da revisão da sentença penal transitada em julgado – ou de despacho que tiver posto fim ao processo –, em que seria injusto e intolerável manter a sentença transitada em julgado.

Esses casos de injustiça, que fundamentam o recurso de revisão, são taxativos e até às alterações do Código de Processo Penal levadas a cabo pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, correspondiam a situações de: falsidade dos meios de prova; dolo de julgamento; inconciliabilidade de decisões; e descoberta de novos factos ou meios de prova. Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2007, ao n.º 1 do referido art. 449.º, acrescem aos casos de injustiça que fundamentam o pedido de revisão três novas situações,

correspondentes: à utilização de prova proibida; à declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral; e a sentença vinculativa do Estado português.

Sendo o recurso de revisão, um «*recurso extraordinário*», como tal definido no Título II, do Livro IX, do Código de Processo Penal, não deve surpreender que percorra uma tramitação processual própria e autónoma, e não as regras do recurso ordinário.

A tramitação processual própria e autónoma deste recurso extraordinário, comporta, no entendimento generalizado da doutrina e da jurisprudência, duas fases:

(i) uma *fase rescidente*, em que o requerente procura convencer o Supremo Tribunal de Justiça da justeza e legalidade da sua posição e obter a autorização de revisão da decisão impugnada, abrangendo a tramitação desde a apresentação do pedido até à decisão que concede ou denegue a revisão (regras que constam dos artigos 451.º a 458.º do Código de Processo Penal); e (ii) uma fase rescisória, que existe se a revisão for concedida, e se inicia com a baixa do processo, terminando com um novo julgamento (regulada nos artigos 459.º a 463.º, do mesmo Código)¹.

Feito este pequeno enquadramento, perante um tema tão vasto como as «*Especificidades do recurso extraordinário de revisão*», e o curto período de tempo para a sua abordagem, pareceu-nos adequado cingir a intervenção apenas à *tramitação processual do recurso de revisão*, e dentro desta, à *fase rescidente*, em que parte do processo tem lugar no Tribunal da decisão (de facto) impugnada, e outra parte ocorre já no Supremo Tribunal de Justiça.

Nesta *fase rescidente* realçaremos algumas questões que vêm sendo colocadas ao Supremo Tribunal de Justiça.

O pedido de revisão inicia-se com a apresentação, no tribunal onde se proferiu a sentença que deve ser revista, de um requerimento, sempre motivado e com indicação dos meios de prova, que obrigatoriamente deve ser instruído com a certidão da decisão de que se pede a revisão e do seu trânsito em julgado e, ainda, com outros documentos tidos como necessários à instrução do pedido (art. 451.º do Código de Processo Penal).

Perante a apresentação do requerimento de revisão, que nos termos do art. 452.º do Código de Processo Penal é autuado por apenso aos autos onde se proferiu a decisão a rever, a **primeira questão** que se coloca na sua tramitação é a de saber se o Juiz da decisão a rever pode *rejeitar* ou *não*

¹ Cf. Germano Marques da Silva, in “Curso de Processo Penal”, 3.º Vol., pág. 364 e Maia Gonçalves, “Código de Processo Penal Anotado”, 7.ª Ed., pág.644). Neste sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, in “Comentário do Código de Processo Penal”, 4.ª edição, pág. 1218 e João Conde Correia, in “O «Mito do caso julgado» e a Revisão Propter Nova”, C.E., pág. 630. .

admitir, aquele requerimento, com o fundamento de que não cumpre os requisitos legais.

A vantagem de se poder rejeitar ou não admitir o requerimento, seria impedir a chegada ao Supremo Tribunal de Justiça de pedidos sem qualquer viabilidade.

Mas a atribuição de competência ao Juiz da decisão a rever também tem desvantagens a nível de celeridade processual, na medida em que o requerente da revisão terá de ser notificado do despacho de inadmissibilidade ou rejeição do requerimento de revisão e, seguidamente, terá de lhe ser concedido o direito de reagir ao despacho através de reclamação, nos termos do art. 405.º do Código de Processo Penal.

