

O recurso da matéria de facto em processo penal: Apreciação à luz do Direito Comparado e da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Paulo Barreto¹,
Juiz Desembargador

Resumo: O objecto do estudo incide na problemática dos recursos sobre matéria de facto em processo penal à luz do direito comparado e das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

É feito um percurso pelos recursos na justiça por acordo, das decisões do tribunal do júri e dos tribunais comuns, com o ordenamento jurídico português como pano de fundo, porém num enquadramento de direito comparado e face às exigências do Tribunal de Estrasburgo.

Conclui-se que são necessárias reformas do quadro jurídico português, particularmente no que diz respeito à composição do tribunal de recurso das decisões do tribunal do júri, bem como, para um processo equitativo, é fundamental garantir maiores direitos dos arguidos em matéria de produção e renovação de provas e audição no tribunal superior que conhece os recursos de questões de facto.

Palavras-chave: Recurso, matéria de facto, acordo, júri, processo equitativo, renovação de provas, audição do arguido.

Índice:

¹ O autor não adopta o “Acordo Ortográfico” de 1990

I - O recurso dos acórdãos do tribunal de júri; a composição do tribunal de recurso, em Portugal, sem juízes leigos

II - O recurso da matéria de facto

1. Processo equitativo e recurso da matéria de facto à luz do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

2. As condenações de Portugal no Tribunal Europeu do TEDH por violação do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos

3. *Fair trial* no recurso

III - Conclusões

Bibliografia

I - A Justiça por acordo; ausência de recurso da matéria de facto

Quando se pensa em justiça por acordo (este termo é mais adequado do que negociada, na medida em que esta última remete-nos para estratégias negociais próprias do direito civil e comercial, que não se quer no direito criminal, em que qualquer acordo tem sempre que ter como subjacente um acto livre, esclarecido e consciente do arguido) vem logo à cabeça a experiência americana do *plea bargaining*. Num sistema adversarial, como o da *common law* - adoptado nos países anglo-saxónicos e da *commonwealth* - os Estados Unidos, perante a realidade da esmagadora maioria dos casos criminais ser decidida por via de acordo, têm hoje um autêntico sistema de *pleas* e não de *trials*².

Como se exige face aos princípios da pena criminal (não há pena sem culpa), este acordo deve envolver a admissão da culpa, a aceitação de uma pena, bem como a renúncia a um julgamento e, por via disso, ao recurso, particularmente em matéria de facto, pois, ao assumir a culpa, o arguido está a aceitar os factos que lhe são imputados.

No *civil law* também já encontramos exemplos de justiça criminal por acordo. Certamente mais tímida que a experiência do *commow law*, até por estarmos num sistema inquisitorial, caracterizado por uma maior intervenção do julgador e pela

² Lafler v. Cooper, 132 S.Ct. 1376, 1388 (2012), Apud RAPOZA, Phillip, *Julgar*, n.º 19, 2013, p. 207

filosofia kantiana de predomínio da legalidade em detrimento da vontade das partes. Os princípios éticos inerentes ao direito penal, em que arguido e vítima são sujeitos de direito e as mínimas restrições à liberdade (vejamos, por exemplo, o artigo 27.º da Constituição Portuguesa), aliados à ausência de tradição, ainda são forte factor para travar a expansão da justiça penal por acordo no *civil law*, que, por ora, se vai aplicando apenas a crimes e penas menos graves.

Não obstante, alguns países do *civil law* fazem já um caminho de vanguarda, como é o caso da Itália e do seu *patteggiamento*, introduzido em 1981, nomen que se impôs na prática forense italiana para designar o instituto da “aplicação da pena a pedido das partes” (*applicazione della pena su richiesta*), que o *Codice di Procedura Penale* prevê nos arts. 444.º ss.³ Este sistema de acordo tem feito o seu caminho e alargado o campo de aplicação, entrando até em crimes mais graves e penas de prisão maiores, nomeadamente com a introdução do *patteggiamento alargato*, por via da lei n.º 134, de 2003.⁴

Também em Espanha, no *juicio rápido por delito*, aplicável em casos de pena até 5 anos ou 10 anos de prisão, conforme as circunstâncias, sempre que a investigação seja simples, o *Ministerio Fiscal* apresenta acusação escrita e propõe uma pena. Se o acusado se conformar com os factos e com a pena proposta, o juiz profere sentença de condenação em conformidade⁵.

Caminho que está igualmente a ser percorrido na Alemanha, que em 2009 consagra o acordo no processo penal⁶, com a exigência da aceitação da culpa: a confissão deve ser parte de todos os acordos.

Este é a via que começa a ser seguida nos países da *civil law*. Sem perder a natureza inquisitória e com a garantia da aceitação dos factos pelo arguido, assim da culpa e, por via disso, da verdade material, os passos têm sido dados de forma consistente, mas sem

³ ANGELINI, Roberto, *Julgar*, n.º 19, 2013, pp. 221 a 229.

⁴ ANGELINI, Roberto, *Julgar*...

⁵ Artigo 795.º, da Lei do Enjuiciamiento Criminal (LECrim)

⁶ § 275 c StPO (Código de Processo Penal Alemão)

entrar, se assim podemos dizer, na grande criminalidade⁷.

O recurso aos acordos para a pequena e média criminalidade são também motivados por uma necessária melhor gestão dos meios humanos e materiais da justiça, que, deste modo, ficam libertos para actuar nos casos da complexa criminalidade.

Em Portugal o percurso é similar. Temos o instituto da suspensão provisória do processo⁸, aplicável aos processos sumário e abreviado, e o regime do processo sumaríssimo⁹, já com sinais evidentes de *plea*.

Claro que nesta justiça por acordo, havendo aceitação da culpa e dos factos, o recurso da matéria de facto não existe. Relativamente à matéria de direito, na maioria dos países do Conselho da Europa que têm sistemas de *plea*, o direito de recurso está restringido depois de ter sido celebrado um acordo com a defesa. Por exemplo, na Eslovénia parece mesmo haver uma renúncia total ao direito de recurso no caso de um

⁷ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, caso Natsvlishvili e Togonidze c. Geórgia, 08.09.2014, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>: “ Nos trinta Estados-membros do Conselho da Europa estudados para a existência de procedimentos criminais de natureza semelhante ao sistema de plea-bargaining, não existem mecanismos equivalentes nos três países seguintes - Azerbaijão, Grécia e Turquia. Um pequeno número de outros países (nomeadamente Áustria, Dinamarca e Portugal), embora não tenham aprovado legislação que estabeleça a negociação de pleitos como um conceito jurídico dentro dos seus sistemas jurídicos, estão, no entanto, familiarizados com a negociação de pleitos ou processos semelhantes na prática. A Áustria, Bélgica, França e Liechtenstein têm procedimentos que apresentam elementos de negociação da confissão que levam à interrupção do processo penal, enquanto que a Bósnia e Herzegovina, Bulgária, República Checa, Estónia, França, Alemanha, Hungria, Itália, Malta, Moldávia, Montenegro, Polónia, Roménia, Rússia, Sérvia, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Suíça, Ucrânia e Reino Unido (Inglaterra e País de Gales) estabeleceram processos de negociação da confissão que resultam numa condenação penal. Além disso, a Áustria, República Checa, Hungria, Montenegro, Rússia e Sérvia prevêm a oportunidade de impor uma pena mais branda, retirar as acusações ou suspender o processo penal se o arguido cooperar com as autoridades, contribuindo assim para a resolução do processo penal. As negociações judiciais nos Estados membros do Conselho da Europa assumem sobretudo a forma de negociação da pena, sendo este o caso na Bósnia-Herzegovina, Bulgária, República Checa, Estónia, França, Alemanha, Hungria, Itália, Liechtenstein, Malta, Moldávia, Montenegro, Roménia, Rússia, Sérvia, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Suíça, Ucrânia e Reino Unido. A negociação de taxas pode ser encontrada na Hungria, Sérvia, Eslovénia, Espanha, Suíça e Reino Unido. O inquérito mostra que a negociação de sentenças é uma prática mais comum nos Estados do Conselho da Europa do que a cobrança de honorários. Este aspecto está intimamente ligado ao princípio da legalidade, dando menos margem de manobra à acusação para alterar e retirar acusações. Os acordos de plea conducentes a uma condenação penal são, sem excepção, revistos por um tribunal competente. Neste sentido, os tribunais têm a obrigação de verificar se o acordo de confissão foi alcançado em conformidade com as regras processuais e substantivas aplicáveis, se o arguido o subscreveu voluntária e conscientemente, se existem provas que sustentem a confissão de culpa subscreta pelo arguido e se os termos do acordo são apropriados”.

⁸ Artigos 281.º e 282.º, do Código de Processo Penal

⁹ Artigos 392.º a 398.º, do Código do Processo Penal.

acordo de confissão (pelo menos quando o acordo de confissão tiver sido subscrito pelo tribunal). A celebração de um acordo de confissão resulta na restrição do direito de recurso na Bósnia e Herzegovina, Bulgária, República Checa, Estónia, Hungria, Itália, Malta, Moldávia, Montenegro, Rússia, Sérvia, Eslováquia, Espanha, Suíça e Ucrânia. O direito de recurso em matéria de direito permanece inalterado na Áustria, França, Alemanha, Liechtenstein, Polónia, Roménia e Reino Unido.¹⁰

Acordos sobre a sentença em processo penal que FIGUEIREDO DIAS¹¹ há muito vem pugnado, no âmbito de uma justiça restaurativa, conceito que nos é muito gratificante. Como já defendemos¹²: “ A intervenção da justiça criminal tem que ser cirúrgica, não intervir mais do que necessita o tecido social. Remendar o que se mostra rompido. Uma exagerada intervenção pode aumentar o buraco provocado no tecido social pelo cometimento de um crime. Para isso, todos são chamados a intervir: juiz, acusação, vítima, defesa, comunidade. Como, por exemplo, nos crimes de pouca gravidade, faz todo o sentido que o MP, a vítima e o arguido, tentem um entendimento, limitando-se o juiz a homologá-lo, assim se garantindo uma eficaz reparação do mal com ingerência mínima do poder judicial. Queremos uma segurança democrática, numa sociedade com indivíduos livres que, por vezes, cometem crimes, mas a resolver e a superar dentro de uma comunidade crítica e esclarecida.

II – O recurso dos acórdãos do tribunal de júri; a composição do tribunal de recurso, em Portugal, sem juízes leigos

Instituto típico da *commom law*, o julgamento pelo júri é hoje nos Estados Unidos a exceção à regra do *plea bargaining*.

No sistema americano é o júri que valora a prova apresentada, decidindo o que é

¹⁰ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, caso Natsvlishvili e Togonidze c. Geórgia, 08.09.2014, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>

¹¹ FIGUEIREDO DIAS, *Acordos sobre a sentença em processo penal*, em edição do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coleção Virar de Página, Greca, 2011.

