

PROCESSO PENAL QUANDO O RECURSO INCIDE SOBRE A DECISÃO DA MATÉRIA DE FACTO

SÉRGIO GONÇALVES POÇAS

Aliena vitia in oculis habemus, a tergo nostra sunt
(De Ira, Séneca, 2,28,8)

O autor analisa de forma directa e precisa os requisitos da motivação do recurso sobre a matéria de facto. Nessa tarefa condensa e responde às seguintes questões: Em que consiste e como deve ser feita a motivação? Quais os requisitos da motivação de recurso quando o recorrente invoca os vícios do artigo 410.º, n.º 2? Quais os requisitos quando o recorrente impugna a decisão proferida sobre a matéria de facto? Quais os limites, âmbito e motivação do Tribunal da Relação na apreciação da matéria de facto? Concluindo que 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 e para isso importa “reflectir sobre *como fazer* para que não seja por razões formais que o recurso seja decidido, mas porque se dá razão a quem a tem”.

I — INTRODUÇÃO

O Direito real e efectivo ao recurso é um elemento estruturante do Estado de Direito Democrático.

De facto só se pode falar em Estado de Direito quando o cidadão tem direito a que a sua causa seja reapreciada por um outro tribunal — por um tribunal superior.

E porque assim é, a Constituição da República Portuguesa (artigo 32.º), inclui expressamente o direito ao recurso nas garantias de defesa asseguradas no processo penal.

Finalmente este duplo grau de jurisdição, constitucionalmente consagrado, comprehende tanto o recurso sobre a matéria de facto como o recurso sobre a matéria de direito¹

¹ Hoje é pacífico na doutrina e jurisprudência que o direito ao recurso, constitucionalmente consagrado, comprehende tanto o recurso sobre a matéria de direito como o recurso sobre a matéria de facto. O que se continua a discutir é a amplitude e o modo de efectivação do recurso da decisão proferida sobre a matéria de facto. Assim e nomeadamente Maria João

A questão é: quando se recorre, recorre-se de quê e para quê?

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 direito².

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.

É fundamental ter esta noção presente para se perceber toda a disciplina do recurso, designadamente os requisitos da motivação, como adiante melhor se verá.

(Um parêntesis necessário:

Neste nosso modesto trabalho, ocupar-nos-emos essencialmente da impugnação da decisão proferida sobre a matéria de facto.

Realmente é nesta matéria que a discussão é mais dura e repetida no quotidiano dos tribunais. Não raro, ainda que o recurso incida apenas sobre matéria de direito, surge o *desabafo* sobre a decisão da matéria de facto, sobre o errado, na perspectiva do recorrente, desta decisão.

Será uma abordagem eminentemente prática que de algum modo possa contribuir para *realização efectiva* deste recurso, seja pelos tribunais, seja pelos recorrentes. Um trabalho que de alguma maneira possa ajudar a quem tem razão seja capaz de demonstrar a razão que tem e que o tribunal reconheça essa razão.

Ao fim e ao cabo, reflectir sobre **como fazer** para que não seja por razões formais que o recurso seja decidido, mas porque se dá razão a quem a tem. Enfim, que a decisão final seja a decisão justa).

II — DA MOTIVAÇÃO DO RECURSO SOBRE A MATÉRIA DE FACTO

1. De que falamos quando falamos da motivação do recurso?

Falamos do essencial.

Antunes, Nuno Brandão e Sónia Fidalgo defendem que «o direito ao recurso enquanto garantia de defesa do arguido é suficientemente tutelado através da consagração de grau único de recurso e da dupla jurisdição em matéria de facto segundo o modelo de revista alargada quando estão em causa acórdãos de tribunais colegiais» RPCC, Ano 15, n.º 4, pág. 609 e segs. (sublinhado nosso).

No entanto, como se verá, não constitui objecto deste trabalho discutir a *bondade* do actual regime do recurso sobre a matéria de facto. De facto, pretendemos tão-somente reflectir sobre os *caminhos certos* de intervenção no **concreto**, quer dos sujeitos processuais, quer do tribunal de recurso.

² Neste sentido, entre outros, Cunha Rodrigues, *Jornadas de Direito Processual Penal — O Novo Código de Processo Penal*, págs. 385 a 387, e Simas Santos e Leal Henriques, *Recursos em Processo Penal*, págs. 15 a 17.

Como se sabe, tal como a acusação marca muitas das vezes o destino do julgamento, a motivação — no seu recorte técnico-jurídico — traça, de modo por vezes *irremediável*, o destino do recurso.

É assim fundamental que o recorrente, tendo presente a natureza e a finalidade do recurso, cumpra a disciplina processual prevista para a motivação, sob pena de poder contribuir, decisivamente, para que lhe não seja reconhecida razão, **ainda que a tenha**.

Então em que consiste e como deve ser **feita** a motivação?

Em primeiro lugar, vejamos as palavras da lei, onde sempre devemos regressar.

Diz o n.º 1 do artigo 412.º do CPP³:

A motivação enuncia especificadamente os fundamentos do recurso e termina pela formulação de conclusões deduzidas por artigos, em que o recorrente resume as razões do pedido.

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 — como adiante melhor se verá.

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*.

Sejamos 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**.

Mas se a motivação, é do que falamos, é um *todo*, é no entanto verdade que nela se distinguem formal e **substancialmente as conclusões**.

Com efeito, de acordo com o preceito acima referido e pela própria natureza das coisas, as conclusões — porque então não seriam conclusões — não podem ser uma **reprodução mais ou menos fiel** do corpo motivador, mas sim, constituírem a **síntese essencial** dos fundamentos do recurso.