Independentemente das vantagens e inconvenientes da solução, a resposta a esta questão está dependente da competência atribuída ao Tribunal da decisão a rever perante o requerimento da revisão.

Do teor do art. 11.º, n.º4, alínea d), do Código de Processo Penal, resulta ser da competência material e funcional, das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça, em matéria penal, o conhecimento dos pedidos de revisão.

Do art. 453.º do Código de Processo Penal, resulta, por outro lado, que o Juiz da decisão a rever tem competência a nível de instrução na petição de revisão, na medida em que *«se o fundamento da revisão for o previsto no artigo 449.º, n.º 1, alínea d), o juiz procede às diligências que considerar indispensáveis para a descoberta da verdade, mandando documentar, por redução a escrito ou por qualquer meio de reprodução integral, as declarações prestadas.»*

Para além da competência para realização das diligências de prova, quando a elas houver lugar, o art. 454.º do Código de Processo Penal, atribui a este Juiz a competência para, ainda, previamente à remessa do processo ao Supremo Tribunal de Justiça, proceder a uma *informação* sobre o mérito do pedido.

Perante estas normas há quem defenda, pelo menos na doutrina, que o Juiz da decisão a rever, embora não tenha jurisdição sobre o pedido de revisão, como resulta claro do citado art. 11.º, n.º4, alínea d), do Código de Processo Penal, ainda assim terá jurisdição sobre a sua tramitação, enquanto não é remetido ao S.T.J., como se pode verificar da competência que lhe é atribuída para proceder *«às diligências indispensáveis para a descoberta da verdade»*.

Se assim é, defende esta posição, deve também o Juiz de 1.ª instância, poder emitir um juízo sobre a pertinência do requerimento de revisão e ser-lhe aplicável um regime semelhante ao consagrado no art. 414.º, n.ºs 1 e 2 do Código de Processo Penal.²

² Neste sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, in “Comentário do Código de Processo Penal”, 4.ª edição, pág. 1218 e João Conde Correia, in “O «Mito do caso julgado» e a Revisão Propter Nova”, C.E., pág. 630.

Esta posição, que desvaloriza, de algum modo, que a revisão é um recurso extraordinário com uma tramitação própria e autónoma, distinta da do recurso ordinário, não é consensual, nem na doutrina, nem especialmente na jurisprudência.

Argumenta-se que inexistente, nas regras específicas de tramitação do recurso de revisão, qualquer norma a atribuir a este Juiz competência para proferir um despacho de não admissibilidade ou de rejeição do requerimento de revisão, seja diretamente, seja por remissão para aplicação subsidiária das disposições que regulam os recursos ordinários, nomeadamente, do art. 420.º do Código de Processo Penal.

Por outro lado, da conjugação do disposto nos artigos 451.º, 453.º e 454.º do Código de Processo Penal, parece resultar que a competência do Juiz da decisão a rever está limitada ao recebimento do requerimento de revisão, à prática de eventuais diligências de prova e de prestação de uma informação sobre o mérito do pedido.

Apresente questão foi abordada, recentemente, no proc. n.º 142/19.9JELS-B-B.L1.S1 - 5.ª Secção, deste Supremo Tribunal, num caso em que o Juiz da decisão a rever indeferiu, por inadmissibilidade legal, o requerimento de revisão, porquanto, no seu entender, a alegação do recorrente não preenchia nenhum dos requisitos da alínea d) do n.º 1 do artigo 449.º do CPP, pois o recorrente pretendia com o recurso que fosse revista a pena de prisão efetiva que lhe foi aplicada à luz de condições socioeconómicas atuais e à data dos factos, e não invocou qualquer circunstância que configurasse facto/meio de prova novo.