¹² PAULO BARRETO, Sob o título “Justiça Cível e Justiça Criminal”, *Revista Julgar*, Número Especial, Coimbra Editora, 2012, pp. 173-177

mais importante: as questões de facto. E, bem assim, a culpabilidade. Ao juiz fica reservada a determinação da sanção.

O recurso é considerado uma fase autónoma, em que predominantemente se analisam questões de direito, questões de relevância e de admissibilidade de prova e não tanto sobre questões de facto, sendo certo que o recurso não representa um novo julgamento, porquanto está limitado à revisão e análise das gravações do julgamento procurando os erros alegados pelo recorrente¹³.

O júri teve origem em Inglaterra e foi acolhido no Estados Unidos. Na Europa do *civil law*, o júri surge historicamente de dois conceitos político-jurídicos (liberalismo político/processo de jurados), expressa em toda a Europa, após o sucesso e a difusão das instituições sociais implantadas com a revolução francesa de 1789.¹⁴

Hoje, na Europa continental, temos dois modelos de júri: “Por um lado, o modelo do júri no sentido tradicional, que corresponde à tradição liberal e se associa a uma ideia de favor do arguido. Neste modelo cabe aos jurados a decisão da matéria de facto, competindo aos juízes profissionais a decisão da matéria de direito. Por outro lado, um modelo de tribunal de composição mista, que visa sobretudo estabelecer uma comunicação entre os tribunais e a comunidade. Este tribunal conta com uma participação predominante de juízes leigos que decidem, juntamente com os juízes profissionais, quer a questão da culpabilidade, quer a questão da sanção, tanto de facto como de direito”.¹⁵

Vejamos.

Na Bélgica, nos tribunais criminais (*Cours d’assises*), as pessoas são julgadas por um júri constituído por cidadãos, composto ainda por três juízes de carreira, um deles presidente. Os jurados decidem se o arguido é culpado ou inocente, podendo considerar

¹³ ESCUDEIRO, Maria João Simões, *Procedimentos criminais internacionais*, Abril de 2013, disponível em <https://repositorio.ucp.pt>

¹⁴ BARREIROS, José António, “As instituições criminais em Portugal no século xix: subsídios para a sua história, *Análise Social*, Vol. XVI (639), 1980 – 3.º, pp. 578 a 612.

¹⁵ ANTUNES, Maria João, et al., “Garantia Constitucional de julgamento pelo Júri e recurso de apelação”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, a. 145, n.3999 (Jul.-Ago. 2016), pp. 316- 329.

circunstâncias atenuantes. Os juízes e os jurados decidem conjuntamente a pena. Em princípio, os acórdãos deste tribunal não são passíveis de recurso, porém pode ser interposto para o Tribunal de Cassação, que não aprecia matéria de facto e pode tão só anular a decisão e remeter o processo para novo julgamento, em tribunal com outra composição.

Na Alemanha há três tipos de tribunais de primeira instância - o *Amtsgericht* (tribunal local), o *Landgericht* (tribunal estadual) e o *Oberlandesgericht* (tribunal estadual superior). No *Amtsgericht* e no *Landgericht*, funcionam com diferentes composições de juízes profissionais e juízes leigos.

A *Cour d'assises* francesa é uma jurisdição não permanente, reunindo-se, por regra, de três em três meses. Este tribunal é competente para julgar a generalidade dos crimes (artigo 231.º do *Code de Procédure Pénale*), sendo composto, em 1.ª instância, por três juízes profissionais e por um júri de seis cidadãos (artigo 296.º do *Code de Procédure Pénale*). Até janeiro de 2001, não se previa a possibilidade de recurso das decisões deste tribunal, entendendo-se que a decisão tomada com a intervenção de jurados do povo era a expressão de “uma verdade definitiva”. Em França, o tribunal de recurso intervém em segunda instância, para voltar a julgar, de facto e de direito, os processos já julgados pelos tribunais de primeira instância, sendo que as decisões dos tribunais de júri são julgadas em recurso por outro tribunal de júri designado pela secção penal do Tribunal de Cassação. O tribunal de júri de recurso é composto por 9 jurados.

A *Corte d'assise* italiana, regulada pela *Legge* 287/1951, de 10 de abril, é constituída por dois juízes togados e seis juízes leigos (artigo 3.º). As decisões da *Corte d'assise* são susceptíveis de recurso de apelação para a *Corte d'assise d'appello* (artigo 2.º da *Legge* 287/1951). Este tribunal é composto também por oito juízes, sendo dois juízes profissionais e seis juízes leigos. As decisões da *Corte d'assise d'appello* podem ainda ser objecto de recurso de cassação para a *Corte di Cassazione* (artigo 606.º do *Codice di Procedura Penale*).

Em Espanha, o *Tribunal del Jurado* é regulado pela *Ley Orgánica* 5/1995, de 22 de Maio, com respaldo no art.º 125.º da Constituição de 1978. É composto por nove jurados

e um juiz de carreira. É da responsabilidade dos jurados declarar os factos provados ou não provados submetidos à sua decisão pelo juiz presidente após a realização do julgamento. Consequentemente, compete-lhes proclamar a culpa ou inocência de cada pessoa acusada. A decisão do júri é conhecida como um veredicto. Um veredicto de culpado requer sete dos nove votos do júri, e um veredicto de inocente requer cinco votos. Com base neste veredicto, o Magistrado Presidente elabora a sentença, que será ou uma absolvição ou uma condenação, neste último caso determinando a pena adequada a ser imposta. O Artigo 846 bis c) da referida lei orgânica, determina que os fundamentos do recurso de apelação, sem que esteja previsto recurso propriamente da matéria de facto. Acresce que o artigo 846 bis f) determina que o recurso merecer provimento, a causa será devolvida ao tribunal recorrido para novo julgamento.

Desta análise de direito comparado resulta que em nenhum destes países se permite que uma decisão em matéria de facto tomada por um tribunal com participação de juízes leigos seja modificada, em recurso, por um tribunal constituído somente por juízes profissionais.¹⁶

Em Portugal, a competência do tribunal de júri está plasmada no artigo 13.º, do Código de Processo Penal, e o Decreto-Lei n.º 387-A/87, de 29.12, regula a sua composição e selecção. O artigo 2.º, n.º 3, deste diploma legal, determina que o júri intervém na decisão das questões da culpabilidade e da determinação da sanção. Do que decorre que os três juízes de carreira e os quatro jurados têm as mesmas competências, estão em plano de igualdade, com a ressalva que o tribunal é presidido por um juiz de carreira, que relatará o acórdão.

Ora, sendo interposto recurso do acórdão do tribunal de júri, tal recurso será conhecido pelo tribunal da Relação com a exclusiva composição de juízes de carreira, o que significa, na prática, que as decisões do tribunal com juízes leigos e letrados podem ser substituídas por um tribunal só com juízes letrados.

E, deste modo, juízes togados revogam decisões de um tribunal com juízes leigos.

¹⁶ ANTUNES, Maria João, et al., “Garantia Constitucional de julgamento pelo Júri e recurso de apelação”, p. 325.

Ora, apesar de concordarmos com os argumentos do Tribunal Constitucional de que não estão em causa a unidade de jurisdição nem a legitimidade democrática - os juízes togados também são mediadores do povo - ¹⁷, afigura-se-nos, todavia, inquestionável que este regime de recursos afronta o artigo 207.º, n.º 1, da Constituição Portuguesa, que consagra que o júri, nos casos e com a composição que a lei fixar, intervém no julgamento dos crimes graves, salvo os de terrorismo e os de criminalidade altamente organizada, designadamente quando a acusação ou a defesa o requeiram. Em Portugal, a intervenção do júri no julgamento não está presente em todas as fases do processo, é susceptível de ser afastada por um tribunal exclusivamente composto por juízes de carreira. Na última palavra, leia-se última decisão, o júri não intervém.

Uma última nota só para demonstrar a incoerência do sistema português. Os crimes estritamente militares, tipificados no Código de Justiça Militar, são julgados em primeira instância por dois juízes de carreira e um juiz militar. A composição do tribunal de recurso integra o presidente da secção, dois juízes de carreira e um juiz militar, assim se mantendo a natureza e as características do tribunal.

III – O recurso da matéria de facto

1. Processo equitativo e recurso da matéria de facto à luz do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

O artigo 6.º, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, consagra o direito a um processo equitativo, assim definido: 1 – Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem

¹⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 417/2018, 09.08.2018, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180417.html>

pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. 2 – Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada. 3 – O acusado tem, no mínimo, os seguintes direitos: a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.

Como refere CABRAL BARRETO, Ireneu¹⁸, “a garantia de um processo equitativo tornou-se num princípio fundamental da preeminência do Direito, por isso, numa sociedade democrática, no sentido da Convenção, o direito a um processo equitativo ocupa um lugar tão essencial que uma interpretação restritiva do artigo 6.º não corresponderia ao fim e ao objeto desta disposição; (...) a presença do acusado perante as instâncias de recurso necessita de um exame mais atento; a falta de audiência do acusado nestas instâncias pode não colidir com o artigo 6º, nomeadamente se os factos não são de novo questionados e o tribunal de recurso decide com base em elementos estritamente jurídicos, sem apreciar diretamente a personalidade do acusado; aliás, toda a renúncia a um direito consagrado na Convenção, tanto quanto ela seja lícita, deve ser feita sem equívocos, com um mínimo de garantias correspondentes à sua gravidade e sem prejudicar nenhum interesse público importante; mas, se um processo se desenvolve em várias fases, em primeira instância e em recurso, a publicidade dependerá

¹⁸ CABRAL BARRETO, Ireneu, *A Convenção Europeia dos Direitos dos Homem, Anotada*, Almedina, Junho de 1995, pp. 164, 194 e 201-202.

do papel desempenhado em cada uma dessas fases; se a audiência teve lugar na 1ª instância, a sua falta no 2º ou 3º grau de jurisdição pode justificar-se pelas características do processo; assim, nos recursos consagrados a questões de direito e não de facto, não haverá violação desta disposição se o acusado não teve a possibilidade de se expressar pessoalmente; em certas circunstâncias, a audiência pode ser dispensada e admitir-se uma fase processual puramente escrita; assim será quando as partes a ela renunciarem e o interesse público não a reclamar”.

NICKEL, James W.¹⁹, define direito a processo equitativo como “uma protecção conferida pela lei contra um conjunto de abusos que podem ocorrer durante a detenção, interrogatório, julgamento, sentença ou punição de suspeitos da prática de crimes”.

Para JORGE MIRANDA e MEDEIROS, Rui²⁰, “a exigência de um processo equitativo (...) se não afasta a liberdade de conformação do legislador na concreta estruturação do processo, impõe, antes do mais, que as normas processuais proporcionem aos interessados meios efectivos de defesa dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos e partes entre as partes na dialéctica que elas protagonizam; um processo equitativo postula, por isso, a efectividade do direito de defesa no processo, bem como dos princípios do contraditório e da igualdade de armas”.