Claramente: de modo enxuto e nítido, as **conclusões** devem dizer em argumentos secos, as razões definitivas da discordância expostas na motivação, no seu arrazoado.

³ Doravante, sempre que o contrário não seja dito, os preceitos legais indicados referem-se ao Código de Processo Penal.

Cometerá, assim, grave erro o recorrente que depois de expor os fundamentos no *corpo motivador*, depois se esquece deles nas conclusões; mas erro igualmente grave ocorre quando o recorrente apresenta fundamentação nas conclusões que não tratou de modo nenhum na motivação.

Como se disse, as conclusões (deduzidas por **artigos**, nas palavras da lei) não trazem nada de **novo**; os **fundamentos** têm de estar no *corpo motivador* e são aqueles e só aqueles que são **resumidos** nas **conclusões**.

E porque assim é, está pacificamente aceite na doutrina e jurisprudência que sem prejuízo do conhecimento oficioso que em determinados casos se impõe ao Tribunal, são as conclusões que delimitam o **objecto** e âmbito do recurso. E não podia ser de outra maneira.

De facto, se o **objecto** do recurso constitui o **assunto** colocado à apreciação do Tribunal; se das conclusões **obrigatoriamente** devem constar, se bem que resumidos, os fundamentos de facto e de direito do recurso, **necessariamente** teriam de ser as conclusões que delimitam o objecto e o âmbito do recurso.

Finalmente e ao contrário do que por vezes se vê, as conclusões não são a formulação de qualquer pedido dirigido ao tribunal de recurso, mas como se disse, um resumo dos **fundamentos** do recurso que se querem ver apreciados pelo tribunal *ad quem*, que é coisa substancialmente distinta, ou seja, não o pedido, mas as **razões** do pedido.

Dito com a limpidez das coisas simples: as conclusões são a síntese *madura* da motivação, o *sumo* dos fundamentos do recurso.

2. Feita esta curta análise sobre a motivação em termos genéricos, antes de avançarmos sobre os **concretos e acrescidos requisitos da motivação do recurso da decisão proferida sobre a matéria de facto**, impõe-se abordar uma questão do quotidiano judiciário — de uma distinção que devia ser clara na motivação de recurso (e na decisão do recurso, diga-se) e por vezes não é.

Explicitando:

É verdade que a chamada *revista alargada toca* à decisão da matéria de facto — uma **impugnação restrita** da matéria de facto —, mas não é a impugnação **ampla** da matéria de facto, se quisermos, a *verdadeira* impugnação da matéria de facto, conforme o artigo 412.º, n.º 3.

Sobre esta distinção não podem subsistir dúvidas.

O recorrente não pode misturar/*confundir* a invocação dos vícios previstos nas alíneas do n.º 2 do artigo 410.º com os requisitos da impugnação da matéria de facto a que se refere o n.º 3 e respectivas alíneas e o n.º 4 do artigo 412.º: trata-se de institutos distintos com natureza e **consequências** distintas.

Como se sabe, os vícios previstos no mencionado artigo 410.º — como é expresso na norma — devem resultar do **texto da decisão** recorrida, por si só ou conjugada com as regras da experiência e aí se ficam; a impugna-

ção ampla da decisão da matéria de facto cava fundo na apreciação da prova. Aqui o recorrente vai além do texto da decisão, debruça-se sobre a prova produzida em 1.^a instância, nos termos que mais à frente melhor se analisarão.

Se é verdade que a existência de um ou mais vícios do artigo 410.^º nos *diz algo* do errado da decisão da matéria de facto, o facto de se não se verificar nenhum daqueles vícios, como é evidente, não garante, de modo nenhum, que a matéria de facto haja sido bem julgada.

Na verdade, pode não existir nenhum dos vícios previstos no n.^º 2 do artigo 410.^º e no entanto a prova ter sido mal apreciada — haver um verdadeiro erro de julgamento. Ora se assim é, e é, na motivação do recurso não pode existir confusão nem mistura entre a invocação dos vícios do n.^º 2 do artigo 410.^º e a impugnação da decisão da matéria de facto, nos termos do artigo 412.^º, n.^ºs 3 e 4.

Como mais à frente melhor veremos, podem coexistir a invocação dos vícios do n.^º 2 do artigo 410.^º e a impugnação de acordo com o citado artigo 412.^º, n.^º 3, e pode existir uma sem a outra. Ou seja, o recorrente pode *atacar* a decisão invocando os vícios do artigo 410.^º e também impugnar a decisão da matéria de facto de acordo com o artigo 412.^º, n.^º 3, ou pode utilizar uma só das *armas*.

É evidente, como se explicitará, o tribunal de recurso deve igualmente ser claro quando está a conhecer (da existência ou não) dos vícios do artigo 410.^º, n.^º 2, e quando está a conhecer da impugnação ampla da matéria de facto, nos termos do artigo 412.^º, n.^º 3.

Pela sua natureza e finalidades, estas apreciações, se *vizinhas*, não se confundem uma com a outra.

3. Dos requisitos da motivação de recurso quando o recorrente invoca um ou mais vícios do artigo 410.^º, n.^º 2.

Aqui o recorrente no *corpo motivador* e nas **conclusões**, no respeito das respectivas **especificidades**, já assinaladas, deve identificar devidamente aqueles vícios ou alguns deles no **texto da decisão**, que é disso que se trata

Mas vejamos cada um deles.

