

Revisão do processo penal: os recursos¹

Uma primeira palavra de agradecimento à Escola de Direito da Universidade do Minho e à Associação Jurídica de Braga pelo honroso convite que me dirigiu, para participar no Simpósio de Direito Processual Penal, que em boa hora decidi empreender.

Com efeito, com o futuro do direito processual penal como tema actual, celebre-se, nos 20 anos de vida do Código, a importância do direito processual penal na realização da Justiça Penal², homenageando-se do mesmo passo, o Senhor Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, uma indelével e incontornável referência de cidadania e do nosso direito e processo penal, Presidente da Comissão de Elaboração do Código de Processo Penal.

E o momento, em que se anuncia uma revisão ampla deste diploma, com o espaço acrescido de diálogo que pode gerar, é sem dúvida apropriado.

É, pois, com gosto que modestamente me associo a tal iniciativa.

I

Entrando no tema escolhido, importa começar por salientar a importância da matéria dos recursos no âmbito do processo penal.

Proclama-o a parte final do n.º 1 do art. 32.º da Constituição, que a partir da revisão constitucional de 1997³, inclui expressamente o recurso entre as garantias de defesa, que o processo penal deve assegurar.

Mas já devia entender-se (e se entendia) do mesmo modo anteriormente⁴.

¹ Intervenção em Sessão subordinada ao tema: «Do processo penal interno ao processo penal internacional: alguns aspectos críticos», integrada no Simpósio de Direito Processual Penal, organizada pela Escola de Direito da Universidade do Minho, quinta-feira, 25 de Janeiro de 2007, 21.30 horas na Associação Jurídica de Braga. Publicado em *Que futuro para o direito processual penal?: simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias*, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português / coordenação Mário Ferreira Monte [et al.], Coimbra Editora, 2009.

² Na concreta realização dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e na afirmação do Estado de Direito Democrático.

³ Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro.

O recurso apresenta-se como meio processual destinado a sujeitar a decisão a um novo juízo de apreciação, agora por parte de um tribunal hierarquicamente superior, imposto pela necessidade de garantir a principal via de reapreciação das decisões em processo penal, ante o auto-esgotamento do poder jurisdicional, em cada instância⁵; é o principal caminho legal para corrigir os erros cometidos na decisão judicial.

“O direito ao recurso constitui uma das mais importantes dimensões das garantias de defesa do arguido em processo penal”⁶, como lembrou o Tribunal Constitucional⁷, o que significa que, no domínio processual penal, se afirma o princípio do direito a um duplo grau de jurisdição⁸.

Ele integra, na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o julgamento equitativo a que se refere o n.º 1 do art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁹ 10, e o art. 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹¹.

⁴ Como o vinha afirmando o Tribunal Constitucional. A «jurisprudência do Tribunal Constitucional tem tido oportunidade para salientar, por diversas vezes, que o direito ao recurso constitui uma das mais importantes dimensões das garantias de defesa do arguido em processo penal».

⁵ «Que o tribunal superior possa, por via de recurso, alterar ou revogar a sentença ou despacho é perfeitamente compreensível; que seja lícito ao juiz reconsiderar e dar o dito por não dito, é de todo intolerável, sob pena de se criar a desordem, a incerteza, a confusão» (J. A. Reis, *CPC Anotado*, V, 127).

⁶ O que significa que só o direito ao recurso do arguido goza de tutela constitucional, sem que daí derive a impossibilidade legislativa de atribuir esse direito a outros sujeitos processuais, mas resultando que seja o quadro legislativo quanto ao direito ao recurso do arguido que deva ser aferido constitucionalmente.

⁷ Ac. do TC n.º 49/2003.

⁸ Tem entendido o Tribunal de Estrasburgo que o Estado goza de um largo poder de apreciação para consagrar as modalidades de exercício do direito de recurso, incluindo o de o limitar, *v.g.* às questões de direito, se se visar um objectivo legítimo e não atinja a essência desse direito. Cfr a indicação da jurisprudência em *Ireneu Cabral Barreto*, *op. cit.* pág. 377.

No mesmo sentido se tem pronunciado o Tribunal Constitucional que se afastou de “um absoluto e completo duplo grau de jurisdição” – AcTC n.º 171/94, AcTC n.º 573/98 e AcTC n.º 189/2001

⁹ Primeira parte: «Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá [...] sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.»

¹⁰ O direito a um duplo grau de jurisdição não está consagrado neste artigo, mas, como se verá, no art. 2.º do Protocolo n.º 7 à Convenção. Alerta, no entanto, Ireneu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª Edição, pág. 141, que “um Estado que se dota de jurisdição desta natureza tem a obrigação de cuidar que os interessados gozem das garantias fundamentais aqui estabelecidas”. “O artigo 6.º não impõe aos Estados a instituição do duplo grau de jurisdição. O estado que estabelece tribunais de recurso vai para além das obrigações derivadas do artigo 6.º. Mas o Estado violaria este artigo, combinado com o artigo 14.º, se ele recusasse a utilização do recurso a certas pessoas sem razão legítima, enquanto permitiria a outras no mesmo tipo de processos (*op. cit.*, pág. 232). Tem entendido o TEDU que o prazo razoável do procedimento abrange as instâncias de recurso. É feita ainda referência no art. 35.º, n.º 1 da Convenção, a propósito das condições de admissibilidade das queixas, ao esgotamento de todas as vias de recurso interno.