Ainda GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA²¹ “O direito de acção ou o direito de agir em juízo terá de efectivar-se através de um processo equitativo (...) deve entender-se num sentido amplo, não só como um processo justo na sua conformação legislativa, mas também como um processo materialmente informado pelos princípios materiais da justiça nos vários momentos processuais (...) um dos princípios do processo equitativo e o direito à igualdade de armas ou direito à igualdade de posições no processo, com proibição de todas as discriminações ou diferenças de tratamento arbitrárias”.

¹⁹ NICKEL, James W, *Making Sense of Human Rights*, 2.ª edição, Blackwells, 2006.

²⁰ JORGE MIRANDA, MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2005, Tomo I, p.192.

²¹ GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª edição revista, p.415.

E, finalmente, VAZ, Manuel Afonso e BOTELHO, Catarina Santos, “o Tribunal de Estrasburgo deixou bem claro que o direito a um processo equitativo ocupa um lugar proeminente numa sociedade democrática, pelo que não serão admissíveis interpretações restritivas deste direito; no entanto (...) a norma vertida no artigo 6.º tem uma forte orientação de obrigações de resultado, no sentido de que o que releva é que os tribunais nacionais sejam capazes de cumprir com proficiência os ditames de um processo equitativo, sendo que o modo como levam a cabo essa tarefa tem uma importância secundária”²².

Como o objecto central do nosso tema incide sobre o recurso da matéria de facto, abordaremos jurisprudência do tribunal de Estrasburgo que aprecia, em conjunto, os artigos 6.º da Convenção e o 2.º do Protocolo 7.

No caso Saquetti Iglesias c. Espanha, acórdão de 30.06.2020²³, o Tribunal recorda que o conceito de “infracção penal” referido no nº 1 do artigo 2º do Protocolo nº 7 corresponde ao de uma “acusação criminal” no artigo 6.º, n.º 1, da Convenção (Gourevka v. Ucrânia, nº 61406/00, § 55, 6 de Setembro de 2005, e Ucrânia, n.º 61406/00, § 55, de 6 de Setembro de 2005, e Zaicevs c. Letónia, n.º 65022/01, § 53, 31 de Julho de 2007). De acordo com a jurisprudência constante deste Tribunal, a aplicação do artigo 6º da Convenção no seu aspecto penal deve ser avaliada com base em três critérios, geralmente referidos como os “critérios Engel”:

a) a classificação da disposição a nível nacional; b) o tipo de infracção; e c) a gravidade da sanção imposta à pessoa em causa (ver, entre muitas outras, Ezech e Connors c. Reino Unido [GS], nos 39665/98 e 40086/98, § 82, ECHR 2003-X). Para que o artigo 6º da Convenção seja aplicável, basta que a infracção em questão seja de natureza criminal ou expõe o interessado a uma sanção que, pelas suas características e gravidade, é geralmente de natureza criminosa.

²² VAZ, Manuel Afonso e BOTELHO, Catarina Santos, “Algumas Reflexões sobre o artigo 6.º da convenção europeia dos direitos do homem – Direito a um processo equitativo e a uma decisão num prazo razoável”, *e-Pública*, Vol. 3, N.º 1, Abril 2016, p. 237.

²³ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, 30.06.2020, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>

Em *Chernega e Outros c. Ucrânia*, acórdão de 18.06.2019²⁴, o Tribunal considerou relevante que os requerentes não tenham sido informados da audiência no Tribunal de Recurso, como exigido pelo Direito Interno, sendo certo que não foi possível estabelecer que os requerentes tivessem renunciado ao direito de estar presente, nem que tivessem sido demonstradas as salvaguardas necessárias para assegurar que qualquer renúncia fosse efectiva (Ver também *Koval e Outros c. Ucrânia*, n.º 22429/05, 15 novembro 2012; *Basenko c. Ucrânia*, n.º. 24213/08, 26 novembro 2015; *Vyerentsov c. Ucrânia*, n.º 20372/11, 11 abril 2013; *Shmushkovych c. Ucrânia*, n.º 3276/10, 14 novembro 2013; e *Chumak c. Ucrânia*, n.º 44529/09, 6 março 2018).

No caso *Zhang c. Ucrânia*, acórdão de 13.11.2018²⁵, concluiu-se pela violação do art.º 6.º, n.º 1, num processo em que houve uma condenação por crime de homicídio fundada nos depoimentos contraditórios das testemunhas da acusação e exclusão dos depoimentos das testemunhas de defesa, considerando-se, no entanto, que os tribunais nacionais dos três níveis de jurisdição falharam em realizar uma avaliação específica e pertinente das deficiências verificadas nos depoimentos das testemunhas de acusação que o requerente logrou apontar. E, outrossim, falharam em se pronunciar sobre a alegada ilegalidade e arbitrariedade consubstanciada na exclusão de todos os depoimentos das testemunhas de defesa existentes no inquérito.

Em *Zhelyazkov c. Bulgária*, acórdão de 18.09.2012²⁶, o Tribunal reafirmou que qualquer pessoa condenada por um tribunal por um delito penal tem direito a ter a sua condenação ou sentença revista por um tribunal superior, direito a ser regulado por lei e que pode ser objecto de excepções relativamente a infracções menores ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição, concluindo, no caso concreto, que a infracção não era de carácter menor, por ser quase

²⁴ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, 18.06.2019, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>

²⁵ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, 13.11.2018, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>

²⁶ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, 18.09.2012, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>

idêntica ao delito criminal de hooliganismo e ter levado a uma pena de prisão.

No caso *Kangers c. Letónia*, acórdão de 14.03.2019²⁷, o Tribunal considerou que houve violação do artigo 6.º, n.º 2, por ter havido uma condenação como reincidente na pendência do recurso apresentado, na medida que os tribunais tomaram expressamente em consideração uma infracção em relação à qual estava ainda recurso pendente. Ora, a conclusão de que infracção inicial constituía o pressuposto da reincidência, demandava que o requerente tivesse efetivamente praticado a mesma. As presunções de facto ou de direito que operam em cada sistema jurídico não são, em princípio, proibidas pela Convenção. Os Estados são, todavia, obrigados a confinar a sua operatividade dentro de limites razoáveis, que tenham em consideração a importância dos interesses em jogo e sejam aptos a preservar os direitos da defesa. Nos casos em que o Tribunal examinou as presunções de facto ou de direito em sede de processo penal, observou com especial atenção as garantias processuais e os meios de defesa ao dispor do arguido para as ilidir. A insuficiência destas garantias processuais, aptas ao exercício do direito de defesa com vista a ilidir as presunções, determina a violação da presunção de inocência. Em virtude de ter sido considerado culpado da infração na qualidade de reincidente, o requerente não só sofreu condenação numa pena de multa mais elevada, como também condenação em cinco dias em detenção, que foi obrigado a cumprir antes do *terminus* do processo relativo à infração inicial. A presunção de que o requerente havia praticado a primeira infração foi tida em conta em diferentes processos. Os tribunais internos consideram-se legalmente vinculados pela participação relativa à primeira infração, mesmo apesar do facto desta ter sido objeto de recurso. Nestas circunstâncias, concluiu Estrasburgo que não foi dado ao requerente qualquer meio de defesa em relação a tal presunção.

Em *Y.B. c. Rússia*, acórdão de 20.10.2021²⁸, o Tribunal reiterou que os Estados Contratantes gozam, em princípio, de uma ampla margem de apreciação para determinar como deve ser exercido o direito garantido pelo artigo 2º do Protocolo nº 7

²⁷ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, 14.03.2019, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>

²⁸ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, 20.10.2021, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>

da Convenção. Assim, a revisão por um tribunal superior de uma condenação ou sentença pode dizer respeito tanto a questões de facto como a questões de direito, ou limitar-se apenas a questões de direito. Além disso, em certos países, um arguido que pretenda recorrer pode, por vezes, ser obrigado a pedir autorização para o fazer. Contudo, quaisquer restrições contidas na legislação interna sobre o direito a um recurso mencionado nessa disposição devem, por analogia com o direito de acesso a um tribunal consagrado no artigo 6 § 1 da Convenção, prosseguir um objectivo legítimo e não infringir a própria essência desse direito (ver *Krombach v. França*, no. 29731/96, § 96, ECHR 2001 II; e, *mutatis mutandis*, *Naït-Liman v. Suíça* [GC], no. 51357/07, §§ 114-15, 15 de Março de 2018; e *Nicolae Virgiliu Tănase v. Roménia* [GC], n.º 41720/13, § 195, 25 de Junho de 2019). O Tribunal reitera ainda que cabe principalmente às autoridades nacionais, nomeadamente aos tribunais, resolver os problemas de interpretação da legislação nacional. A menos que a interpretação seja arbitrária ou manifestamente irracional, o papel do Tribunal limita-se a verificar se os efeitos da interpretação são compatíveis com a Convenção (ver *Radomilja e Outros v. Croácia* [GC], n.º 37685/10 e 22768/12, § 149, 20 de Março de 2018, e *Molla Sali v. Grécia* [GC], n.º 20452/14, § 149, 19 de Dezembro de 2018). Contudo, as autoridades devem respeitar e aplicar a legislação interna de forma previsível e coerente (ver *Jovanović v. Sérvia*, n.º 32299/08, § 50, 2 de Outubro de 2012). Nos casos relativos ao acesso ao tribunal, pode caber ao Tribunal determinar, em particular, se o requerente pôde contar com um sistema coerente que estabeleça um justo equilíbrio entre os interesses das autoridades e os seus próprios interesses (ver *De Geouffre de la Pradelle v. França*, 16 de Dezembro de 1992, § 34, Série A n.º 253 B, e *Maširević v. Sérvia*, no. 30671/08, § 48, 11 de Fevereiro de 2014). O Tribunal reiterou que é de importância capital que um arguido compareça pessoalmente no processo penal e que o legislador deve, por conseguinte, poder desencorajar ausências injustificadas (ver *Poitrimol v. França*, 23 de Novembro de 1993, § 35, Série A n.º 277 A). Não obstante, não perde de vista que a legislação interna prevê claramente o direito de requerer a reposição do prazo de recurso contra a condenação à revelia e não exige a presença física do requerente para o exame de tal pedido, independentemente da obrigação do arguido de estar eventualmente fisicamente presente no julgamento sobre

o mérito das acusações contra ele deduzidas, uma vez repostos o prazo de recurso. Uma vez que o requerente foi privado da possibilidade de ter uma audiência - mesmo na sua ausência - sobre o seu pedido de restabelecimento do prazo de recurso, o indeferimento do seu pedido relevante privou-o da possibilidade de exercer eficazmente este direito. Por conseguinte, concluiu o Tribunal, houve uma violação do artigo 2º do Protocolo nº 7 da Convenção.