3.1. Do vício do artigo 410.^º, n.^º 2, al. a) — insuficiência para a decisão da matéria de facto provada.

Se o recorrente alega este vício — partindo **necessariamente** da análise do **texto da decisão** — deve **especificar os factos** que em seu entender era necessário — para a decisão justa que devia ser proferida — que o tribunal *a quo* tivesse indagado e conhecido e não indagou e consequentemente não conheceu, podendo e devendo fazê-lo.

Assim, num discurso **argumentativo**, encorpado e completo, mas ao mesmo simples e claro, o recorrente deve procurar convencer o tribunal de recurso que **faltam** factos (**identificando-os**) **necessários** (fundamentando esta necessidade, nomeadamente invocando as **normas jurídicas** pertinen-

tes) para a decisão e que não foi levada a cabo indagação a respeito deles, quando (fundamentando) podia e devia ser feita.

Como se disse acima, estes fundamentos de facto e de direito, se devem constar no arrazoado do *corpo motivador*, devem depois ser resumidos, nos ternos já expostos, nas conclusões, (deduzidas por artigos, nas palavras da lei).

Vejamos dois casos onde a questão deste vício se colocaria.

a) O arguido foi acusado pela prática de um crime de homicídio doloso, na modalidade de dolo directo. O tribunal dá como não provados os factos integradores daquela modalidade de dolo e sem mais, absolve o arguido por falta de prova dos factos relativos ao tipo subjectivo de ilícito (e não se está aqui e agora a analisar se o tribunal julgou bem ou mal ao não dar como provados aqueles factos).

No caso, manifestamente, houve uma clara **insuficiência** para a decisão da matéria de facto provada, ou seja, verificou-se o vício previsto na al. a) do n.º 2 do artigo 410.º que temos vindo a tratar. De facto, estando o arguido acusado pela prática de um crime doloso, ao tribunal impunha-se a indagação em primeiro lugar dos factos integradores da modalidade de dolo necessário e depois, de acordo com a prova que resultasse, avançaria ou não para a indagação dos factos integradores na modalidade de dolo eventual e decidiria em conformidade.

Como é evidente, no caso descrito, a indagação necessária não se traduzia em qualquer alteração do **objecto** do processo, isto sem prejuízo da eventual necessidade da comunicação a que se refere o artigo 358.º, n.º 1 — alteração não substancial dos factos.

b) O Tribunal aplica uma pena de multa e fixa a taxa diária em 25 €.

Na matéria de facto provada nada consta sobre as condições pessoais do agente e sua situação económica, designadamente nada se sabe sobre a sua situação familiar, se tem ou não profissão, se está ou não empregado, se tem ou não encargos pessoais.

Ora o conhecimento desta matéria era essencial para se poder afirmar se o montante de 25 € está ou não conforme com o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, e 47.º, n.º 2, do Código Penal.

Sendo as coisas assim, se do texto da decisão não resultar que o tribunal tenha feito qualquer **indagação** sobre aquela matéria, e se ainda do mesmo texto, designadamente da motivação da decisão da matéria de facto, não se mostrar que tal indagação não fosse **plausível** de fazer, é manifesto que se verificaria o vício da insuficiência que analisamos: os factos provados são insuficientes para a aplicação da pena adequada, justa.

De facto, o tribunal não teria feito a **indagação** que podia e devia para averiguar da real situação económica e encargos pessoais do agente e este factos — que faltam — eram essenciais à **decisão** sobre a pena de multa, designadamente a taxa diária aplicada.

3.1.1. Importa ter presente que a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada não se confunde, como não raras vezes se vê alegado,

com a insuficiência da prova para os factos que erradamente, segundo o recorrente, foram dados como provados.

Se na primeira, se critica o tribunal por não ter indagado (e depois conhecido) os factos que podia e devia, tendo em vista a decisão justa a proferir, de acordo com o objecto do processo, retenha-se; na segunda, censura-se a errada apreciação da prova levada a cabo pelo tribunal: teriam sido dados como provados factos sem prova para tal.

Como é evidente, esta segunda questão tem a ver com a impugnação da matéria de facto nos termos do artigo 412.º, n.º 3, com a reapreciação da prova e não com a verificação dos vícios do artigo 410.º, n.º 2, que hão-de ser inequivocamente visíveis no texto da decisão, sem recurso a quaisquer provas documentadas, como se sabe.

Como também nada tem a ver com o vício da insuficiência que analisamos, como erroneamente por vezes se vê nomeado, quando o recorrente enumera uma série de factos que foram dados como não provados e que na sua perspectiva deviam ser dados como provados (*há insuficiência de factos provados, alega*).

Parece clara a confusão: verdadeiramente, o que o recorrente não aceita é a apreciação da prova levada a cabo pelo tribunal. Ostensivamente, a questão nada tem a ver com o vício do artigo 410.º que curamos, mas com a impugnação da matéria de facto nos termos do artigo 412.º, n.º 3, como resulta claro, julgamos, do que temos vindo a expor.

Finalmente, mas não é o menos importante: sob a ilícita protecção do vício da insuficiência que temos vindo a tratar, nunca pode surgir a *criação* de um processo novo, um remédio para uma acusação inepta, por exemplo.

Explicitando: a mais ampla e possível indagação da matéria de facto (sem prejuízo das situações contempladas nos artigos 358.º e 359.º) tem de ser sempre no respeito da estrutura acusatória do processo, sempre no respeito do **objecto** do processo. Do que se trata é de indagar e conhecer de toda a matéria necessária àquele processo, com um **determinado objecto**, para uma **decisão justa** e não um *outro* processo.

Concluindo: o recorrente quando alega este vício não pode pretender a subversão do processo; não pode querer *outro* julgamento de um *outro* processo.