Aliás, o Protocolo n.º 7 à Convenção, veio explicitar que «qualquer pessoa declarada culpada de uma infracção penal por um tribunal tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade ou a condenação.»^{12 13 14}

Já anteriormente o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos dispunha: «qualquer pessoa declarada culpada de crime terá o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade e a sentença em conformidade com a lei»¹⁵.

II

Mas, como se situou, neste domínio, o legislador do Código de Processo Penal?

Com o Código de Processo Penal de 1987, o regime dos recursos em processo penal sofreu uma autêntica revolução, que obedeceu a uma ideia concreta: ruptura praticamente total com o sistema de recursos em processo civil, mercê da criação de um estatuto autónomo e próprio¹⁶.

Isso mesmo, de resto, foi enfaticamente sublinhado pelo novo legislador, não apenas no esqueleto que concebeu para os «novos recursos em processo penal», como na justificação que apresentou à comunidade jurídica relativamente ao modelo que imaginou para o futuro: um expediente com ditames próprios onde passou a imperar *«a ideia do recurso unitário, em princípio idêntico para a Relação e para o Supremo e abarcando, na medida do possível e conveniente, tanto a questão de direito como a questão de facto»*.

¹¹ «Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.»

¹² Resolução da Assembleia da República n.º 22/90. Art. 2.º, n.º 1, cujo segmento final reza: «o exercício deste direito, bem como os fundamentos pelos quais ele pode ser exercido, são regulados pela lei». Dispõe-se no n.º 2 desse artigo: «este direito pode ser objecto de excepções em relação a infracções menores, definidas nos termos da lei, 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».

¹³ A referência ao exame da declaração de culpabilidade ou a condenação, restringe o seu âmbito de aplicação aos processos que as contenham.

¹⁴ À Luz do art. 2.º do Protocolo n.º 7 o duplo grau de jurisdição pode ser objecto das seguintes excepções (i) Infracções que não são passíveis de prisão (infracções menores); (ii) Condenação no seguimento de recurso contra a absolvição; (iii) Julgamento em primeira instância pela mais alta jurisdição.

¹⁵ Art. 14.º, n.º 5. Cfr. a Lei n.º 29/78, de 12 de Junho.

¹⁶ Na verdade, segundo o figurino do Código de 1929, a matéria – salvo alguns preceitos contendo umas quantas regras específicas – regulava-se pelas prescrições do parente próximo civilista, já que, como preceituava o corpo do art. 649.º daquele texto, *«os recursos em processo penal serão interpostos, processados e julgados como os agravos de petição em matéria cível, salvo as disposições em contrário deste Código»*.

Pretendeu-se um recurso diferentemente estruturado e modelado que, nas palavras do legislador, abandonasse o velho «*labor meramente rotineiro executado sobre papeis*» – o modelo do processo civil – em favor de uma via moderna de impugnação, de «*estrutura acusatória, com a consequente exigência de uma audiência onde seja respeitada a máxima da oralidade*». ^{17 18}

Esta filosofia de base foi respeitada nas alterações que foram introduzidas, tendo o legislador sentido a necessidade de enfrentar a novidade da autonomia do regime com a novidade de princípios informadores, que a sustentassem¹⁹.

Traçou, assim, o legislador a ossatura do regime dos recursos em processo penal:

- Como alicerce, o rompimento com a subordinação da matéria ao esteio do processo civil;
- Como traves mestras do edifício:
 - o figurino unitário para ambos os tribunais de recurso (Relações e Supremo) com *aligeiramento formal*,
 - a possibilidade de *rejeição liminar* de expedientes manifestamente condenados ao malogro²⁰;
 - a introdução do princípio do acusatório com *audiência oral*²¹; diferenciação do tribunal de recurso conforme a natureza do tribunal recorrido: Tribunal da Relação, em apelação, para conhecimento dos recursos interpostos de decisões interlocutórias e finais do juiz singular e de decisões interlocutórias emitidas pelo tribunal colectivo, e, eventualmente

¹⁷ In Preâmbulo do DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro.

¹⁸ Foi o que, numa síntese feliz, expressivamente vincou Cunha Rodrigues: «Salvo pormenores de regulamentação que devem procurar-se, por via analógica, no Código de Processo Civil (art. 4.º do Código), os recursos penais passam a obedecer a princípios próprios, formam uma estrutura normativa autónoma e desenvolvem-se segundo critérios a que não é alheia uma opção muito clara sobre a necessidade de valorizar a atitude prudencial do juiz. O Código rompe abertamente com tradição que, há quase um século, geminou os recursos penais e cíveis» - *Jornadas de Processo Penal do CEJ*.

¹⁹ «Esta filosofia de base veio para ficar, mantendo-se por isso incólume sempre que se decidiu mexer no Código, pois que a introdução sucessiva de alterações mais ou menos profundas no respectivo texto nunca pôs em causa o princípio original de autonomia dos recursos penais. Para o futuro ficou, assim, uma conquista importante e decisiva neste sector do procedimento processual penal que brotou, se desenvolveu e consolidou de modo que poderemos considerar irreversível.» – Simas Santos e Leal-Henriques, *O Novo Código e os Novos Recursos*, Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, I, págs. 767-99.

²⁰ A possibilidade de «matar à nascença» recursos inviáveis, aliviando dessa forma os tribunais de recurso de tarefas de pura inutilidade e nada prestigiantes para a sua dignidade institucional.