No caso *Firat c. Grécia*, acórdão de 09.02.2018²⁹, o Tribunal recorda que a Convenção se destina a proteger direitos que não são teóricos ou ilusórios, mas concretos e eficazes. No acórdão *Shvydka c. Ucrânia*, o Tribunal constatou uma violação do artigo 2º do Protocolo nº 7 da Convenção. Observou que o recurso interposto pelo requerente contra a sentença do tribunal distrital não teve efeito suspensivo - o que resultou na execução imediata da sentença, em conformidade com o direito interno - e que só foi considerado depois de a sentença ter sido cumprida na íntegra. Do mesmo modo, em *Ruslan Yakovenko c. Ucrânia*, o Tribunal concluiu que o exercício do direito do requerente a uma segunda audiência teria custado a sua liberdade, particularmente porque a duração da sua detenção teria sido incerta. No entanto, no presente caso, o Tribunal considera necessário salientar os seguintes pontos. O requerente era um cidadão turco, acusado de ser um contrabandista de migrantes em situação irregular, e que não tinha qualquer ligação ou residência na Grécia. Por esta razão, o Tribunal de Recurso do Egeu, actuando como tribunal de primeira instância, disse que se o requerente interpusse um recurso, este não teria efeito suspensivo. Devido ao recurso do requerente contra a primeira condenação e à ausência de efeito suspensivo desse recurso, a decisão sobre a sua libertação condicional só pôde ser tomada após o tribunal de recurso ter proferido a sua sentença. No entanto, considerou o Tribunal que o exercício do direito do requerente a uma segunda audiência não se fez à custa da sua liberdade (ver, um contrario, *Shvydka v. Ucrânia* e *Ruslan Yakovenko v. Ucrânia*, citado acima), concluindo que não houve violação do artigo 2º do Protocolo nº 7 da Convenção.

²⁹ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, 09.02.2018, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>

2. As condenações de Portugal no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos por violação do artigo 6.º da Convenção

Portugal foi condenado no caso *Moreira Ferreira c. Portugal* 1, através de acórdão de 14.06.2011³⁰, por violação do art.º 6.º da Convenção, por falta de audiência pública no recurso. O Tribunal notou que, neste caso, o Tribunal da Relação foi chamado a pronunciar-se sobre várias questões relativas aos factos e à pessoa da requerente. Esta última levantava, nomeadamente e tal como havia já feito perante o tribunal de primeira instância, a questão de saber se a sua responsabilidade penal deveria ser considerada como diminuída, o que poderia ter tido influência importante na determinação da pena. Para o Tribunal trata-se de uma questão que o Tribunal da Relação não poderia decidir sem apreciar directamente o testemunho pessoal da requerente, tanto mais que a sentença do Tribunal de Matosinhos divergia da perícia psiquiátrica, sem, contudo, enunciar os motivos dessa divergência tal como exige o direito interno. A reapreciação desta

matéria pelo Tribunal da Relação deveria, pois, ter incluído nova e integral audição da requerente.

Importa notar que Portugal foi absolvido no caso *Moreira Ferreira c. Portugal* 2, mediante acórdão de 11.07.2017³¹. Considerou o Tribunal de Estrasburgo, por maioria, que não houve violação do art.º 46.º da Convenção, tendo em conta o princípio de subsidiariedade e as formulações utilizadas no supra citado acórdão do Tribunal de 2011, concluindo que a recusa do Supremo Tribunal de Justiça em reabrir o processo, tal como solicitado pela requerente, não foi arbitrária. O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de março de 2012 indica de modo suficiente as razões em que se baseia a sua decisão. Essas razões relevam da margem de apreciação das autoridades nacionais em que se baseia a sua decisão e não distorcem as conclusões do acórdão do Tribunal.

Este acórdão teve, entre outros, um voto de vencido do juiz português Pinto

³⁰ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, 05.07.2011, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>

³¹ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, 11.07.2017, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>

Albuquerque, também subscrito por outros juízes, pelos seguintes motivos: (i) Os acórdãos do Tribunal não são somente declaratórios. A jurisprudência sobre o artigo 46º da Convenção não permaneceu fossilizada no passado, permitindo hoje, quando apropriado, que os acórdãos produzam efeitos jurídicos imperativos e individuais no ordenamento jurídico do Estado demandado, incluindo uma ordem de revisão, de realização de novo julgamento ou de reabertura do processo penal. A cláusula Öcalan deve ser interpretada à luz desta jurisprudência evolutiva; (ii) Tanto a razão de ser do instituto de reabertura do processo penal como os princípios de direito internacional sobre reparação, apelam a um entendimento mais generoso do direito a reabrir um processo penal no seguimento de uma constatação de violação da Convenção pelo Tribunal. Existe hoje um consenso europeu sobre o direito individual de reabertura do processo penal com base na constatação de uma violação pelo Tribunal, sem deixar qualquer latitude às autoridades nacionais competentes para a rejeitarem com base em critérios de admissibilidade materiais; (iii) À luz das considerações feitas, o artigo 6º da Convenção aplica-se aos recursos extraordinários que visem a reabertura de processos criminais; (iv) Subvalorizando o alcance jurídico da cláusula Öcalan, o que não tem em conta a história dessa cláusula, a maioria aceitou erradamente que a Câmara tinha, em 2011, concedido “uma ampla margem de manobra” ao Estado demandado. Tal como o Ministério Público diante do Supremo Tribunal de Justiça, concluiu que o Supremo Tribunal de Justiça deveria ter reaberto o processo da requerente, sendo que a sua recusa em fazê-lo não teve em conta o objeto e propósito do acórdão Moreira Ferreira; (v) Concluindo-se que houve violação do artigo 6º, pelo que se exigia a reabertura do processo ou alteração legislativa quando houver violação da Convenção.

No caso *Pereira da Cruz e Outros c. Portugal*, através de acórdão de 26.06.2018³², Portugal foi de novo condenado por violar o artigo 6.º, com fundamento na recusa do Tribunal da Relação de Lisboa em admitir provas, no sentido da ilibação, no processo de recurso: ouvir o arguido e a admissão de documentos em que as testemunhas se retratavam. O Tribunal recordou que alguma jurisprudência sua anterior, de acordo com

³² Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, 26.06.2018, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>

a qual, quando um tribunal de recurso tem competência em matéria de facto e de direito e deve decidir sobre a culpa ou a inocência de um arguido que invoque não ter praticado o crime por que foi condenado, não deve, em princípio, proferir a sua decisão, sem ouvir pessoalmente o arguido ou as testemunhas que confirmem essa invocação. Considerou, também, que, apesar de o Tribunal Constitucional ter dito que o meio indicado e que devia ser exercido pelo requerente era o recurso extraordinário de revisão, não era exigível ao requerente seguir essa via, dada a jurisprudência do STJ, à época, ou seja, que a retratação de uma testemunha não devia ser considerada, para o efeito, como novo meio de prova e ainda alguns outros acórdãos do mesmo Supremo Tribunal segundo os quais o falso testemunho determinante para a condenação de alguém só podia constituir fundamento do recurso de recurso de revisão após esse fundamento ter sido reconhecido por decisão judicial. O TEDH considerou, em especial, que a recusa de audição do referido coarguido bem como da junção e análise dos documentos em que duas das testemunhas se retratavam, constituiu uma limitação dos direitos de defesa do requerente, incompatível com o direito a um processo equitativo, visto que os mesmos tinham afirmado ter acompanhado a vítima de abusos sexuais ao local (em Lisboa) onde os factos teriam ocorrido e pelos quais o requerente foi definitivamente condenado.

Finalmente, Portugal foi condenado por acórdão de 13.11.2008³³, no caso contra Pijevchi, também por violação do artigo 6.º, por interpretação particularmente rigorosa – e contraditória com a do tribunal a quo – feita pelas instâncias de recurso de uma norma processual, que privou o requerente do direito de acesso ao Tribunal da Relação com vista à apreciação do fundamento da sua condenação. Neste caso, constatou o Tribunal de Estrasburgo que, o requerente, ao pretender recorrer da sua condenação, solicitou, como a lei o permitia, a transcrição da gravação da audiência. O tribunal de primeira instância informou-o depois que o mesmo dispunha de um prazo de dez dias a contar da notificação da transcrição para apresentação das alegações. Todavia, quando o requerente apresentou a motivação do recurso, no prazo indicado, viu-lhe ser oposto pelo tribunal ad quem a extemporaneidade do seu recurso, em razão de diversa

³³ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, 13.11.2008, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>

interpretação da legislação em causa. O requerente viu-se, assim, impossibilitado de fazer apreciar o seu recurso sobre o bem fundado da condenação. Na perspectiva do Tribunal, negar assim, nas circunstâncias particulares do caso, o direito de recurso a um arguido unicamente em razão de uma interpretação diversa seguida pelo Tribunal da Relação das normas processuais relativas aos prazos da apresentação da motivação de recurso, mesmo quando o tribunal a quo tinha fixado um prazo específico a ser observado pelo interessado, não é compatível com o princípio da segurança jurídica, que faz parte das exigências do processo equitativo.

Quando Portugal é condenado no TEDH está obrigado a apreciar a reabertura do processo, por via do recurso de revisão (artigo 449.º, n.º 1, al. g), do CPP) ou a proceder a uma alteração legislativa para que o quadro legal fique conforme a Convenção.³⁴

³⁴ No voto de vencido no caso Portugal c Moreira Ferreira (2), PINTO ALBUQUERQUE, Paulo, destaca o seguinte quanto ao cumprimento dos acórdãos do TEDH nos países do Conselho da Europa: “ Num número significativo desses Estados, os seus códigos de processo penal autorizam expressamente que um indivíduo, em relação ao qual o Tribunal tenha proferido um acórdão no qual constatou uma violação da Convenção num processo criminal, solicite a revisão ou a reabertura do caso com base nessa constatação. Entre esses Estados estão: Alemanha, Andorra, Arménia, Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Croácia, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Estónia, França, Geórgia, Grécia, Holanda, Hungria, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, antiga República Jugoslava da Macedónia, Moldávia, Mónaco, Montenegro, Noruega, Polónia, República Checa, Roménia, Rússia, San Marino, Sérvia, Suíça, Turquia e Ucrânia. Em muitos desses Estados, o pedido de revisão ou de reabertura deve ser introduzido perante um tribunal – mas o grau de jurisdição varia de um Estado para outro. Em alguns Estados, os indivíduos em causa devem dirigir o pedido à instância mais alta, ou seja, ao Supremo Tribunal de Justiça (Albânia, Andorra, Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Bulgária, Espanha, Estónia, Grécia, Holanda, Hungria, Lituânia, Luxemburgo, Moldávia, Mónaco, Polónia, Rússia e Suíça) ou ao Tribunal Constitucional (República Checa). Noutros, o pedido de reexame ou de reabertura do processo deve ser introduzido no tribunal que proferiu a decisão em crise (Croácia, Eslovénia, antiga República Jugoslava da Macedónia, Turquia e Ucrânia). Em alguns Estados, o pedido de revisão ou de reabertura do processo deve ser introduzido num órgão não judicial como uma comissão administrativa independente ou uma comissão quasi-judicial (Islândia, Noruega e Reino Unido), o Ministro da Justiça (Luxemburgo), o Primeiro-Ministro, que tem autoridade para reenviar o caso para o tribunal de recurso penal (Malta) ou o Ministério Público (Letónia). 38. A revisão ou a reabertura do processo não são, normalmente, concedidos automaticamente, devendo o pedido satisfazer certos critérios de admissibilidade como o cumprimento do prazo e outras formalidades processuais. Em alguns Estados, a legislação nacional estabelece outras condições: por exemplo, os requerentes devem apresentar um fundamento jurídico adequado como suporte ao seu pedido (Alemanha, Macedónia e Turquia), basear-se em novas circunstâncias (Arménia) ou aduzir factos e prova suficientes para fundamentar o pedido (Itália e Macedónia). Por último, noutros Estados- membros a revisão ou a reabertura do processo penal com base na constatação de uma violação da Convenção pelo Tribunal não estão, atualmente, previstos de forma expressa na lei nacional (é o caso, por exemplo, da Albânia, da Dinamarca, da Islândia, da Itália, de Malta, do Reino Unido e da Suécia). Em alguns destes Estados, contudo, esta possibilidade é possível por meio de interpretação extensiva das disposições gerais sobre a reabertura do processo (por exemplo, Albânia, Dinamarca, Itália e Suécia). Apenas num Estado-membro, no Liechtenstein, não existe possibilidade de revisão ou de reabertura de um processo penal com base num acórdão proferido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”.