À sombra deste instituto, o recorrente não pode pretender ver corrigidos erros seus, quiçá irremediavelmente cometidos, mas pode e deve pretender um julgamento com o **objecto** bem definido onde tudo o que pode e deve ser indagado, deve sê-lo.

Nunca *sob a capa* deste instituto se poderia permitir uma investigação que subvertesse o princípio da vinculação temática do tribunal.

3.2. Do vício do artigo 410.º, n.º 2, al. b) — da contradição insanável da fundamentação ou entre a fundamentação e a decisão.

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.

Como se sabe, a contradição insanável (nos termos desenhados no preceito) tanto pode existir na **motivação** da decisão da matéria de facto como na própria **decisão** da matéria de facto.

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.

Na verdade, se dois depoimentos são completamente contrários sobre um determinado facto, há manifesta contradição se o tribunal dá como provado esse facto invocando precisamente e só esses dois depoimentos.

Como também parece haver clara contradição quando a motivação num raciocínio lógico conduz precisamente ao contrário do que se decidiu.

Por outro lado são casos flagrantes de contradição na decisão da matéria de facto:

- a) dar como provados dois factos totalmente incompatíveis entre si; por exemplo, dar como provado que o embate ocorreu na faixa esquerda, sentido N/S, e dar como provado que o embate ocorreu na faixa direita, sentido N/S;
- b) dar como provado e como não provado o mesmo facto; por exemplo dar como provado que o embate se deu na faixa esquerda, sentido N/S, e dar como não provado que o mesmo acidente se deu na faixa esquerda, sentido N/S.

Como resulta da norma, para que o vício se verifique, a contradição tem de 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 qualquer contradição no texto da decisão não quer dizer que se esteja necessariamente logo em presença do vício previsto no artigo 410.º, n.º 2, al. b).

Finalmente importa, uma vez mais, alertar o recorrente para a necessidade de produzir uma alegação **precisa** (**e ainda mais precisa nas conclusões**) que vise 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 formulações genéricas, *inconformadas*, que *nada* fundamentam e é isto que está em causa), como por exemplo: *há contradição na matéria de facto*, *há contradições entre os factos provados e não provados*. Não, como se vem dizendo, o recorrente está onerado a identificar clara e precisamente a factualidade em que se materializa a contradição que invoca.

3.2.1. Ao contrário do que por vezes se vê, quando o tribunal *a quo* faz uma qualificação jurídica desadequada, relativamente à matéria de facto fixada, não está aqui em causa qualquer contradição do artigo 410.º, n.º 2, al. b), mas sim um erro de direito, um erro de enquadramento jurídico.

Assim se v. g. o tribunal a quo estando provados factos que levariam, no enquadramento jurídico correcto, à prática do crime de furto e o tribunal erradamente qualificou como crime de abuso de confiança, não se pode falar da contradição a que se refere o artigo 410.º que tratamos, mas de erro de enquadramento jurídico.

Quando o recorrente entende que a pena aplicada está em *contradição* com a matéria de facto dada como provada, normalmente não é a contradição do artigo 410.º que se verificará, mas uma errada ponderação dos artigos 40.º, 70.º e 71.º do Código Penal, um erro de direito, mas não o vício de contradição de que falamos.

3.3. Do vício do artigo 410.º, n.º 2, al. c) — do erro notório na apreciação da prova.

Se o recorrente alega (no *corpo motivador* e depois nas conclusões com as respectivas especificidades, insiste-se) a existência do **erro notório na apreciação da prova** deve **especificar no texto da decisão, sem recurso a prova documentada**, os factos que foram dados como provados ou não provados (se é este o caso) em que se consubstancia tal erro.

3.3.1. (Um parêntesis necessário:

Não raras vezes, erroneamente é certo, o recorrente alega a existência de erro notório na apreciação da prova, referindo expressamente a norma do artigo 410.º, n.º 2, al. c), quando **verdadeiramente**, como resulta do corpo da motivação e das conclusões, não é isso que pretende invocar. De facto, não é o vício do 410.º que entende que se verifica; o que o recorrente alega, às vezes de forma *canhestra*, mergulhando na análise dos depoimentos e de outras provas, é que a apreciação da prova é manifestamente errada. Mas isto é uma realidade que se não confunde com o erro notório na apreciação da prova.

Dito com palavras claras: a apreciação errada da prova não é logo caso de erro notório na apreciação da prova de que cuida a lei — aquela errada apreciação pode-se não evidenciar, e normalmente não se evidencia, no texto da decisão.

Claro que se o recorrente invoca o vício do erro notório do artigo 410.º, e este se não verifica, o tribunal deve declará-lo. Mas se apesar do recorrente, *tacanhamente*, para além de *falar levianamente* no artigo 410.º, cumpre os requisitos do artigo 412.º, n.os 1, 3 e 4, então o tribunal deve apreciar o pedido de impugnação amplo da matéria de facto.

Agora o que não será correcto é pelo facto de o tribunal de recurso concluir, bem, que se não verifica aquele vício (erro notório na apreciação da prova) *arrume* logo a questão, sem verificar se estão reunidos os requisitos para a apreciação que o recorrente **verdadeiramente** quer e claramente fundamentou: a impugnação ampla da matéria de facto.)

Retomando:

O erro notório é **o erro que se vê logo**, que ressalta evidente da análise do texto da decisão por si só ou conjugada com as regras da experiência.

Na verdade como é jurisprudência pacífica⁴ só há erro notório na apreciação da prova quando for de tal modo evidente que não passa despercebido ao comum dos observadores e resulta do próprio texto da decisão.