²¹ Tentando, desse modo, como se explicava, evitar um desenvolvimento frio e assente meramente em papéis.

renovar a prova, STJ, em revista, para conhecimento das decisões do tribunal do júri e das decisões finais do tribunal colectivo;

— consagração do que se veio a chamar de *revista alargada*: reexame da matéria de facto, através da ponderação do texto e das regras de experiência para eventual detecção de determinados vícios relevantes daquela matéria.

Parâmetros que constavam da Lei de Autorização Legislativa concedida ao Governo para o efeito²².

Foi à luz destes limites, fixados na lei ²³, mantidos intocáveis durante cerca de 10 anos, que se viveu o novo ciclo em matéria dos recursos penais.

III

Veio, no entanto, o Legislador a ponderar que a aplicação do Código ficara aquém das expectativas, existindo razões suficientes para o reexame de soluções consagradas, face erosão, que se teve por manifesta, de alguns princípios:

- a precarização dos poderes de cognição do Supremo Tribunal de Justiça
- a incomunicabilidade entre instâncias de recurso
- a indesejável duplicação de tribunais de recurso que julgam, por regra, em última instância
- a debilitação de garantias,
- a persistente insegurança jurídica em alguns domínios

²² Lei n.º 43/86, de 26 de Setembro, cujo art. 2.º, n.º 2, als. 70 a 75, é claro quanto ao sentido de fundo a dar ao novo regime de recursos.

– Introdução de um princípio de tramitação unitária para todas as espécies de recursos e consagração, para todos eles, da possibilidade de este ser liminarmente rejeitado por manifesta falta de fundamento;

– Consagração, para todas as espécies de recurso ordinário interposto de decisão final, da garantia do contraditório, sem possibilidade, porém, de réplica nos recursos que sejam exclusivamente de direito;

– Atribuição ao Tribunal da Relação de competência para conhecer, em apelação, dos recursos interpostos de decisões interlocutórias e finais do juiz singular e de decisões interlocutórias emitidas pelo tribunal colectivo, e, para, em certos casos, renovar a prova, caso não reenvie o processo para o tribunal colectivo,

– Atribuição ao STJ de competência para conhecer, em revista, das decisões proferidas com intervenção do júri, de decisões finais do tribunal colectivo e de decisões proferidas em 1.ª instância pela Relação;

– Definição de um regime de subida dos recursos interpostos de decisões interlocutórias juntamente com o recurso interposto da decisão final, excepto tratando-se de decisões proferidas em matéria de liberdade provisória ou de prisão;

– Regulamentação, em termos autónomos e eventualmente alargados relativamente à disciplina vigente em processo civil, do recurso para fixação de jurisprudência ou de um recurso no interesse da lei».

²³ Sem que ao Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização prévia, acudisse então qualquer dúvida quanto aos comandos estabelecidos pela Lei de Autorização Legislativa.

— o enfraquecimento da função real e simbólica do Supremo Tribunal de Justiça

Entendeu o legislador ser de ultrapassar esses bloqueios, com propósito de conferir à malha legislativa vigente nova vida e nova dinâmica.

Assim nasceu a revisão trazida pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto ^{24 25}.

A respectiva Exposição de Motivos procurou explicar, da seguinte forma, o sentido e amplitude dessas mudanças no complexo dos recursos, assumindo que não se pretendeu consagrar uma inversão de concepções básicas²⁶:

— Restituir-se ao Supremo Tribunal de Justiça a sua função de tribunal que conhece apenas de direito, com excepções em que se inclui a do recurso interposto do tribunal de júri;

— Ressalvar-se a ideia da tramitação unitária, que deixa, no entanto, de corresponder à configuração de um único modelo de recurso;

— Fazer-se um uso discreto do princípio da «dupla conforme», harmonizando objectivos de economia processual com a necessidade de limitar a intervenção do Supremo Tribunal de Justiça a casos de maior gravidade;

— Admitir-se o recurso *per saltum*, justificado pela medida da pena e pela limitação do recurso a matéria de direito;

— Retomar-se a ideia de diferenciação orgânica, mas apenas fundada no princípio de que os casos de pequena ou média gravidade não devem, por norma, chegar ao Supremo Tribunal de Justiça;

²⁴ O anterior DL n.º 317/95, de 28 de Dezembro, em matéria de recursos, apenas alterou disposições do art. 409.º do CPP (*reformatio in pejus*), unicamente para afeioar o texto à revisão do Código Penal, introduzida pelo DL n.º 48/95, de 15 de Março.

²⁵ Críticas ao mérito da revisão de 1998 podem recolher-se em Damião da Cunha, *A Estrutura dos Recursos na Proposta de Revisão do CPP, Algumas Considerações*, RPCC, 8, 251 e ss, em Simas Santos, *O Processo Penal em Revisão*, pág. 73 e ss, *Recursos em Processo Penal – Revisão de 1998*, Revista Jurídica da Universidade Portucalense, n.º 10, pág. 143, *Nótula Sobre a Admissibilidade do Recurso para o Supremo Tribunal de Justiça*, Revista Jurídica da Universidade Portucalense, n.º 11, pág. 167, *Uma Leitura do Relatório de Avaliação dos Recursos*, RPCC, ano 16, pág. 283, Simas Santos e Leal-Henriques, *O Novo Código e os Novos Recursos*, Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, I, págs. 767-99 e *Recursos em Processo Penal*, Rei dos Livros, Lisboa, 5.ª Edição; A. G. Lourenço Martins, *O Instituto dos Recursos*, O Processo Penal em Acção, U Lusíada de Lisboa; José Mouraz Lopes, *Breves considerações sobre as implicações do novo sistema de recursos no Código de Processo Penal*, CJ STJ VIII, 2, 5; António Henriques Santos Cabral, *O regime de recursos em processo penal*, CJ STJ, VIII, 3, 21; e *Relatório de Avaliação dos Recursos*, do Ministério da Justiça, disponível no sítio oficial.