Fair trial no recurso

Os acórdãos, sentenças e despachos são, em regra, recorríveis. Este é o sentido do artigo 399.º, do Código de Processo Penal (CPP), que consagra um regime amplo de recurso. Não obstante, há excepções à recorribilidade, as plasmadas no oartigo 400.º, do CPP.

O Tribunal da Relação conhece de facto e de direito, o Supremo Tribunal de Justiça só conhece de direito.

O recurso é sempre apresentado perante o tribunal que proferiu a decisão, o tribunal recorrido ou *a quo*, que aprecia os pressupostos processuais e, sem prejuízo de reclamação, decide a subida do recurso.

Os recursos são ordinários, extraordinários (questionam uma questão que já é definitiva), de revisão (válvula de escape do sistema para evitar uma decisão completamente injusta), de controlo de constitucionalidade (tem um objeto próprio: uma norma jurídica com dimensão inconstitucional, extensiva ou interpretativamente).³⁵

Relativamente ao recurso da matéria de facto, a doutrina e a jurisprudência consideram as impugnações restrita e ampla.

A impugnação restrita verifica-se quando são invocados os vícios do artigo 410.º, n.º 2, alíneas a), b) e c), do CPP, a saber: Insuficiência para a decisão da matéria de facto provada³⁶, contradição insanável da fundamentação ou entre a fundamentação e a

³⁵ PINTO, Frederico Costa, *Direito Processual Penal*, Universidade Nova de Lisboa, 2017/2018, p. 61

³⁶ O vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada a que alude a alínea a) do nº 2 do art. 410º do Cód. Proc. Penal, consiste em ser insuficiente a matéria de facto para a decisão de direito. Como refere MARQUES DA SILVA, Germano³⁵, “é necessário que a matéria de facto dada como provada não permita uma decisão de direito, necessitando de ser completada”. E ainda é “a insuficiência que decorre da circunstância de o Tribunal não ter dado como provados ou não provados todos aqueles factos que, sendo relevantes para a decisão da causa, tenham sido alegados ou resultado da discussão, que constituam o objecto da decisão da causa, ou seja, os factos alegados pela acusação e pela defesa e os que resultarem

decisão³⁷, erro notório na apreciação da prova recorrida³⁸. São

vícios que resultam do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugadas com as regras da experiência comum.

A Relação admite a renovação da prova se se verificarem os vícios referidos nas alíneas do n.º 2 do artigo 410.º e houver razões para crer que aquela permitirá evitar o reenvio do processo, que se realizará em audiência, em que o arguido é sempre convocado, sendo correspondentemente aplicável o preceituado quanto à discussão e julgamento em primeira instância (artigo 430.º, do CPP).

Importa, contudo, referir, que se é certo que só há renovação da prova se for

da prova produzida em audiência, bem como todas as soluções jurídicas pertinentes, independentemente da qualificação jurídica dos factos resultantes da acusação ou da pronúncia, segundo o art. 339º, nº 4 do CPP” - MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de Processo Penal*, III, 2000, Editora Verbo, p.339, e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21.06.2007, disponível em dgsi.pt. A insuficiência para a decisão da matéria de facto provada tem, deste modo, duas vertentes: quando a matéria dada como demonstrada é insuficiente para a decisão de direito ou quando o tribunal não tiver ponderado e indagado todos os factos que foram alegados pela acusação, defesa e os que resultarem da prova produzida em julgamento. Nada tem a ver com a falta ou insuficiência de prova para a decisão de direito, que é matéria da apreciação da prova - POÇAS, Sérgio, “Recurso da matéria de facto”, *Revista Julgar*, nº 10, 2010, p. 28

³⁷Já quanto à contradição insanável da fundamentação e fundamentação em oposição com a decisão, como refere POÇAS, Sérgio³⁶, “ parece claro que há contradição na motivação (fundamentação, nas palavras da lei) quando para a decisão de um determinado ponto de facto são invocados meios probatórios totalmente incompatíveis entre si; como também parece haver clara contradição quando a motivação num raciocínio lógico conduz precisamente ao contrário do que se decidiu; como resulta da norma, para que o vício se verifique, a contradição tem que ser contradição, perdoe-se a redundância e tem de ser insanável, isto é, não ser ultrapassável pelo tribunal de recurso com eventual recurso às regras da experiência ou elementos dos autos; ou seja, o facto de se verificar uma contradição no texto da decisão não quer dizer que se esteja necessariamente logo em presença do vício previsto no artº 410º, nº 2, al. b)”. O mesmo autor (POÇAS, Sérgio)³⁶, deixa bem claro o seguinte: quando o recorrente alega este vício deve especificar no texto da decisão – é aqui que incide a análise, insiste-se – a matéria da contradição, aquilo que está em contradição; importa alertar o recorrente para a necessidade de produzir uma alegação precisa (e ainda mais precisa nas conclusões) que visa a matéria que realmente está em causa e não perder-se em críticas genéricas contra a decisão, naturalmente votadas ao fracasso; cometerá erro, quiçá irremediável, o recorrente que se consuma em fórmulas genéricas, inconformadas, que nada fundamentam; o recorrente está onerado a identificar clara e precisamente a factualidade em que se materializa a contradição que invoca - POÇAS, Sérgio, “Recurso da matéria de facto”, *Revista Julgar...*, p. 27

³⁸ Finalmente, o erro notório na apreciação da prova previsto na alínea c) do nº 2 do art. 410º do Cód. Proc. Penal é pacificamente considerado, na doutrina e na jurisprudência, como aquele que é evidente para qualquer indivíduo de médio discernimento. Neste sentido³⁷, “erro notório na apreciação da prova é aquele que é de tal modo evidente que não passa despercebido ao comum dos observadores, ou seja, quando o homem médio facilmente dele se dá conta”, algo que notoriamente está errado, “que não pode ter acontecido, ou quando, usando um processo racional e lógico, se retira de um facto dado como provado uma conclusão ilógica, arbitrária e contraditória, ou notoriamente violadora das regras de experiência comum, sendo o erro de interpretação detectável por qualquer pessoa” - Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, 9.12.1998, *Boletim do Ministério da Justiça*, 482, p. 68, e 12.11.1998, *Boletim do Ministério da Justiça*, 481, p. 325.

invocado algum dos vícios do art.º 410.º, n.º 2, também o é, todavia, que o reenvio pode ser evitado sem renovação da prova. A documentação da prova é aqui elemento essencial para suprir tais vícios sem renovação da prova.

Entrando agora na impugnação ampla, o tribunal da Relação deve entrar a fundo na prova produzida em primeira instância, criando a sua própria convicção. Mas, para isso, o recorrente tem que indicar os concretos pontos de facto que considera incorrectamente julgados e as concretas provas que impõem decisão diversa da recorrida. Está prevista a realização de audiência (411.º, n.º 5, 421.º, n.º 2, 423.º) limitada, todavia, ao debate sobre os pontos da motivação do recurso que o recorrente especificou, sem qualquer produção de prova, nem sequer a audição do arguido.

Como refere POÇAS, Sérgio³⁹: “Resulta assim claro da norma que na motivação, de forma clara e concisa, mas completa, o recorrente deve expor as razões do seu inconformismo - os fundamentos de facto e de direito por que entende que tribunal decidiu mal. A necessidade de o recorrente ser e claro e completo nos fundamentos do recurso, assume-se como de algo essencial ao conhecimento deste. De facto, só o recorrente sabe do que discorda e por que razão discorda. Ora se assim é e é, de forma clara e completa, está onerado a dizer a discordância, e das suas razões, de facto e de direito. Na verdade, se o recurso pretende remediar o mal feito, desde logo, o recorrente está onerado a identificar devidamente o mal da decisão e as razões por que é mal. Sejam claros: o Tribunal de recurso só pode apreciar a razão do recorrente se este for claro nas razões da sua razão. Nada se decide no reino do mistério”.

A propósito da convicção do tribunal da Relação, “obviamente que o legislador ao estabelecer o recurso sobre matéria de facto sabe que o tribunal de recurso não se encontra presente no julgamento e por isso o estabelece nas condições em que o fez permitindo, ainda assim, uma apreciação global da prova com base no registo da mesma. A falta de imediação por parte do tribunal de recurso, e nos termos em que

³⁹ POÇAS, Sérgio, “Processo Penal, Quando o recurso incide sobre a decisão da matéria de facto”, *Revista Julgar*, n.º 10, 2010, p. 3.

esses recursos se mostram concedidos, não assume qualquer relevância. (...) O relevante é que do processo constavam todas as provas e elementos necessário a que o tribunal de recurso pudesse apreciar toda a prova existente e formar a sua convicção”⁴⁰.

A questão da imediação é hoje uma não questão. Como refere BRITO, Ana Maria Barata de⁴¹, “ Se a capacidade de reapreciação da matéria de facto pelo Tribunal da Relação sofre limitações decorrentes da falta de imediação – cumpre, então, questionar: a que falta (de imediação) nos referimos? A uma privação total, como genericamente se parece afirmar? E quais as consequências dessa privação, ou em reverso, qual o plus concretamente acrescido por via da imediação? Mesmo para além dos casos de renovação da prova (art. 430º CPP), as Relações não estão totalmente desprovidas de imediação. Têm-na desde logo, e aqui na exacta medida do juiz de julgamento, relativamente a todas as provas reais (no sentido de todas as outras provas, não pessoais: documentos, exames, perícias, apreensões, vigilâncias...). Têm-na relativamente à prova gravada/escutada – por via do acesso directo à documentação da prova, potenciado com o fim das transcrições que até 2007 mediatizavam o acesso. Ou seja, mesmo relativamente à prova pessoal existe uma imediação parcial. A prova pessoal ou oral revela-se, ao que aqui interessa, em duas componentes: de voz e de imagem. O tribunal *ad quem* fica privado da relação de proximidade com a imagem da pessoa que intervém no julgamento, na qualidade de arguido, testemunha ou declarante. Mas dispõe do acesso directo à voz do autor dos relatos, e pode apreender tudo o que, no processo comunicacional, é transmissível através da voz (gravada). Não deve falar-se por isso de uma total ausência de imediação, mesmo na parte referente à prova pessoal”.