Tendo o recorrente reagido a este despacho de indeferimento, por meio de reclamação para o Supremo Tribunal de Justiça, ao abrigo do disposto no art. 405.º do Código de Processo Penal, veio a Ex.ma Vice-Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, por despacho de 20 de outubro de 2021, «*deferir a reclamação apresentada*», e ordenar que se desse cumprimento ao disposto no art. 454.º do Código de Processo Penal», fundamentando a sua decisão no essencial, na afirmação de que “*Não caberá, (...), na competência material e processual do juiz do tribunal «onde se proferiu a sentença que deve ser revista» proceder a qualquer juízo autónomo sobre a admissibilidade ou a inadmissibilidade do pedido (do “requerimento” a pedir a revisão): o requerimento deve ser decidido pela autoridade, e na competência material e funcional da autoridade, à qual é dirigido. Por isso, o juiz da 1.ª instância onde foi apresentado o requerimento para revisão não poderia indeferi-lo, porque tal decisão, no específico procedimento que estava em causa, não integrava a sua competência material e funcional.*” Neste sentido, é invocado,

no mesmo douto despacho, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de maio de 2005, proferido no Proc. n.º 4215/04-3.ª Secção.

Considerando que esse foi também o entendimento nos acórdãos do S.T.J. de 12 de maio de 2022 (Proc. n.º 421/19.5JELSB-E.S1 – 5.ª Secção) e de 12-03-2009 (Proc. n.º 09P316, CJ, S.T.J., 2009, T1, pág.227) e que, já na vigência do Código de Processo Penal do 1929, perante normas processuais que têm alguma similitude com as do atual Código de Processo Penal, o mesmo Tribunal, nos acórdãos de 5-7-1967 (BMJ n.º 169, pág. 179) e de 14-2-1968 (BMJ n.º 174, pág. 138), decidiu que a competência do juiz da decisão a rever é, neste âmbito, limitada, entendemos que a jurisprudência deste Supremo Tribunal se tem inclinado, decisivamente, para interpretar as normas supra descritas no sentido de que o *Juiz da decisão a rever*, não tem outros poderes que não os de uma instância de passagem, sem competência para controlar o requerimento de revisão, que a seu tempo deverá remeter ao seu destino.

Uma outra especificidade da tramitação do recurso de revisão, ainda na 1.ª instância, respeita **à recolha da prova por parte do Juiz da decisão a rever**, quando o fundamento da revisão for o previsto no artigo 449.º, n.º 1, alínea d), do Código de Processo Penal.

O art. 453.º, n.º1 do Código de Processo Penal, dispõe que os meios indicados pelo requerente da revisão, só serão produzidos se o Juiz da decisão a rever os «*considerar indispensáveis para a descoberta da verdade*».

Do despacho que indeferir a realização de diligências requeridas, por o Juiz as considerar não indispensáveis para a decisão do recurso pelo STJ, vem-se entendendo que não cabe recurso ordinário, porquanto o Supremo Tribunal de Justiça julga, em única instância, o recurso de revisão.

Assim sendo, para reagir ao indeferimento das diligências deve o interessado “reclamar” para a secção criminal do Supremo Tribunal de Justiça, que irá conhecer do mérito da revisão.

Não foi esse o entendimento do requerente da revisão, nem do Juiz da decisão ao rever, no recente proc. n.º 142/19.9JELSB-C.S1.S1 – 5.ª Secção, deste Supremo Tribunal, pois tendo o Juiz indeferido a produção de prova, o requerente da revisão interpôs recurso, em separado do despacho de indeferimento e o recurso veio a ser recebido, embora não a subir em separado, mas nos próprios autos.

O S.T.J., por acórdão de 19 de maio de 2022, apreciou, ainda assim, nesse processo de revisão, a impugnação do despacho, à luz do princípio do aproveitamento de atos previsto no art. 193.º do CPC, aplicável ex vi do art. 4.º do Código de Processo Penal, convolvando para o efeito a qualificação da-

quela peça processual, indevidamente apelada de recurso.

Ainda a respeito do art. 453.º, n.º1, do C.P.P. pode questionar-se se o Juiz da decisão a rever pode proceder ou não a outras diligências, não requeridas, que repute indispensáveis para o esclarecimento da causa.

Sendo o fundamento da revisão da sentença a descoberta de novos factos ou meios de prova, que suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação, a resposta em sentido positivo parecer ser a solução que mais se adequa ao fim visado na alínea d), n.º1, do art.449.º do C.P.P..