²⁶ N.º 16: «As alterações introduzidas em matéria de recursos não pretendem consagrar uma inversão de concepções básicas. Pelo contrário, continua a apostar-se em objectivos de economia processual, de eficácia e de garantia, só que através de instrumentos mais consistentes, adequados e dialogantes, obtidos a partir da reavaliação dos meios disponíveis, da tradição jurídica e da cultura prevalecente».

- Ampliarem-se os poderes de cognição das Relações, evitando-se que decidam, por sistema, em última instância;
- Assegurar-se um recurso efectivo em matéria de facto;
- Alterar-se o regime do recurso para uniformização da jurisprudência, valorizando as ideias de independência dos tribunais e de igualdade dos cidadãos perante a lei e evitando os riscos de rigidez jurisprudencial.

Como escrevemos noutra oportunidade²⁷, em nossa opinião, mesmo não havendo um novo modelo de recursos o certo é que seguramente o figurino anterior foi significativamente «sacudido», com aquela revisão.

IV

Prepara-se agora uma nova revisão do Código de Processo Penal com uma significativa incidência sobre a temática dos recursos, iniciativa que se desdobra em dois momentos distintos²⁸.

Num primeiro momento, o Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, do Ministério da Justiça, produziu e apresentou um relatório também sobre os recursos

²⁷ Cfr. Simas Santos e Leal-Henriques, *O Novo Código e os Novos Recursos*, Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, I, págs. 767-99, que acompanhamos de perto. Salienta-se aí que «Propôs-se o legislador, dignificar a posição institucional do Supremo Tribunal de Justiça, através de uma redefinição das suas competências.

Foi aqui significativa a inovação efectuada. Partiu-se da regra de um único grau de recurso cuja tramitação contende com os próprios poderes de cognição do tribunal superior, em que existem dois recursos de revista, mais alargada relativamente ao Tribunal da Relação. O recurso do tribunal colectivo tinha características particularmente nítidas de remédio jurídico em que a reapreciação dos factos não é mais do que uma válvula de segurança. Cunha Rodrigues (*Recursos, Jornadas do C.E.J.*) bem cedo reconheceu a necessidade de mudança em tal capítulo quando lhe endereçou as seguintes referências:

«A regra é a de um único grau de recurso cuja tramitação contende... com os próprios poderes de cognição do tribunal superior...»

O que se passa entre nós é que «não só o recurso do tribunal do júri é interposto directamente para o S.T.J., como do tribunal colectivo não há, em rigor, recurso da matéria de facto. O que existem são dois recursos de revista, mais alargada, é certo, relativamente ao Tribunal da Relação...

... Assegurada a efectiva colegialidade do tribunal, garantido o contraditório e obtida uma mais completa possível imediação, o recurso do tribunal colectivo tem características particularmente nítidas de remédio jurídico. A previsão de um mecanismo de reapreciação dos factos não pode – não deve – ser senão uma válvula de segurança.

Justifica-se, neste contexto, que se recorra directamente para o mais elevado órgão jurisdicional e que se confira a este órgão poderes que lhe permitam despistar situações indiciadoras de erro judiciário.»

É este o sentido da presente reforma, é esta a economia do recurso para o STJ, a que poderíamos chamar, com rigor, de revista alargada».

²⁸ Não se esquecem outras iniciativas com vista à revisão, que conheceram projectos quer do Governo, quer dos partidos políticos, mas que, no entanto, não desembocaram numa revisão efectiva e que os limites desta intervenção não permitem abordar.

penais, que, publicado e disponibilizado, foi motivador de sessões de discussão em diversas Universidades²⁹, e depois transmitido a uma outra estrutura.

Com efeito, o Conselho de Ministros³⁰ criou a Unidade de Missão para a Reforma Penal com vista, além do mais, a preparar iniciativas legislativas com vista à revisão do Código de Processo Penal.

Esse projecto está já na Assembleia da República como Proposta de Lei n.º 109/X-2 e tem divergências sensíveis em relação às propostas do GPLP.

²⁹ O Relatório de Avaliação do Sistema de Recursos em Processo Civil e Processo Penal foi apresentado à discussão pública a 17 de Maio de 2005 e tiveram lugar sessões públicas, designadamente, nas Universidades Nova de Lisboa, do Minho, do Porto, de Coimbra.