Para melhor enquadrar a nossa reflexão, importa abordar a questão sistémica, citando CASTANHEIRA NEVES⁴², “do sistema que se parte chega-se a um novo sistema como resultado, pela mediação do problema – ou mais exactamente pela mediação da

⁴⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 26.06.2019, disponível em dgsi.pt.

⁴¹ BRITO, Ana Maria Barata de, *Os poderes de cognição das Relações em matéria de facto em processo penal*, Estudo de 2012, disponível em http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20-%20MAT%20CRIMINAL/O%20conhec_Relacoes_materia%20de%20facto.pdf

⁴² CASTANHEIRA NEVES, “Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais”, *Studia Jurídica*, Reimpressão, pp. 155-157

experiência problemática que entretanto superou o primeiro sentido do sistema e exige a reconstrução – elaboração de um outro sentido sistemático que assimile agressiva e reconstrutivamente essa experiência; tudo fará com que o sistema jurídico seja aberto (problematicamente aberto), não pleno (não intencionalmente auto-suficiente) e autopoiético (de racionalidade prático- normativa). E, por esta via, atingir os dois fins superiores da ordem jurídica: a maior segurança e a melhor flexibilidade⁴³.

Assim, importa desde logo referir que “a documentação da prova – a prova fixada – é o primeiro essencial referente da necessidade ou desnecessidade de se proceder ao reenvio para a primeira instância ou de se admitir ou renovar a prova. Se a prova documentada permitir, na avaliação que haja de ser feita pela Relação, que esta reaprecie a questão de facto em conformidade, tornar-se-á desnecessário, irrelevante e inútil proceder à renovação da prova – cfr. a propósito o princípio geral consagrado no artigo 130.º, do Código de Processo Civil, ex vi artigo 4.º, do CP”.⁴⁴

Quanto à prova do facto, e citando, de novo, CASTANHEIRA NEVES⁴⁵, “o objecto de uma determinada apreciação ou qualificação jurídica nunca é o facto puro, o acontecer fáctico em seu carácter imediato, mas uma imagem representativa já performada pela consciência, que se funda em percepções (do próprio julgador ou de outrem) mas que para além disso está já ordenada em categorias e interpretada em conformidade com a experiência. (...) Só é recolhido no relato, e afinal na situação de facto a julgar, aquilo que na opinião do julgador ou relator, apresenta alguma relação com o núcleo do acontecimento e está submetido a uma apreciação jurídica”.

E, ainda, MICHELE TARUFFO⁴⁶: “A função principal do juiz é estabelecer qual de entre as diversas narrativas dos factos é relativamente “melhor”, escolhendo uma das

⁴³ ANTUNES VARELA, “Comunicação à Assembleia Nacional em 26 de Novembro de 1966, *Boletim do Ministério da Justiça*, 161, p.21, nota 1, Comunicação intitulada “Do projecto ao Código Civil” e se destinou à apresentação do diploma publicado na véspera.

⁴⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 18.10.2018, disponível em dgsi.pt

⁴⁵ CASTANHEIRA NEVES, “Distinção entre a Questão-de-Facto e a Questão-de-Direito e a Competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de revista”, *Digesta*, vol. I, pp 483-530, Apud BRITO, Ana Barata de, *Os poderes de cognição das Relações em matéria de facto em processo penal*, Estudo de 2012, disponível em <http://www.tre.mj.pt>.

⁴⁶ MICHELE TARUFFO, “Narrativas Processuais”, *Revista Julgar*, n.º 13, 2011, Coimbra Editora, pp. 131-132, tradução de Nuno Lemos Jorge.

histórias já narradas ou construindo uma outra original, se tiver poder para tal e não estiver convencido por nenhuma das histórias narradas pelas partes. A narrativa apresentada pelo juiz na sua decisão final tem pelo menos três características de relevo: 1) é também ela um acto ilocutório assertivo, sendo constituída por uma série de enunciados que descrevem factos; 2) é neutral e não de uma parte (e não competitiva): o juiz não tem qualquer objectivo particular a prosseguir, a não ser o de proferir uma decisão justa e adequada. Ele não tem qualquer particular interesse pessoal a realizar, nem determinadas pessoas para proteger ou tutelar. A sua posição típica é, nas palavras de Norbert Elias, a do *distacco*: a sua narração dos factos é e deve ser destacada da competição das partes sobre os factos da causa. A função desta narrativa é apenas a de afirmar que alguns factos surgem confirmados de modo objectivo. Por fim, mas com importância, esta narrativa é verdadeira, não apenas no sentido de ter uma pretensão de veracidade, mas porque o juiz afirma que ela é verdadeira com base na confirmação resultante das provas produzidas e valoradas. No contexto do processo um enunciado de facto considera-se verdadeiro quando é confirmado pelas provas: “verdadeiro” equivale a “provado”. Assim, a narrativa apresentada pelo juiz é verdadeira porque as provas demonstraram que é verdadeira”.

Diz GERMANO MARQUES DA SILVA⁴⁷, a prova “é também garantia da realização de um processo justo, de eliminação do arbítrio, quer enquanto a demonstração da realidade dos factos não há-de procurar-se a qualquer preço, mas apenas através de meios lícitos, quer enquanto através da obrigatoriedade de fundamentação das decisões de facto permite a sua fiscalização através dos diversos mecanismos de controlo de que dispõe a sociedade”.

E, ainda, TOMÉ DE CARVALHO, José⁴⁸, “Temos para nós que, no essencial, o bom juiz é aquele que decide bem a matéria de facto e que consegue demonstrar a razão da sua decisão mais do que aquele que deposita decisões prolixas e eruditas. Livre apreciação da prova não se confunde com a resolução de um quadro fáctico com “base

⁴⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, Verbo, Lisboa/São Paulo, 1993, p. 78

⁴⁸ TOMÉ DE CARVALHO, “Breves palavras sobre a fundamentação da matéria de facto no âmbito da decisão final penal no ordenamento jurídico português”, *Julgar*, n.º 21. 2013, Coimbra Editora, pp. 75-87.

num acto de fé” em que prevalece uma visão puramente subjectiva, emocional e imperscrutável do julgador, a qual poderia, em última análise, vir a constituir uma afirmação do arbítrio. Aquilo que importa e é exigível é que o juízo efectuado pelo julgador seja realizado de acordo com as regras da experiência, da lógica, da racionalidade, da probabilidade e da razoabilidade. Isto é, a livre convicção não se associa à inexistência de regras e critérios legais pré- determinados, antes deve «traduzir-se em valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permita ao julgador objectivar a apreciação dos factos”.

Para o tribunal da Relação *cavar a fundo* na prova (no conceito de PAULO DE SOUSA MENDES⁴⁹: “a prova como resultado da atividade probatória do juiz de facto que se expressa na fundamentação da sentença penal”), e criar a sua própria convicção tem, como vimos em CASTANHEIRA NEVES, que procurar uma solução sistémica.

Em primeiro lugar, o recurso da matéria de facto não significa um novo julgamento. Como refere POÇAS, Sérgio⁵⁰“(…) recorre-se de uma decisão que se tem como errada e pretende-se obter uma outra que corrija o erro da decisão recorrida; na verdade, é hoje por todos aceite que o recurso, tal como está consagrado no nosso sistema processual penal, constitui um remédio jurídico para uma concreta decisão e não visa unicamente um melhoramento, um aperfeiçoamento do direito; dito de forma clara: o recurso, tal como está consagrado na lei, tem um fim muito prático: obter uma decisão que corrija o erro cometido pelo tribunal a quo, que se faça justiça no caso”. O que significa que a apreciação do recurso da matéria de facto está limitada aos pontos que constituem o objecto do recurso. Salvo qualquer contradição com o que vier a ser alterado, o que foi acatado da decisão de primeira instância está definitivamente assente, factor essencial para a garantia da *reformatio in pejus*.

Depois, deve sempre preferir-se a documentação da prova produzida em primeira instância. Como diz HELENA MORÃO⁵¹, “pelos seus traços de semelhança com um

⁴⁹ PAULO DE SOUSA MENDES, *Causalidade Complexa e Prova Penal*, Almedina, 2018, p. 30.

⁵⁰ POÇAS, Sérgio, “Processo Penal, Quando o recurso incide sobre a decisão da matéria de facto”... p. 22.

⁵¹ HELENA MORÃO, “Pela Renovação da Prova”, *Anatomia do Crime*, n.º 12, Julho-Dezembro 2020, p. 173.

duplo julgamento e pelos inconvenientes que este revela para a descoberta da verdade material e mesmo para o princípio constitucional *ne bis in idem* (artigo 29.º, n.º 5, da Constituição), a renovação da prova deve ter-se como subsidiária relativamente à alteração da matéria de facto com apoio na documentação da audiência de primeira instância (artigos 412.º, n.º 6).

E, como vimos a propósito dos vícios do art.º 410.º, n.º 2, do CPP, “a renovação da prova prefere à solução do reenvio do processo, presumivelmente mais moroso, devendo realizar-se “se houver razões para crer” que poderá evitá-lo (n.º 1 do artigo 430.º)”.⁵²

Com esta visão sistémica se afasta uma renovação ilimitada da prova produzida no tribunal *a quo*.

Não obstante, e como se verifica pelos acórdãos do TEDH, a intervenção do tribunal de recurso tem que ser aprofundada para se tornar efectiva. Repare-se que, em 2021, em todos os tribunais da Relação, foram interpostos 2183 recursos da matéria de facto, 27 rejeitados liminarmente, 321 procedentes com influência na decisão – apenas 14%, 612 procedentes sem influência na decisão, 1100 improcedentes e 123 estavam por decidir. Estes números demonstram que o recurso da matéria de facto ainda está longe de atingir níveis justificados e razoáveis de procedências.

A este propósito, atentemos à reflexão de ANTÓNIO GAMA⁵³: “A “singularidade” normativa com que a apreciação da prova, em segunda instância, é tratada no atual CPP é contraditória ou incoerente com a fiabilidade que deveria ser exigida a um tribunal que aprecia e avalia prova, tal como sucede com o Tribunal da Relação. Excluído o n.º 6 do artigo 412.º (norma que, de resto, se afigura “pouco plausível” – a descoberta da verdade em segunda instância basta-se com a audição de depoimentos “para além do pedido”?), não encontramos uma qualquer referência a outros efetivos poderes de cognição da Relação. Justificar-se-ia, desde logo, prever poderes de intervenção, p. ex., quando a Relação tenha dúvidas ou, então, careça de esclarecimentos em matéria de

⁵² HELENA MORÃO, “Pela Renovação da Prova”, *Anatomia do Crime...*, p.173.