O recorrente deverá atentar bem na questão que ora nos ocupa, porque, embora muito invocado nos tribunais, verdadeiramente o erro notório na apreciação da prova (tal como é *desenhado* na lei) raramente se verifica. Naturalmente.

Sejamos claros: se o *erro notório* é logo detectado pelo observador comum, como é que o julgador, **necessariamente atento**, por força do exercício da função, não haveria de ver um *erro que se vê logo*?

E concluía: o eventual erro na apreciação da prova normalmente nunca emerge como erro notório na apreciação da prova (tal como o instituto está previsto no n.º 2 do artigo 410.º). Assim, quando o recorrente entende que a prova foi mal apreciada deve proceder à impugnação da decisão sobre a matéria de facto conforme o artigo 412.º, n.º 3, e não agarrar-se ao vício do erro notório.

4. Quando o recorrente impugna a decisão proferida sobre a matéria de facto — **dos requisitos acrescidos e específicos da motivação.**

(Importa ter presente tudo quanto acima foi escrito sobre os requisitos **gerais** da motivação e conclusões por ter aqui inteira aplicação, como é evidente.)

Vejamos em primeiro lugar a lei, como sempre se deve.

Dispõe o n.º 3, do artigo 412.º:

Quando impugne a decisão proferida sobre a matéria de facto, o recorrente deve especificar:

- a) Os concretos pontos de facto que considera incorrectamente julgados;
- b) As concretas provas que impõem decisão diversa da recorrida;
- c) As provas que devem ser renovadas.

Dispõe o n.º 4 do mesmo preceito:

Quando as provas tenham sido gravadas, as especificações previstas nas alíneas b), e c) do número anterior fazem-se por referência ao consignado na acta, nos termos no disposto no n.º 2 do artigo 364.º, devendo o recorrente indicar concretamente as passagens em que se funda a impugnação.

⁴ Entre muitos outros, Acs. do STJ de 14-03-2002, Processo n.º 361/01-5.^a; de 18-03-2004, Processo n.º 03P3566; de 19/07/2006, Processo n.º 1932/06-3.^a

Como todos estaremos de acordo, das normas citadas, resulta evidente um especial dever de especificação imposto ao recorrente⁵, especial dever este que é consequência lógica da natureza e **objecto** do recurso previsto na lei.

Um recurso, que, como se sabe, não constitui uma impugnação *sem fronteiras* da matéria de facto na 2.^a instância, mas que se traduz apenas numa “intervenção cirúrgica” do Tribunal da Relação. Intervenção esta, no sentido de indagar se houve erro de julgamento, corrigindo-o, se for caso disso, nos *concretos pontos de facto*, devidamente identificados pelo recorrente.

É assim claro que a *especificação dos concretos pontos de facto* se assume como elemento fundamental na delimitação do objecto do recurso. De facto, dado o sistema instituído, sem aquela especificação, a Relação estava impossibilitada de conhecer do recurso, uma vez não estava definido o **objecto** deste⁶.

Em primeiro lugar e tendo em atenção o que fica exposto, o recorrente no **corpo motivador** e depois nas **conclusões** — com as **especificidades próprias**, acima assinaladas — deve especificar, isto é, identificar devidamente, **os concretos pontos de facto que considera incorrectamente julgados**⁷.

Como todos estaremos de acordo, esta questão é nuclear.

Como o tribunal de recurso não vai *rever a causa*, mas, como vimos, apenas pronunciar-se sobre os concretos pontos impugnados, é absolutamente necessário que o recorrente nesta **especificação seja claro e completo**.

De facto, não podem ficar dúvidas sobre quais os *concretos pontos de facto* que o recorrente *considera incorrectamente julgados*.

Assim nesta **especificação — as palavras valem** — serão totalmente inconsequentes considerações genéricas de *inconformismo* sobre a decisão.

Por exemplo, quando se alega que «*o tribunal apreciou erradamente a prova, que as testemunhas nada disseram de relevante sobre os factos, que o tribunal deu como provados os factos sem prova*», tudo isto pode ser verdade, mas o recorrente, se ficar por este discurso, de modo nenhum, está a dar cumprimento, como está onerado, ao disposto na al. a) do n.^º 3 do artigo 412.^º

⁵ Importa deixar aqui claramente dito que o Ministério Público está onerado ao cumprimento dos requisitos do artigo 412.^º, n.^{os} 3 e 4, à semelhança dos demais recorrentes.

⁶ «A delimitação precisa dos pontos de facto controvertidos constitui um elemento determinante na definição do objecto do recurso em matéria de facto, e para a consequente intervenção do tribunal de recurso». Ac do STJ de 23-05-07 (www.dgsipt).

⁷ Embora a lei não seja clara, parece-nos líquido que as especificações previstas no artigo 412.^º, n.^{os} 3 e 4, devem constar, no respeito das respectivas especificidades, seja no arrazoado da motivação, seja nas conclusões. Como se disse acima (II), as conclusões não trazem nada de **novo**. Os **fundamentos** têm de estar no **corpo motivador** e são aqueles e só aqueles que são **resumidos** nas **conclusões**.

Este entendimento sai reforçado, salvo melhor opinião, face ao disposto no artigo 417.^º, n.^º 3. Desta norma, é inequívoco que as especificações do artigo 412.^º, n.^{os} 3 e 4, devem constar nas conclusões. Ora se as conclusões resumem os fundamentos da motivação, parece óbvio que aquela matéria deve constar também no arrazoado da motivação.

Na verdade, é preciso que o recorrente **identifique devidamente** o facto, **o ponto de facto**, que foi dado como provado, se é o caso, e não devia tê-lo sido, na sua perspectiva, como é óbvio.