Esta era também a solução que resultava do § 2.º do art. 678.º do Código de Processo Penal de 1929.

Outra especificidade que tem lugar ainda no Tribunal da decisão a rever, reporta-se ao n.º 2 do art. 453.º do C.P.P., onde se estabelece que o requerente não pode indicar testemunhas que não tiverem sido ouvidas no processo, a não ser justificando que ignorava a sua existência ao tempo da decisão ou que estiveram impossibilitadas de depor.

Uma leitura que se tem feito desta norma é a de que o recorrente, no recurso de revisão que tenha como fundamento a al. d) do n.º 1 do artigo 449.º, pode indicar como testemunhas: as já anteriormente ouvidas no processo, mas, nesse caso, como não constituem «novos meios de prova», terão de depor sobre «novos factos» de que se tenha tomado conhecimento posteriormente; e as que antes não foram ouvidas no processo, mesmo sobre os factos já apreciados no julgamento, mas, nesse caso, só se o recorrente justificar que ignorava a sua existência ao tempo da decisão ou que estiveram então impossibilitadas de depor (acórdão do S.T.J. de 14-02-2013, proc. n.º 859/10.3JDLSB-A.SL - 5ª Secção).

Perante o requerimento a pedir a revisão, **será que o Juiz da decisão a rever deve proferir um despacho de fixação do efeito do recurso de revisão**, por aplicação do art. 414.º, n.º1 do Código de Processo Penal, inserida nas regras do recurso ordinário?

No proc. n.º 421/19.5JELSB-E.S1, os requerentes de uma providência de *habeas corpus* vieram defender, designadamente, que tendo sido interposto um recurso de revisão e marcadas diligências, este recurso teria efeitos suspensivos automáticos da sentença, por aplicação da regra geral dos artigos 408.º, n.º1 e 2, al. c) e 414.º do Código de Processo Penal, uma vez que não existe regra especial para o recurso de revisão, o que tornaria ilegal a emissão de mandados de detenção para cumprimento das penas transitadas em julgado.

O Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 12 de maio de 2022, para indeferir a providência de *habeas corpus*, fundamentou a sua decisão, além do mais, na circunstância de “...o recurso de revisão, sendo extraordinário,

tem a tramitação própria e autónoma prevista nos artigos 449.º a 466.º do C.P.P., não lhe sendo aplicável o disposto nos artigos 408.º, n.º1 e n.º2, al. c) e 414.º, n.º1 do C.P.P.. É que, ao contrário do que alegam os requerentes, não há qualquer lacuna ou omissão que determine a aplicação do art.408.º, n.º2, al. c), do C.P.P. (nem sequer havendo qualquer similitude para a sua aplicação), no caso de estar pendente recurso de revisão e a 1.ª instância designar a realização de diligências; antes o que se passa é que o recurso extraordinário de revisão tem a tramitação particular e cuidadosamente prevista nos citados artigos 449.º a 466.º do C.P.P., estando inclusivamente acautelados os casos urgentes e que exigem prioridade dos atos judiciais (art. 466.º do C.P.P.), que são precisamente os casos em que o condenado a favor de quem foi pedida a revisão se encontrar preso ou internado.”.

Também a nós nos parece que o trânsito em julgado da decisão a rever e a tramitação própria do recurso extraordinário de revisão, não se compatibilizam com um alegado dever de prolação de um despacho de fixação de efeito ao recurso de revisão.

Terminada a fase rescidente do Juiz da decisão a rever, o processo de revisão é remetido ao Supremo Tribunal de Justiça.

A tramitação do processo no Supremo Tribunal de Justiça é regulada nos termos do art. 455.º do Código de Processo Penal, onde, além do mais, se estabelece:

«1- Recebido no Supremo Tribunal de Justiça, o processo vai com vista ao Ministério Público, por 10 dias, e é depois concluso ao relator, pelo prazo de 15 dias.

(...)

4- Se o tribunal entender que é necessário proceder a qualquer diligência, ordena-a, indicando o juiz que a ela deve presidir.