⁵³ ANTÓNIO GAMA, “A necessidade de reformar o sistema de recursos na ordem jurídica portuguesa”; O sistema de recursos exige reformas?”, *Reforma de sistema de recursos*, Centro de Estudos Judiciários, pp. 85-101.

prova pericial, prova documental ou mesmo testemunhal. Há assim um hiato normativo que urge complementar, concedendo à Relação o poder de “avocar/influir na produção de prova”, quando tal se afigure necessário para a boa decisão da causa, mesmo em julgamento de recurso. Não deixa de impressionar o número de recursos rejeitados por razões formais, ligadas à motivação e às conclusões, e as fortes restrições impostas à procedência de recursos em matéria de facto. (...)”.

Só haverá um efectivo recurso da matéria de facto, no sentido da Relação decidir segundo a sua convicção, se tiver poderes para esclarecer todas as dúvidas sobre a prova produzida, ordenando oficiosamente a renovação da prova, mesmo em sede de impugnação ampla, quando houver dúvidas sobre a credibilidade do depoente ou sobre o sentido do seu depoimento. Como também, e em caso de dúvida fundada sobre a prova realizada, ordenar a produção de novos meios de prova. Como, e finalmente, deve atender a meios de prova supervenientes.

Estes poderes acrescidos não são novidade no sistema jurídico português, já se encontram no artigo 662.º, do Código de Processo Civil.

Mas também, no processo penal, encontramos a renovação de prova em regimes jurídicos próximos do português. Por exemplo, em Itália, no artigo 603.º do *Codice di procedura penale*⁵⁴, e, de forma mais limitadora, no artigo 790.º, n.º 3, da *Ley de*

⁵⁴ 1. Quando una parte, nell'atto di appello o nei motivi presentati a norma dell'articolo 585 comma 4, ha chiesto la riassunzione di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado o l'assunzione di nuove prove(1), il giudice, se ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti, dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale. 2. Se le nuove prove sono sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nei limiti previsti dall'articolo 495 comma 1. 3. La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale è disposta di ufficio se il giudice la ritiene assolutamente necessaria. 3-bis. Nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale. 4. [Il giudice dispone, altresì, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale quando l'imputato, contumace in primo grado, ne fa richiesta e prova di non essere potuto comparire per caso fortuito o forza maggiore o per non avere avuto conoscenza del decreto di citazione, sempre che in tal caso il fatto non sia dovuto a sua colpa, ovvero, quando l'atto di citazione per il giudizio di primo grado è stato notificato mediante consegna al difensore nei casi previsti dagli articoli 159, 161 comma 4 e 169, non si sia sottratto volontariamente alla conoscenza degli atti del procedimento.] 5. Il giudice provvede con ordinanza, nel contraddittorio delle parti. 6. Alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, disposta a norma dei commi precedenti, si procede immediatamente. In caso di impossibilità, il dibattimento è sospeso [477] per un termine non superiore a dieci giorni.

*Enjuiciamiento Criminal*⁵⁵. Já o Código do Processo Alemão (*Strafprozeßordnung – StPO*), no 323.⁵⁶, consagra para crimes menos graves, o que CLAUS ROXIN e BERND SCHÜNEMANN⁵⁷ classificam de “segunda primeira instância”, com acrescidos poderes de audiência.

Aliás, o Código de Processo Penal Português, na nossa perspectiva e sem querer beliscar a separação de poderes⁵⁸, já consagra poderes aos julgadores da audiência de recurso que não têm sido utilizados. Mesmo se aceitando que a renovação da prova, lamentavelmente, apenas é possível no quadro legal português quando são invocados os vícios do artigo 410.º, n.º 2 (cfr. artigo 430.º, n.º 1), o certo é que os artigos 423.º, n.º 5 e

⁵⁵ 3. En el mismo escrito de formalización podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables.

⁵⁶ § 323 1) Für die Vorbereitung der Hauptverhandlung gelten die Vorschriften der §§ 214 und 216 bis 225a. In der Ladung ist der Angeklagte auf die Folgen des Ausbleibens ausdrücklich hinzuweisen. (2) Die Ladung der im ersten Rechtszug vernommenen Zeugen und Sachverständigen kann nur dann unterbleiben, wenn ihre wiederholte Vernehmung zur Aufklärung der Sache nicht erforderlich erscheint. Sofern es erforderlich erscheint, ordnet das Berufungsgericht die Übertragung einer als Tonaufzeichnung zur Akte genommenen Vernehmung gemäß § 273 Abs. 2 Satz 2 in ein Protokoll an. Wer die Übertragung hergestellt hat, versieht diese mit dem Vermerk, dass die Richtigkeit der Übertragung bestätigt wird. Der Staatsanwaltschaft, dem Verteidiger und dem Angeklagten ist eine Abschrift des Protokolls zu erteilen. Der Nachweis der Unrichtigkeit der Übertragung ist zulässig. Das Protokoll kann nach Maßgabe des § 325 verlesen werden. (3) Neue Beweismittel sind zulässig. (4) Bei der Auswahl der zu ladenden Zeugen und Sachverständigen ist auf die von dem Angeklagten zur Rechtfertigung der Berufung benannten Personen Rücksicht zu nehmen. Em inglês: 1) The provisions of sections 214 and 216 to 225 shall apply to the preparation of the main hearing. The summons shall expressly advise the defendant of the consequences of non- appearance. (2) The summoning of the witnesses and experts examined at first instance may be dispensed with only if their repeated examination does not appear to be necessary to clarify the case. If it appears necessary, the appeal court shall order that any audio recording of an examination which was added to the files pursuant to section 273 (2) sentence 2 be transcribed into a record. Whoever produced the transcript shall affix a note confirming the accuracy of the transcript. The public prosecution office, defence counsel and the defendant shall be given a copy of the record. Proof that the transcript is inaccurate shall be admissible. The record may be read out in accordance with the provisions of section 325. (3) New evidence shall be admissible. (4) When selecting the witnesses and experts to be summoned, consideration shall be given to those persons named by the defendant in the grounds for the appeal on fact and law.

⁵⁷ CLAUS ROXIN e BERND SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, Apud HELENA MORÃO, “Pela Renovação da Prova”, *Anatomia do Crime...*, p.185.

⁵⁸ A este propósito, cfr. LUIGI FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011), pp. 15-53: “En sentido asertivo o teórico, la separación es un corolario del principio de legalidad, que, en garantía de la sujeción de los jueces sólo a la ley, impide la derivación del Derecho válido del Derecho (que ellos suponen) justo y, en garantía de la autonomía crítica del punto de vista moral externo al Derecho, la derivación del Derecho justo del Derecho válido, aun cuando conforme a la constitución”.

430.º, n.º 5, mandam aplicar à audiência de recurso as disposições relativas ao julgamento da primeira instância. O que nos traz logo à memória o princípio do inquisitório, a descoberta da verdade material⁵⁹ e o artigo 340.º.

Prosseguindo. Ainda na perspectiva de termos o recurso como um remédio, não podemos, em conformidade, defender a realização de uma audiência obrigatória. Só deverá haver se for requerido pelas partes. Como refere CABRAL BARRETO, Ireneu⁶⁰, “a audiência pública nas instâncias de recurso, quando já se observou esta regra na primeira instância, dependerá das questões a decidir; se as questões a decidir são apenas de direito, um processo escrito mostra-se compatível com as garantias do processo equitativo”.

Distinta é a questão de saber se o arguido deve sempre ser convocado para comparecer. Questão que respondemos afirmativamente. A última palavra em qualquer audiência deve ser sempre a do arguido. É o que diz, por exemplo, o artigo 361.º, sob o título últimas declarações do arguido e encerramento da discussão: Findas as alegações, o presidente pergunta ao arguido se tem mais alguma coisa a alegar em sua defesa, ouvindo-o em tudo o que declarar a bem dela; em seguida o presidente declara encerrada a discussão e o tribunal retira-se para deliberar. Mas constituem ainda direitos do arguido, plasmados no artigo 61.º: a) Estar presente aos actos processuais que directamente lhe disserem respeito; Ser ouvido pelo tribunal ou pelo juiz de instrução sempre que eles devam tomar qualquer decisão que pessoalmente o afecte (61.º b). Na sequência da condenação no caso *Moreira Ferreira c. Portugal* (1), o Estado português comprometeu-se a permitir que um arguido fosse ouvido em audiência por qualquer

⁵⁹ Cfr. MICHELE TARUFFO, “Conocimiento Científico y Estándares de prueba judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVIII, núm. 114, septiembre-diciembre de 2005, pp. 1285-1312: “El problema de la verdad procesal puede ser correctamente reformulado en términos de grados de confirmación probabilista que las pruebas pueden ofrecer a los enunciados sobre los hechos (...) Desde la vertiente de la ciencia, vale la pena subrayar sin implica que no se hable genéricamente de probabilidad para indicar indistintamente todas las situaciones en las que no es posible hablar de certeza o de verdad absolutas, y que se adopte —como ya lo sabían Bacon y Pascal, y como es evidente para cualquier concepción no naïve de la probabilidad— una definición de probabilidad como concepto “de grado” que permita identificar probabilidades “bajas”, “medias” o “elevadas” según las diferentes situaciones, y de qué tanto los enunciados pueden ser atendidos a partir de la información disponible”.

⁶⁰ CABRAL BARRETO, Ireneu, *Direito ao Exame da Causa Publicamente*, disponível em <https://gddc.ministeriopublico.pt>

tribunal de recurso encarregue de se pronunciar sobre a sua culpabilidade ou pena aplicada, tendo o Governo posteriormente indicado que a presidência do Conselho de Ministros tinha proposto alterar o Código de Processo Penal nesse sentido, mas não terá conseguido a sua aprovação na Assembleia da República.

Voltando a CABRAL BARRETO, Ireneu⁶¹: “ Problema distinto, embora conexo, é saber se, quando uma audiência é exigida nas instâncias de recurso, o acusado deve ou não comparecer; em princípio, essa comparência é necessária se o tribunal, na apreciação do recurso, tem de tomar em consideração factores que tocam com a personalidade do acusado, como o seu carácter, o seu estado de espírito na época da prática dos factos bem como a sua motivação”.

Indo mais longe, como dissemos, mesmo numa audiência de recurso apenas para questões de direito, o arguido tem o direito de estar presente, para poder dizer o que lhe aprouver. É a sua culpabilidade e a sanção que estão em causa.

A União Europeia, através da Directiva (UE) 2016/343, do Parlamento Europeu e do Conselho, fundada no direito a um processo equitativo consagrados nos artigos 47.º, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia («Carta»), 6.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), 14.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e 11.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, veio reforçar o direito do arguido estar presente nas audiência em processo penal.

Resta dizer que este direito do arguido deve ser, todavia, facultativo. É convocado, mas a sua ausência injustificada não constitui motivo de adiamento.