Assim se, v. g. o tribunal *a quo* deu como provado no ponto 2 da matéria de facto (provada) que «*o arguido tinha no bolso do casaco 20 gramas de heroína*», se o recorrente entende que este facto foi incorrectamente julgado (que deveria ter sido dado como não provado), tem, no mínimo, de dizer clara e expressamente sob o título de «*Pontos de facto incorrectamente julgados*»:

1. Toda a factualidade descrita no ponto 2 da matéria de facto provada.

(Isto, se não transcrever aquela factualidade).

Em segundo lugar, o recorrente deve especificar **as concretas provas que impõem decisão diversa da recorrida**.

O recorrente, tratando-se de prova testemunhal (outra pode ser, como é óbvio) deve identificar as testemunhas cujos depoimentos, no seu entendimento, e relativamente ao *concreto ponto de facto* em questão, impõem decisão diversa (importa reter as considerações feitas sobre a motivação e as conclusões no ponto anterior).

Mas não basta identificar as testemunhas; o recorrente deve ainda indicar concretamente as **passagens** dos depoimentos dessas testemunhas em que se funda a impugnação — artigo 412.º, n.º 4.

Aqui surgem dificuldades acrescidas uma vez que o sistema actual de gravação não corresponde à redacção do artigo 364.º, n.º 2, para o que remete o mencionado artigo 412.º, n.º 4. De facto, no actual sistema de gravação, em regra, não fica consignado na acta o início e o termo da gravação de cada declaração, como refere o referido artigo 364.º, n.º 2.

Como pode então o recorrente indicar as passagens do depoimento, como está onerado?

Face à dissonância entre o legislado e os processos técnicos de gravação, e tendo em atenção a razão de ser da norma, afigura-se-nos que o modo **mais adequado** de proceder à indicação das passagens será este:

O recorrente dirá: *a passagem do depoimento da testemunha A. que vai do minuto 5.º ao minuto 20.º da gravação efectuada em CD pelo tribunal.*

Tal procedimento, por um lado, identifica claramente a parte do depoimento que o recorrente quer que o tribunal ouça e aprecie; pelo outro, permite (ao tribunal de recurso) uma fácil localização da passagem indicada.

Mas face à dissonância acima referida, será ainda de admitir como indicação válida das passagens quando o recorrente expressamente transcreve (diz o que a testemunha disse), a **passagem** do depoimento que tem como relevante ou ainda quando o recorrente indica a **passagem** do depoimento por referência ao momento ou outras circunstâncias em que o mesmo foi prestado.

Neste último caso, o recorrente dirá, por exemplo: *a passagem do depoimento da testemunha B quando responde pela 1.ª vez ao senhor Procurador.*

Se é verdade que estes dois últimos procedimentos ainda identificam com segurança a parte do depoimento que o recorrente pretende, a sua localização na gravação pelo tribunal, ainda que claramente exequível, não será tão expedita.

Mas sobre o que temos vindo a expor — da posição do recorrente na impugnação da matéria de facto — atentemos numa situação do quotidiano judiciário:

O tribunal *a quo* dá como provado determinado facto para o que dá determinadas razões, identificando depoimentos e as razões por que tais depoimentos lhe mereceram crédito.

O recorrente especifica tal facto como incorrectamente julgado, cumprindo os requisitos acima explicitados.

Aqui uma situação pode ocorrer:

O recorrente pode desde logo *agarrar* nos depoimentos identificados pelo tribunal na motivação da decisão sobre a matéria de facto, analisá-los e em discurso argumentativo pretender demonstrar que daqueles depoimentos o tribunal não podia concluir, como concluiu, mas deveria ter concluído precisamente em sentido contrário.

De facto, no caso de não ter havido quaisquer outras provas para além das indicadas na motivação da decisão, em minha opinião, o procedimento descrito será normal. O recorrente não pode indicar outras provas — que não existem — que imponham decisão diversa, mas pode defender que aqueles depoimentos impõem decisão diversa da recorrida.

Como nos parece evidente, o recorrente ao questionar a valoração da prova levada a cabo pelo tribunal está verdadeiramente a impugnar a matéria de facto, apesar de não estar a indicar *outras provas* que impõem decisão diversa. Aliás o recorrente pode/deve indicar outras passagens dos depoimentos daquelas testemunhas (das mesmas testemunhas) dos quais, em seu entender, se deve concluir com segurança, que o tribunal decidiu mal na valoração que fez daqueles depoimentos.

Cada caso tem de ser analisado com ponderação, sob pena de se cair no *logro de dizer*, em situações como a descrita que o recorrente não impugnou validamente a decisão da matéria de facto quando verdadeiramente o fez.

Em terceiro lugar — da renovação da prova

A norma do artigo 412.º, n.º 3, prevê a possibilidade de renovação da prova, da prova já produzida em 1.ª instância e não de prova nova, adiante-se.

Como nos parece claro, aquele preceito deve ser interpretado em consonância com a norma do artigo 430.º, n.º 1. Ou seja, a renovação da prova só é legalmente possível se, para além do mais, se verificarem os vícios do artigo 410.º e houver razões para crer que aquela evitará o reenvio do processo para novo julgamento.

Assim o recorrente ao impugnar a decisão da matéria de facto conforme o artigo 412.º, n.º 3, se pretende a renovação de algumas das provas, desde logo, deve invocar de forma **precisa, mas completa** a existência de alguns

dos vícios do artigo 410.º; depois deve identificar devidamente as provas a renovar e a **matéria** sobre que deve incidir a inquirição das testemunhas.