³⁰ Resolução n.º 138/2005, de 17 de Agosto. dirigida por um Coordenador e integrando um conselho composto por representantes da Polícia Judiciária, do Centro de Estudos Judiciários, da Direcção-Geral dos Serviços Prisionais, do Instituto de Reinserção Social, do Instituto Nacional de Medicina Legal, do Gabinete de Política Legislativa e Planeamento e do Gabinete para as Relações Internacionais, Europeias e de Cooperação, bem como por um membro do gabinete do Ministro da Justiça. Podem ainda ser convidados a participar nas reuniões representantes do Conselho Superior de Magistratura, do Conselho Superior do Ministério Público e da Ordem dos Advogados ou ainda professores universitários. Podem ver-se, a propósito, as notas críticas insertas por José António Barreiros e Rui do Carmo, respectivamente nos Blogs. *Patologia Social* e *Cum Grano Salis*, o artigo *Marginalizar as magistraturas*, de António Bernardo Colaço, no Jornal Expresso de 17.9.05.

Quando intervim na sessão realizada na Universidade do Porto, em 22.09.05, tive ocasião de secundar essas críticas, quanto à forma como fora organizada a colaboração dos magistrados na revisão em curso, quer no âmbito do GPLP, quer da UMRP, designadamente dos juízes do STJ, da seguinte forma:

«Esta audição deficiente, no processo legislativo, dos magistrados dos Tribunais Superiores, designadamente do Supremo Tribunal de Justiça, atento o seu estatuto de Tribunal de revista e uniformizador da jurisprudência, acaba, aliás, de ser preocupantemente replicada na composição da Unidade de Missão para a Reforma Penal, criada por Resolução do Conselho de Ministros em que mesmo a audição do Conselho Superior da Magistratura, do Conselho Superior do Ministério Público, coisa diversa da audição dos magistrados a quem cumpre velar pela aplicação da lei, é considerada como eventualidade, contrariamente à prática anterior.

Anteriormente, as comissões de elaboração ou revisão das leis mais importantes integravam magistrados judiciais ou do Ministério Público, designadamente do Supremo Tribunal de Justiça ou da Procuradoria-Geral da República (re)conhecidos nas respectivas áreas, o que minorava os inconvenientes daquela prática.

Deve notar-se que o texto dos juízes da Secção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça, de que fui relator juntamente com o Conselheiro Lourenço Martins e que está disponível em (tendo sido tido em conta pelo GPLP) nasceu exactamente da sensação, que todos sentiam, de que a sua experiência não era aproveitada, que o resultado do seu labor se atomizava, que o sistema actual de uniformização de jurisprudência é insuficiente, pretendeu somente levantar algumas das questões mais carenciadas de intervenção legislativa imediata, reveladas pela prática do Supremo Tribunal de Justiça, mas sem a preocupação de as exaurir.

Este desenho metodológico, não obstante a referência feita a visitas aos tribunais Superiores e a entrevistas a magistrados, torna mais difícil distinguir os escolhos práticos que obstam a uma decisão reflectida, rápida e boa e discernir as lições a aprender e os obstáculos a serem removidos.

Tem-se, assim, a sensação de que o pulsar do desenvolvimento processual dos recursos e do processo de produção das decisões sobre eles está ausente do relatório, do imenso esforço inútil que muitas vezes é necessário desenvolver no processo de decisão para chegar ao que verdadeiramente é controvertido e carente de decisão.»

Na respectiva Exposição de Motivos, diz-se expressamente que o «conjunto de alterações propostas em sede de recursos pressupõe que o direito de recurso constitui uma garantia de defesa, hoje explicitada no n.º 1 do artigo 32.º da Constituição, e um corolário da garantia de acesso ao direito e aos tribunais (artigo 20, n.º 1, da Constituição), mas deve subordinar-se a um desígnio de celeridade associado à presunção de inocência e à descoberta da verdade material».

O que se constitui um curioso guia de leitura das alterações pensadas: agora que, como se viu, o direito ao recurso se inscreve expressamente na Constituição como uma garantia de defesa do arguido, é que o legislador se “resolve” a subordiná-lo a “um desígnio de celeridade”, se bem que associado à “presunção de inocência” e à descoberta da verdade material”, entidades com tempos seguramente bem diversos e com dificuldades de compatibilidade.

É certo que a celeridade dos recursos é um objectivo a visar em qualquer reforma, mas enquanto conformadora do elemento temporal pressuposto do processo equitativo (incluindo o recurso), a decorrer num prazo razoável e que não deve prejudicar a presunção de inocência (que também pode sair ferida do confronto com a celeridade) e a verdade material que exige, muitas vezes, um tempo mais detido.

Na sequência da assunção deste princípio reitor, a Exposição de Motivos apresenta o articulado proposto, quanto aos recursos, pela forma que aqui se sintetiza:

- Restrição do recurso de segundo grau perante o Supremo Tribunal de Justiça aos casos de maior merecimento penal, fazendo-se referência no art. 400.º às penas concretas e aos casos em que a Relação, em recurso, não conhecer a final do objecto do processo;
- Admissão da interposição de recurso quanto à indemnização civil mesmo que não caiba recurso da matéria penal³¹;
- Inclusão na proibição de *reformatio in pejus* do prejuízo dos arguidos não recorridos, no recurso contra um só arguido e limitação da agravação da pena de multa à quantia fixada para cada dia³².

³¹ Não apreciaremos esta questão no texto, mas deve dizer-se que a redacção proposta para o n.º 2 do art. 400.º toma, sobre a questão controvertida de saber se a inadmissibilidade de recurso quanto à questão penal se estende à questão da indemnização, toma posição inversa à jurisprudência fixada pelo STJ: «no regime do Código de Processo Penal vigente - n.º 2 do artigo 400.º, na versão da Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto - não cabe recurso ordinário da decisão final do Tribunal da Relação, relativa à indemnização civil, se for irrecorrível a correspondente decisão penal» (Ac. n.º 1/02 de 14/03/2002, DR IS-A de 21-05-2002.).