(...).

Perante o n.º 1 deste art. 455.º do C.P.P., ao receber o processo de revisão contendo um parecer do Magistrado do Ministério Público no Supremo Tribunal de Justiça, coloca-se ao relator, antes do mais a **questão de saber se deve ser cumprido, ou não, o contraditório.**

Uma orientação, seguida no Supremo Tribunal de Justiça, defende que o relator não deve cumprir o contraditório, apresentando como argumentos essenciais, a natureza e a estrutura do recurso de revisão.

Sendo a revisão um recurso extraordinário, um expediente de natureza excecional de reação contra uma decisão já transitada em julgado, o mesmo tem de ser avalizado rigorosamente (acórdão deste Supremo de 11 de maio

de 2000, proferido no processo n.º 20/2000 - 5.ª Secção). Apenas se admitindo a quebra do caso julgado nas situações previstas na lei processual penal, deve-se atender à tramitação especial e autónoma deste recurso e nem o art.455.º do Código de Processo Penal, nem qualquer outra norma que disciplina a tramitação do recurso de revisão, manda notificar o parecer aos interessados para que estes, querendo, o possam contrariar, nem determina a aplicação, subsidiariamente, das disposições que regulam os recursos ordinários.

Se o legislador quisesse que fosse subsidiariamente aplicável ao recurso de revisão o art.417.º, n.º 2 do Código de Processo Penal ou as disposições que regulam os recursos ordinários, onde aquele se integra, não deixaria de o estabelecer.

Na tramitação do recurso de fixação de jurisprudência - também um recurso extraordinário, com tramitação própria fixada nos artigos 437.º a 448.º do Código de Processo Penal -, o legislador já determina que aos recursos de fixação de jurisprudência, se aplicam subsidiariamente as disposições que regulam os recursos ordinários.

Outro argumento dos seguidores desta orientação, para considerar que não é necessário notificar o requerente do parecer, consiste em afirmar que a vista do Ministério Público no S.T.J. constitui unicamente o *exercício do direito de resposta ao pedido formulado na revisão*. Nesta ótica, o Ministério Público junto do tribunal que procedeu à “instrução” não tem qualquer intervenção no processo e que completadas as diligências, remetido o processo ao S.T.J., só na vista o Magistrado do M.P. toma contacto, pela primeira vez, com o pedido de revisão.

O Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 376/2000, decidiu «*Não julgar inconstitucional a norma do artigo 455.º, n.º1, do Código de Processo Penal se interpretada como não devendo ser notificada ao recorrente a posição do Ministério Público que constitua unicamente uma resposta ao pedido de revisão*».

Uma segunda orientação, entende que, pese embora a natureza extraordinária e a tramitação especial e autónoma do recurso de revisão, deve cumprir-se o contraditório, como princípio geral que se impõe nos artigos 6.º, n.º1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e 32.º, n.ºs 1 e 5 da Constituição da República Portuguesa. Ou seja, nenhuma prova deve ser aceite, nem nenhuma decisão, mesmo interlocutória, deve ser tomada pelo Juiz, sem que previamente tenha sido dada ampla e efetiva possibilidade do sujeito processual contra quem é dirigida de a discutir, de a contestar e de a valorar.

O argumento de que o Ministério Público no parecer que apõe no visto no Supremo Tribunal de Justiça se limita a exercer o direito de resposta e por isso não tem de ser notificado, é contestado por esta orientação, por considerar que o Ministério Público já teve a oportunidade de responder no Tribunal da decisão a rever, sobre o requerimento de revisão, ao abrigo do art. 454.º do Código de Processo Penal e até de acrescentar argumentos se assim o tiver entendido. O parecer emitido neste Supremo Tribunal é assim tido como uma segunda resposta sobre o mérito do pedido de revisão, sobre a qual deve dar-se possibilidade ao requerente da revisão de sobre ela se pronunciar – a não ser que o requerente da revisão seja o Ministério Público.

A lealdade processual, o processo justo e equitativo, mesmo que não seja obrigatória a notificação do parecer do Ministério Público, é a ideia de fundo que preside a quem segue esta posição³.