Finalmente o recorrente deve **fundamentar** devidamente por que é que entende que há razões para crer que a renovação da prova, aquela concreta renovação, permitirá evitar o reenvio do processo.

Como já se antecipou, o tribunal de recurso ordenará a renovação da prova se, mostrando-se o requerimento devidamente fundamentado, nos termos acima expostos, concluir pela verificação de algum dos vícios do artigo 410.º e se tiver fundadas razões para crer que aquela renovação evitará o reenvio do processo para novo julgamento. Ou seja, pode acontecer que se verifique, *v. g.* o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada e a Relação entender **fundamentadamente** que a renovação da prova é inadequada para sanar tal vício, mas sim uma nova audiência de julgamento na 1.ª instância.

III — DA APRECIAÇÃO DO RECURSO PELO TRIBUNAL DA RELAÇÃO

1. Os vícios do n.º 2 do artigo 410.º

A Relação deve analisar cada um dos vícios, aliás de conhecimento oficioso,⁸ o que exigirá fundamentação clara e **completa** se o recorrente invoca a existência de qualquer um deles.

Se o recorrente deve ser claro na motivação na invocação e fundamentação dos vícios, não misturando aquela matéria com os requisitos do n.º 3 do artigo 412.º, como acima se tratou, de igual modo a Relação na sua apreciação deve ser clara nessa mesma distinção. Ou seja, a Relação deve pronunciar-se de forma clara e completa sobre a verificação ou inverificação dos vícios e de forma autónoma e também formalmente visível da reapreciação da prova em termos amplos, tendo em atenção o disposto no artigo 412.º, n.os 3 e 4.

A fundamentação do tribunal *ad quem* não pode ser a *mesma* ou *mistrada* quando está em causa impugnação restrita (artigo 410.º) ou impugnação ampla da matéria de facto, como claramente resulta da lei.

Como resulta da norma, a apreciação dos vícios não traz, na normalidade das situações, dificuldades acrescidas.

Quanto à caracterização de cada um dos vícios, remete-se para o que acima se escreveu na motivação do recurso, ponto II.

⁸ É oficioso pelo tribunal de recurso, o conhecimento dos vícios indicados no artigo 410.º, n.º 2, do CPP, mesmo que o recurso se encontre limitado à matéria de direito (Ac. do Plenário das secções criminais do STJ de 19 de Outubro de 1995, proc. n.º 46.580/3.ª DR, I-A Série, de 28 de Dezembro).

Importa, no entanto, deixar claro que a verificação de algum dos vícios não determina automaticamente o reenvio do processo para novo julgamento (total ou parcial), como nitidamente resulta do artigo 426.⁹

De facto, de acordo com a norma, se pelos elementos dos autos, for possível suprir o vínculo, não será ordenado o reenvio.

2. Do conhecimento da impugnação da decisão proferida sobre a matéria de facto

Não sendo caso de rejeição do recurso, porque nomeadamente o recorrente cumpriu os requisitos do artigo 412.^º, n.os 3 e 4, o tribunal da Relação deve conhecer da impugnação da matéria de facto⁹.

Assim este Tribunal, se não pode nem deve fazer um *segundo julgamento*, sobre os *concretos pontos de facto* especificados pelo recorrente, está obrigado a fazer a **reapreciação** da prova indicada (que implica a sua **audição**, quando gravada) e de outra que tiver como necessária para aquela concreta decisão¹⁰. Ou seja, sobre os concretos pontos de facto, segundo o recorrente, incorrectamente julgados, a Relação deve fazer o **seu juízo**, um **juízo crítico autónomo** que pode ou não coincidir com o da 1.^a instância¹¹.

Explicitando:

Na decisão de fundo sobre a impugnação da decisão sobre a matéria de facto, deve ser claro que a Relação desde logo ponderou devidamente a **motivação /argumentação** da 1.^a instância e a **fundamentação/argumentação** do recorrente e recorrido sobre a prova dos *concretos pontos de facto* em questão; que **ouviu** a gravação das provas indicadas pelo recorrente e outras que teve como necessárias para conhecimento da concreta matéria impugnada, que apreciou devidamente aquelas provas de acordo com as regras da experiência e que a final, num juízo autónomo, concluiu ou não, por erro de julgamento, no que diz respeito àqueles *concretos pontos de facto*¹².

É evidente que quando a Relação conclui — com a **necessária segurança**, como é óbvio — que houve erro de julgamento, está obrigada a fundamentar devidamente — fundamentação que não será difícil, já que se trata

⁹ Sempre que ainda sejam **inteligíveis** as **razões** da impugnação, a Relação deve conhecer do recurso.

Na verdade, sempre que ainda seja possível, os Tribunais devem de conhecer de fundo.

¹⁰ O tribunal pode ouvir outras passagens para além das indicadas, ainda que de outros depoimentos para se poder pronunciar sobre os *concretos pontos de facto* especificados como incorrectamente julgados — artigo 412.^º, n.^º 6.

¹¹ Relativamente aos pontos de facto impugnados do acórdão ou sentença de 1.^a instância, a Relação deve efectuar um exercício crítico substitutivo, o que implica a sobreposição, com assento nas provas indicadas pelos recorrentes, da sua convicção sobre cada um daqueles pontos de facto individualmente considerados. Ac do STJ de 14-09-2006 (www.dgsi.pt).