É uma opção respeitável, embora seja problemática a compatibilidade com o princípio de adesão consagrado no art. 71.º, pois que então os caminhos a seguir naquelas questões passam eventualmente a separar-se com prejuízo daquele princípio, no âmbito do recurso.

³² A propósito desta questão escrevemos já (*Nótulas sobre os Recursos em Processo Penal*, RMP, n.º 108): «2.2. Artigo 402.º – É introduzido um n.º 3 que dispõe que o recurso interposto apenas contra um dos arguidos, em caso de comparticipação, não prejudica os restantes.

Este dispositivo, não passou na revisão efectuada em 1998, onde era então aditado, não ao art. 402.º, mas, de forma dogmática e sistematicamente mais adequado, ao art. 409.º, que trata da proibição da *reformatio in pejus*. O próprio Anteprojecto acaba por ter o mesmo entendimento ao referir na Exposição de Motivos a inclusão do prejuízo dos arguidos não recorridos, no recurso contra um só arguido como reforço da proibição de *reformatio in pejus*.

Voltaremos a esta questão ao analisar esse art. 409.º, mas sublinhe-se, desde já, que a sua redacção se apresenta como pouco precisa, o que poderia melhorar se se apresentasse assim: "...não pode prejudicar, a final, os restantes"....)

2.7.1. Na Exposição de Motivos do Anteprojecto refere-se a limitação da agravação da pena de multa à quantia fixada para cada dia, o que é concretizado na alteração proposta para o n.º 2 deste artigo, que se refere à possibilidade de agravação em recurso da pena de multa, sem distinguir os respectivos contornos: agravação dos dias ou só da quantia fixada?

Entendia-se que dada a condição que desencadeia a possibilidade de agravação: melhoria sensível da situação económica e financeira do arguido, a agravação só podia incidir sobre a quantia fixada, a única relacionada com a melhoria daquela condição.

Foi esse mesmo entendimento explicitado na nova redacção do n.º 2.

2.7.2. A propósito da alteração proposta ao art. 402.º (não prejuízo do arguido não recorrido), entendeu-se que este seria o local adequado para a consideração de tal problemática.

Na verdade, se é certo que a proibição de, em caso de comparticipação, retirar consequências desfavoráveis do julgado de um recurso em relação a arguido não recorrente, é uma limitação ao dever prescrito na al. a) do mesmo art. 402.º: «*aproveitar ao co-arguido, em caso de comparticipação*», deve reconhecer-se que o actual n.º 2, al. a) ao usar o vocábulo «*aproveitar*» já afasta o prejuízo que é exactamente o oposto.

Depois, colocam-se hoje questões, a propósito do alcance do princípio da *reformatio in pejus*, designadamente das suas consequências processuais, que poderiam abranger a questão levada ao n.º 3 do art. 402.º, mas que vão muito além e que continuam, nesta revisão, sem tratamento normativo adequado.

É que as consequências também podem colocar-se em relação ao co-arguido em situações que não são de comparticipação, resultantes de apensação por conexão ou autoria paralela, e em relação ao próprio arguido recorrente.

Basta considerar, *v.g.*, o caso em que o arguido é o único recorrente e vê, como pediu, anulado em recurso o julgamento da 1.ª instância. O novo julgamento abrange os restantes co-arguidos não recorrentes? E a sentença subsequente pode aplicar penas mais graves do que a infligidas no seguimento do julgamento anulado?

Esta questão já foi objecto da atenção da doutrina (Cfr.Damião da Cunha, *O Caso Julgado Parcial*) e da jurisprudência desencontrada do Supremo Tribunal de Justiça [Como exemplo, transcreve-se o seguinte sumário de um acórdão que relatei: (1) - Decorre do princípio da proibição da *reformatio in pejus* que, se em recurso só trazido pelo arguido, for ordenada a devolução do processo, não poderá a instância vir a condenar o recorrente em pena mais grave do que a infligida anteriormente. (2) - Tal compreensão daquele princípio integra o processo justo, o processo equitativo, tributário da estrutura acusatória do processo, consagrada constitucionalmente e do princípio da acusação, que impõe que nos casos em que a acusação se conforma com uma decisão e o recurso é interposto apenas pelo arguido, ou no seu interesse exclusivo, fiquem limitados os parâmetros da decisão e condicionado no processo o poder de decisão à não alteração em desfavor do arguido. (3) - O recurso estabelece, assim, um limite à actividade jurisdicional, constituído pelos termos e pela medida da condenação do arguido (único) recorrente, mesmo se o arguido tenha pedido no recurso a anulação do julgamento ou o reenvio para outro tribunal, por se postularem as mesmas razões, sendo que a solução contrária se traduziria em atribuir ao tribunal do reenvio (ou do novo julgamento ou da devolução) poderes que não estavam cometidos ao tribunal de recurso. (4) - Se o Supremo Tribunal de Justiça, depois de alterar em recurso a qualificação jurídica efectuada nas instâncias, reenvia o processo para a determinação da medida concreta da pena, por admitir como possível a aplicação da pena de substituição de suspensão da execução, a nova decisão a proferir não só não poderá agravar a medida da pena, como só poderá manter a pena inicial fazendo a demonstração cabal de que tal se impõe no caso. (5) - Mas terá de respeitar as considerações em que se fundou o STJ