Entremos agora na apreciação da composição do tribunal de recurso. Em 2021, dos 7751 recursos decididos nos tribunais da Relação, só 27 foram por maioria, o que é o reflexo que a esmagadora maioria dos recursos era decidida apenas por 2 juízes, quando, nos crimes mais graves, as decisões de primeira instância são de 3 juízes e, se for do

⁶¹ CABRAL BARRETO, Ireneu, *Direito ao Exame da Causa Publicamente*, disponível em <https://gddc.ministeriopublico.pt>.

tribunal de júri, de 7 juízes (3 togados e 4 leigos). Felizmente esta realidade mudou.

O artigo 67.º, n.º 2, da Lei n.º 62/2013, de 26.08.2013 (Lei Orgânica do Sistema Judiciário), estipula que os tribunais da Relação funcionam em plenário e por secções. O art.º 12.º, n.ºs 1 e 2, do CPP, determina que, em matéria penal, o plenário das Relações tem a competência que lhe é atribuída por lei, o que não se verifica em quaisquer processos em que a Relação conhece em primeira instância. A secção é o modo *normal* ou subsidiário de funcionamento dos tribunais da Relação, pelo que, não havendo norma especial a conferir atribuições ao presidente, ao plenário ou mesmo ao relator, resta concluir que a competência para conhecer destes processos é da secção.

Ora, o n.º 3, do art.º 419.º, do CPP, elenca as situações em que o recurso é julgado em conferência: a) Tenha sido apresentada reclamação da decisão sumária prevista no n.º 6 do artigo 417.º; b) A decisão recorrida não conheça, a final, do objecto do processo, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 97.º; ou c) Não tiver sido requerida a realização de audiência e não seja necessário proceder à renovação da prova nos termos do artigo 430.º.

Conferência que, nestes casos, e até 21.03.2022 (entrada em vigor da Lei n.º 94/2021, de 21.12), tinha a composição que consta dos n.ºs 1 e 2 do art.º 419.º: o presidente da secção, o relator e um juiz adjunto, sendo que a discussão é dirigida pelo presidente que, porém, só vota, para desempatar, quando não puder formar-se maioria com os votos do relator e do juiz adjunto.

A lei n.º 94/2021 veio revogar o n.º 2, do art.º 419.º, do CPP, deixando as Relações mergulhadas em enorme confusão. Tal revogação foi um acto legislativo falhado, dando origem a um vazio legislativo quanto às funções do presidente da secção, em particular quando intervém na conferência e colocando-o ao nível de um adjunto.

Felizmente, a revogação do n.º 2, do art.º 419.º, do CPP, está em vias de ser eliminada, pela Proposta de Lei do Governo n.º 3/XV/1, de 12.04.2022, já com aprovação final no Plenário da Assembleia de República, em 08.07.2022, que repõe o regime em vigor até 2007, garantindo, e bem, a composição do tribunal de recurso por três juízes (o relator e dois adjuntos), mostrando-se, deste modo, superada esta insuficiência do

quadro legal português. O n.º 2, do artigo 419.º, consagrará então que a discussão é dirigida pelo presidente, que, porém, só vota, para desempatar, quando não puder formar-se maioria com os votos do relator e dos juízes-adjuntos. O tribunal da Relação tem pelo menos a composição de três juízes, em conformidade com os acórdãos dos tribunais colectivos da primeira instância. Os recursos dos acórdãos de 3 juízes passam a ser decididos por 3 ou 4 (em caso de empate) juízes. Não podíamos estar mais de acordo.

IV - Conclusões

Concluindo, apontamos as seguintes soluções para a problemática apreciada:

- Maior intervenção (no processo penal) da vítima e da comunidade. Nos crimes de pouca gravidade, faz todo o sentido que o MP, a vítima e o arguido, tentem um entendimento, com o juiz a homologá-lo, assim se garantindo uma eficaz reparação do mal com ingerência mínima do poder judicial. Queremos uma segurança democrática, numa sociedade com indivíduos livres que, por vezes, cometem crimes, mas a resolver e a superar dentro de uma comunidade crítica e esclarecida. Nesta justiça por acordo não se coloca a questão do recurso da matéria de facto.

- Nos recursos de acórdãos do tribunal de júri, salvo se se optar por poderes de cassação e não de substituição, a composição do tribunal deve ser mista (com juízes togados e juízes leigos), assim se dando cabal cumprimento ao disposto no art.º 207.º, n.º 1, da Constituição Portuguesa.

- E, finalmente, em matéria de *fair trial* no recurso da matéria de facto, acolhemos a opinião de DAMIÃO DA CUNHA, J. M.⁶², “Uma adaptação do sistema interno de recurso às exigências do “justo processo”, segundo os cânones da CEDH e do TEDH, só será exequível através de uma reforma, em particular no âmbito das audiências e julgamentos de recurso. Com efeito, o que estará em causa, nesta dimensão europeia, é exigir, na audiência de julgamento de recurso, o respeito pelos princípios da audiência

⁶² DAMIÃO da CUNHA, J. M., “Recursos na Área Penal – a Perspetiva Académica”, *Reforma de sistema de recursos*, Centro de Estudos Judiciários, pp. 73-84.

(de 1.^a instância), tal qual estão consagrados no artigo 6.º, n.º 3, da CEDH; ou seja, e tomando como exemplo o caso do recurso de apelação: será exigida, assim nos parece, a produção pública e contraditória de prova (seja com base na audição/visualização, nessas condições, das gravações, seja então por renovação de prova ou por ato equivalente do tribunal, mesmo quando a apreciação da prova esteja limitada ou dependente de prévia pontualização, como sucede no direito português), o direito de presença do arguido e o seu direito de se dirigir pessoalmente ao tribunal; consequentemente, um modelo de audiência e de poderes do tribunal de recurso com conformação diversa daquela que enforma o atual sistema”. ~

Bibliografia

ANGELINI, Roberto, *Julgar*, n.º 19, 2013, pp. 221 a 229.

ANTÓNIO GAMA, “A necessidade de reformar o sistema de recursos na ordem jurídica portuguesa”; O sistema de recursos exige reformas?”, *Reforma de sistema de recursos*, Centro de Estudos Judiciários, pp. 85-101.

ANTUNES, Maria João, et al., “Garantia Constitucional de julgamento pelo Júri e recurso de apelação”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, a. 145, n.3999 (Jul.-Ago. 2016), pp. 316- 329

ANTUNES VARELA, “Comunicação à Assembleia Nacional em 26 de Novembro de 1966, *Boletim do Ministério da Justiça*, 161, p.21, nota 1, Comunicação intitulada “Do projecto ao Código Civil” e se destinou à apresentação do diploma publicado na véspera

BARREIROS, José António, “As instituições criminais em Portugal no século xix: subsídios para a sua história, *Análise Social*, Vol. XVI (639), 1980 – 3.º, pp. 578 a 612

BRITO, Ana Maria Barata de, *Os poderes de cognição das Relações em matéria de facto em processo penal*, Estudo de 2012, disponível em <http://www.tre.mj.pt>

CABRAL BARRETO, Ireneu, *A Convenção Europeia dos Direitos dos Homem*, Anotada, Almedina, Junho de 1995, pp. 164, 194 e 201-202

CABRAL BARRETO, Ireneu, *Direito ao Exame da Causa Publicamente*, disponível em <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/cons-europa-conv-dh-irineu-cbarreto.pdf>

CASTANHEIRA NEVES, “Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais”, *Studia Jurídica*, Reimpressão, pp. 155-157

DAMIÃO DA CUNHA, j. M., “Recursos na Área Penal – a Perspetiva Académica”, *Reforma de sistema de recursos*, Centro de Estudos Judiciários, pp. 73-84.

ESCUDEIRO, Maria João Simões, *Procedimentos criminais internacionais*, Abril de 2013, disponível em <https://repositorio.ucp.pt>

FIGUEIREDO DIAS, *Acordos sobre a sentença em processo penal*, em edição do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coleção Virar de Página, Greca, 2011.

GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, Verbo, Lisboa/São Paulo, 1993

GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, III, 2000, Editora Verbo

GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª edição revista, p.415

HELENA MORÃO, “Pela Renovação da Prova”, *Anatomia do Crime*, n.º 12, Julho-Dezembro 2020, pp. 171-195

JORGE MIRANDA, MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2005, Tomo I, p.192

LUIGI FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011), pp. 15-53

MICHELE TARUFFO, “Conocimiento Científico y Estándares de prueba judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVIII, núm. 114, septiembre-diciembre de 2005, pp. 1285-1312

MICHELE TARUFFO, “Narrativas Processuais”, *Revista Julgar*, n.º 13, 2011, Coimbra Editora, pp. 131-132, tradução de Nuno Lemos Jorge.

NICKEL, James W, *Making Sense of Human Rights*, 2.ª edição, Blackwells, 2006

PAULO BARRETO, Sob o título “Justiça Cível e Justiça Criminal”, *Revista Julgar*, Número Especial, Coimbra Editora, 2012, pp. 173-177

PAULO DE SOUSA MENDES, *Causalidade Complexa e Prova Penal*, Almedina, 2018

PINTO, Frederico Costa, *Direito Processual Penal*, Universidade Nova de Lisboa, 2017/2018

POÇAS, Sérgio, “Recurso da matéria de facto”, *Revista Julgar*, nº 10, 2010, pp. 21-37

RAPOZA, Phillip, *Julgar*, n.º 19, 2013, p. 207-229

TOMÉ DE CARVALHO, “Breves palavras sobre a fundamentação da matéria de facto no âmbito da decisão final penal no ordenamento jurídico português”, *Julgar*, n.º 21, 2013, Coimbra Editora, pp. 75-87

VAZ, Manuel Afonso e BOTELHO, Catarina Santos, “ Algumas Reflexões sobre o artigo 6.º da convenção europeia dos direitos do homem – Direito a um processo equitativo e a uma decisão num prazo razoável”, *e-Pública*, Vol. 3, N.º 1, Abril 2016, p. 230-242

Jurisprudência

Tribunal Constitucional

Acórdão n.º 417/2018, 09.08.2018, disponível em tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão de 12.11.1998, *Boletim do Ministério da Justiça*, 481, p. 325
Acórdão de 09.12.1998, *Boletim do Ministério da Justiça*, 482, p. 68
Acórdão de 21.06.2007, disponível em dgsi.pt.

Acórdão de 18.10.2018, disponível em dgsi.pt
Acórdão de 26.06.2019, disponível em dgsi.pt.

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Acórdão de 13.11.2008, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>
Acórdão de 05.07.2011, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>
Acórdão de 18.09.2012, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>
Acórdão de 08.09.2014, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>
Acórdão de 08.09.2014, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>
Acórdão de 11.07.2017, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>
Acórdão de 09.02.2018, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>
Acórdão de 26.06.2018, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>
Acórdão de 13.11.2018, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>
Acórdão de 14.03.2019, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>
Acórdão de 18.06.2019, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>
Acórdão de 30.06.2020, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>

20.10.2021, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>