Por fim, *uma terceira orientação*, defende que não existe violação do contraditório na ausência de notificação do parecer apresentado pelo Ministério Público, sempre que não sejam aduzidos argumentos ou questões inovadoras. Dito de outro modo: deve ser cumprido o contraditório sempre e apenas, quando no parecer apresentado pelo Ministério Público sejam aduzidos argumentos ou questões inovadoras.

Esta é a jurisprudência defendida no citado acórdão do Tribunal Constitucional n.º 376/2000, quando a propósito da ausência de notificação do parecer do Ministério Público, como exercício do direito de resposta, enquanto Magistrado que tem a seu cargo a defesa da legalidade democrática, acrescenta que, *“Uma tal resposta apenas deverá ser notificada à “contraparte” ou requerente se forem invocadas nulidades ou exceções que imponham o direito a um novo contraditório.”*

A terminar, abordamos uma outra especificidade da tramitação processual da revisão, que resulta do n.º 4 do art. 455.º, do Código de Processo Penal, quando estabelece que *«Se o tribunal entender que é necessário proceder a qualquer diligência, ordena-a, indicando o juiz que a ela deve presidir»*.

Sendo a *«necessidade»* o critério para o S.T.J. ordenar a produção de *«qualquer diligência»*, é evidentemente maior a amplitude de poderes deste Supremo Tribunal relativamente aos poderes atribuídos ao Juiz da decisão a rever no art. 453.º do C.P.P., facto que resultará da competência prevista no n.º 4 do art. 455.º, não estar limitada ao fundamento de revisão previsto no art. 449.º, n.º1, alínea d), do mesmo Código.

Perante o n.º 4 do art. 455.º, do Código de Processo Penal, pode questionar-se, se tendo sido indeferidas diligência de provas, por despacho do Juiz

³ Assim, Pereira Madeira, in “Código de Processo Penal Comentado”, Henriques Gaspar, Santos Cabral, Maia Costa, Oliveira Mendes, Pereira Madeira e Pires da Graça, 2021, 3.ª edição, pág. 1453.

da decisão a rever, sem que da respectiva decisão tenha sido apresentada reclamação, poderá o Supremo Tribunal de Justiça, ainda assim, ordenar a produção destas provas ao abrigo desta norma específica?

Duas soluções parecem possíveis.

No sentido negativo, pode invocar-se, antes do mais, o “trânsito em julgado” da decisão que indeferiu as diligências de provas, como proteção da força e credibilidade das decisões judiciais e das autoridades que a proferem.

A natureza acusatória do processo penal português e a conatural exigência de autorresponsabilização dos sujeitos processuais, dificilmente se compatibiliza, também com a determinação de diligências por parte do Supremo Tribunal de Justiça quando o interessado na revisão se conformou com a não produção de prova, ao não reclamar do despacho de indeferimento.

Num sentido afirmativo, pode invocar-se que é da competência do Supremo Tribunal de Justiça conhecer do mérito da revisão e que para tal basta *entender que é necessário proceder a qualquer diligência*, tendo assim poderes mais amplos que os concedidos pelo legislador ao Juiz da decisão a rever, para a produção da prova.

Deste modo, deve ser ordenada a realização das diligências indicadas pelo requerente quando a 1.^a instância não habilita o Supremo Tribunal de Justiça a proferir segura e definitiva decisão do recurso de revisão.

Nesta visão dos poderes do S.T.J. aceita-se a quebra do caso julgado e a aproximação da tramitação processual ao processo inquisitorial, tendo em vista a descoberta da verdade material que preside à revisão.

Estas são, algumas das particularidades processuais do recurso de revisão, entre muitas outras que aqui poderiam ser trazidas. Não demos, nem conseguiríamos dar nesta pequena abordagem, respostas concludentes, sobre as especificidades da tramitação processual.

O nosso objetivo, modesto, foi apenas o de aqui trazer questões processuais que por serem abordadas, particularmente na jurisprudência, creio que não podem deixar de merecer a nossa reflexão. •