- Inversão da regra da oralidade das audiências de recurso e supressão das alegações escritas.
- Eliminação da exigência de transcrição da audiência de julgamento. A motivação só refere as concretas provas que impõem decisão diversa, indicando-se as passagens das gravações. O tribunal *ad quem* procede à audição ou visualização das passagens indicadas e de outras que, porventura, considere relevantes.
- Admissão do recurso *per saltum* para o Supremo quanto à matéria de direito (de acórdãos finais do tribunal colectivo ou de júri), sendo então expressamente proibida a interposição de recurso para a Relação;
- Admissão de recurso para as relações dos acórdãos finais do tribunal do júri quanto à matéria de facto.
- Redução da vista ao Ministério Público à transmissão do processo, quando tiver sido requerida audiência³³;

para alterar a qualificação jurídica, quer na ponderação dos graus de culpa e ilicitude, quer na ponderação das circunstâncias que levaram aquele tribunal a reenviar para determinação da nova pena e a não a fixar de imediato. (AcSTJ de 08/07/2003, proc. n.º 2616/03-5)], do que dá conta, com cópia de informação, um artigo publicado na Revista MaiaJurídica (da autoria de Jorge Dias Duarte, Ano I, n.º 2, pág. 205).

Importaria, pois, aproveitar a oportunidade e tomar posição mais alargada sobre as questões que se poderia apelar de consequências processuais do princípio da *reformatio in pejus*.

³³ 2.12. Artigo 416.º — É aditado um n.º 2 ao art. 416.º (Vista do M.º P.º no Tribunal Superior, antes de o processo ser apresentado ao Relator) que dispõe que, tendo sido requerida audiência (n.º 5 do art. 411.º), essa vista se destina apenas a tomar conhecimento do processo.

Na exposição de Motivos é assim apresentada essa inovação:

«A vista ao Ministério Público passa a destinar-se exclusivamente a tomar conhecimento do processo sempre que tiver sido requerida audiência (art. 416.º).

Nesse caso, o Ministério Público junto ao tribunal de recurso terá oportunidade de intervir na própria audiência.

Um visto prévio com conteúdo inovador desencadearia o contraditório, arrastando injustificadamente o processo.»

Mas, salvo o devido respeito, não se teve em devida conta o tipo de intervenção diversificado do Ministério Público, assumindo-se que nesse caso a pronúncia seria só sobre o fundo da causa, a ter lugar em audiência.

Ora, não faz sentido que dentro desse âmbito não possa o Ministério Público pronunciar-se quanto a questões formais que podem impedir o julgamento, ou mesmo de fundo, no caso de uma possível rejeição por manifesta improcedência.

Com efeito, tendo sido requerida audiência oral, fica o Ministério Público impedido de se pronunciar sobre questões como a recorribilidade da decisão, a legitimidade ou o interesse em agir do recorrente e a eventual manifesta improcedência do recurso, questões que obstem à presença do recurso em audiência, única oportunidade em que o Ministério Público se poderia pronunciar.

Aliás o Supremo Tribunal de Justiça já teve ocasião, em dois acórdãos (que relatei e cujo sumário se segue), de sublinhar o carácter multifacetado dessa intervenção do Ministério Público no âmbito deste artigo, e que é assim descaracterizada por se ter apressadamente pensado que tendo sido requerida a audiência, tudo seria aí apreciado e decidido o que não é necessariamente verdade.

- Funcionamento do tribunal de recurso em três níveis: relator, conferência em reclamação e audiência. Alteração da formação da secção.
- Admissão do reenvio do processo para novo julgamento no mesmo tribunal³⁴;
- Obrigatoriedade para o Ministério Público de recurso para fixação de jurisprudência;
- Estabelecimento do prazo de 30 dias para recurso de decisão proferida contra jurisprudência fixada a partir do trânsito em julgado dessa decisão;
- Aditamento de novos fundamentos ao recurso extraordinário de revisão;
- Admissibilidade de segundo recurso de revisão³⁵.

«(1) - A vista a que se refere o art. 416.º do CPP destina-se a transmitir os autos ao Magistrado que assegura a representação do Ministério Público no tribunal ad quem, mas permite ainda que esse Magistrado se debruce sobre as questões formais que serão objecto de exame preliminar do relator (n.º 3 do art. 417.º) e que exare nos autos o resultado desse exame, lavrando nota sobre a "regularidade" ou sobre a "irregularidade" detectadas. (2) - Permite também que exerça o seu poder-dever de se pronunciar sobre as questões a conhecer em conferência, sejam elas prévias ou incidam sobre o mérito do recurso, podendo ainda antecipar, em relação às alegações, a sua posição sobre o mérito do recurso, emitindo parecer que condense o seu entendimento. (3) - Se entender que devem ser resolvidas questões que não vem colocadas na motivação do recurso, designadamente nas respectivas conclusões, ou que não vem apontadas na resposta a essa motivação, deverá então o Ministério Público indicá-las, nesse visto, com precisão, assim permitindo ao Tribunal *ad quem* a percepção dessa modificação (art. 417.º, n.ºs 3 e 6) ou orais (art. 423.º, n.º 1). (4) - Desta forma, também os demais sujeitos processuais afectados pela interposição do recurso e pela posição assumida pelo Ministério Público no Tribunal ad quem serão dela notificados, podendo então responder no prazo de 10 dias (n.º 2 do art. 417.º). (5) - Se só em alegações escritas é feita referência a essas alterações, deve então ser cumprido o disposto no n.º 2 do art. 417.º do CPP.» *AcSTJ de 04/12/2003, proc. n.º 3293/03-5*. No mesmo sentido o *AcSTJ de 11/12/2003, proc. n.º 3293/03-5*.