¹² É de fulcral importância para a salvaguarda dos direitos constitucionais de defesa que as Relações façam um efectivo controlo da matéria de facto provada na 1.^a instância, por confronto desta com a documentação em acta da prova produzida oralmente Ac do STJ de 23-03-2006 (www.dgsi.pt).

de erro sobre o qual não existem dúvidas — em que se materializa esse erro. Foram violadas regras da experiência? Quais? Incorre o tribunal em vício de raciocínio? Fez o tribunal uma apreciação arbitrária ou leviana da prova?

Por outro lado, quando a Relação julga improcedente a pretensão do recorrente, mantendo consequentemente a decisão da 1.^a instância, parece claro que de igual modo deve fundamentar, apresentar as **razões concretas** pelas quais improcedeu a impugnação e consequentemente se mantém a decisão recorrida.

Em nossa opinião, a Relação não conhecerá do recurso sobre a matéria de facto, como está obrigada — recurso que observou todos os requisitos legais — se se **limitar** a analisar a motivação da 1.^a instância e concluir, face a tal fundamentação/motivação, pela razoabilidade da decisão da 1.^a instância e que nenhuma censura merece essa decisão¹³.

Sejamos claros: a **análise da motivação** da decisão da 1.^a instância é elemento **essencial** (como acima assinalámos) para o conhecimento do recurso (disto não podem restar quaisquer dúvidas), mas a reapreciação da decisão sobre a matéria de facto pelo tribunal de recurso **não se esgota aqui — de modo nenhum**.

Sendo inquestionável a sua importância no Estado de Direito Democrático¹⁴, da **motivação** do tribunal *a quo* não se conclui decisivamente se a prova foi bem ou mal apreciada.

Uma motivação (da sentença) efectuada nos termos legais justifica a convicção formada, mas não garante que o tribunal não errou na convicção que formou.

Quando o tribunal dá razões para ter dado credibilidade a determinada testemunha, é isso que dá, mas isto não é a garantia firme que o tribunal não se possa ter equivocado ao acreditar naquela testemunha.

A análise da motivação é suficiente quando está em causa a **nulidade da sentença** por falta ou insuficiência intolerável de motivação, mas é obviamente insuficiente quando está em causa a reapreciação da matéria de facto.

Uma sentença motivada nos termos legais pode ter subjacente um grave

¹³ O Tribunal da Relação responderá a matéria de facto impugnada quando ouve as passagens indicadas ou as visualiza e não quando credencia a fundamentação *qua tale*, valorizando-a sob pretexto de que ante ele a prova se não desenrolou, com ela não teve contacto e imediação, e, aderindo àquela valia, recusa, sem mais reexaminar o facto. Ac do STJ de 27-01-2009 (www.dgsi.pt).

Decidiu o Tribunal Constitucional no Ac. n.º 116/2007 de 16/02/2007: Julgar inconstitucional a norma do n.º 1 do artigo 428.^º do Código de Processo Penal, quando interpretada no sentido de que, tendo o tribunal de 1.^a instância apreciado livremente a prova perante ele produzida, basta para julgar o recurso interposto da decisão de facto que o tribunal de 2.^a instância se limite a afirmar que os dados objectivos indicados na fundamentação da sentença objecto de recurso foram colhidos na prova produzida, transcrita nos autos (www.tribunal-constitucional.pt).

¹⁴ Sobre a importância da motivação, Sérgio Poças, "Da Sentença Penal — Fundamentação de Facto", Revista Julgar n.º 3, 2007, págs. 22 e 35 e segs.

erro de julgamento, como uma sentença insuficientemente motivada pode estar bem julgada.

A questão da motivação e do julgamento são duas realidades distintas, se bem que complementares, que exigem apreciação autónoma.

Por vezes, surge a invocação dos princípios da **imediação** e da **oralidade**, princípios de que a Relação está arredada, como **obstáculos** à reapreciação da prova na 2.^a instância e consequentemente a impossibilidade da alteração da matéria de facto¹⁵.

Sem razão, no entanto.

De facto a ausência e da imediação e da oralidade na Relação são factores a ponderar devidamente na decisão e daí que só com elementos seguros de uma clara e **objectivada** errada convicção sobre determinado facto a Relação possa alterar a decisão. Mas uma coisa é a natural ponderação e cautela, dada a ausência daqueles princípios na 2.^a instância, outra, bem diferente, é aquela invocação *assumir-se de facto* como impedimento ao exercício do direito ao recurso sobre a matéria de facto, o que não pode ser, como todos estaremos de acordo.

Finalmente importa deixar claro: o princípio da livre convicção do julgador, tal como está consagrado na lei, não é afrontado com a impugnação da decisão proferida sobre a decisão da matéria de facto e consequente reapreciação da prova.

De facto, se a livre convicção do julgador, tal como está consagrada no artigo 127.º, se materializa numa apreciação objectiva e racional da prova, segundo as regras da experiência, se num qualquer caso a Relação na reapreciação da prova que faz, nos termos acima expostos, conclui que o tribunal *a quo* decidiu claramente sem prova ou em indiscutível contradição com as regras da experiência e deste modo, naquele concreto ponto de facto altera a decisão da matéria de facto, não se pode falar, de modo nenhum, em ofensa ao princípio da livre convicção do julgador. De facto, no caso o que a Relação censura é a violação do princípio da livre convicção do julgador, consagrado legalmente.

Em Santarém, 14 de Fevereiro de 2010

¹⁵ «No controlo da matéria de facto, não se devem descurar os princípios da livre apreciação da prova e da imediação, que estão na essência da decisão da 1.^a instância, mas tais princípios não são um obstáculo inultrapassável, antes um dos muitos factores que o tribunal de recurso tem de ponderar na altura de modificar ou não a matéria de facto». Ac. do STJ de 23-03-07 (www.dgsi.pt).