³⁴ No n.º 1 do art. 426.º-A da Proposta é introduzida uma alteração susceptível de resolver algumas dificuldades que se vinham sentindo na aplicação da norma anterior quanto ao reenvio, derivada da existência de vários tribunais com sede no mesmo local e em que não fazia sentido a remessa para um tribunal mais próximo, quando os impedimentos previstos no art. 40.º permitiam afastar do mesmo tribunal os juízes que tendo intervindo no anterior julgamento ainda aí prestassem serviço. Assim, em caso de reenvio, o novo julgamento compete, em primeira linha, ao tribunal que tiver efectuado o julgamento anterior, sem prejuízo do disposto no artigo 40.º, ou, no caso de não ser possível, ao tribunal que se encontre mais próximo, da mesma categoria e composição às do tribunal que proferiu a decisão recorrida. Cfr. o *AcSTJ de 04/03/2004, 4048/03-5*, que adopta uma solução idêntica no reenvio para tribunal com vários juízes.

Refira-se, nesta sede, a inovação introduzida no n.º 2 do art. 426.º que vem resolver a questão de saber para onde é feito o reenvio do processo para novo julgamento ordenado pelo Supremo Tribunal de Justiça no âmbito de recurso interposto, em 2.ª instância. E resolve-a, de forma adequada, estabelecendo que o mesmo tem lugar para a Relação, que admite a renovação da prova ou reenvia o processo para novo julgamento em 1.ª instância, como resulta para o processo civil do n.º 2 do art. 729.º do CPC. O que compreenderá a possibilidade de a Relação conhecer novamente a questão de facto, à luz do direito definido pelo Supremo Tribunal de Justiça, se a prova estiver documentada.

³⁵ A norma do art. 465.º actual permite ao Procurador-Geral, e não ao Ministério Público em geral, a formulação de um segundo pedido de revisão, sem qualquer limitação quanto ao fundamento,

Não cabendo nesta oportunidade uma análise completa das alterações propostas, apontar-se-ão *algumas das mais expressivas mudanças* sugeridas, tendo presentes as intenções sucessivamente declaradas do legislador e a evolução anterior.

4.1.

Uma dessas mudanças prende-se com a chamada, no âmbito da revisão, “inversão da regra da oralidade das audiências de recurso e supressão das alegações escritas”.

Na Exposição de Motivos explica-se essa opção: *«no sentido de evitar a realização de actos processuais supérfluos, e tendo presente que a audiência no tribunal de recurso corresponde a um direito renunciável, prevê-se que o recorrente requeira a sua realização, especificando os pontos que pretende ver debatidos (artigo 411.º). Com o mesmo objectivo, suprimem-se as alegações escritas, que a experiência demonstrou constituírem pura repetição das motivações.»*

Uma primeira constatação se impõe, a de que a *oralidade* enquanto um elemento relevante na construção dos recursos sofre, por esta via, um rude golpe.

Como se viu, no programa assumido pelo Legislador do Código e expresso no Preâmbulo do diploma³⁶ que o aprovou, o recurso penal foi concebido como uma via moderna de impugnação, de *«estrutura acusatória, com a consequente exigência de uma audiência onde seja respeitada a máxima da oralidade»*³⁷.

E na Exposição de Motivos respeitante à Revisão de 1998 continuava-se a referir a manutenção da oralidade nos recursos³⁸, na crença de que os poderes de iniciativa do

constituindo uma válvula de segurança do sistema, quando sendo evidente o erro judiciário, já se havia esgotado a possibilidade oferecida por uma 1.ª revisão indeferida.

Agora essa possibilidade alargada a todos aqueles que podiam formular um primeiro pedido, na sequência do Ac do T. Constitucional de 9.5.06, Proc. n.º 602/2005. Mas estabelece um outro requisito: o de que não haverá nova revisão se não for apresentado um “fundamento diferente”, numa formulação, pois, capaz de gerar dificuldades de interpretação: trata-se de um fundamento de facto diferente ou é um fundamento de alínea diferente? Seria preferível a opção pela seguinte redacção: “... não pode haver nova revisão com invocação do mesmo fundamento”

Mas ao mesmo tempo, a formulação proposta apesar do alargamento efectuado destruiu a mencionada válvula de segurança do sistema, que permitia que o Procurador-Geral da República formulasse um segundo pedido de revisão, ainda que com o mesmo fundamento, verdadeiramente renovado, dada a sua especial autoridade e posicionamento no sistema de justiça.

³⁶ DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro.

³⁷ A Lei de Autorização Legislativa, Lei n.º 43/86, de 26 de Setembro, no art. 2.º, n.º 2, als. 70 a 75, refere-se ao sentido de fundo a dar ao novo regime de recursos, entre os quais a consagração, para todas as espécies de recurso ordinário interposto de decisão final, da garantia do contraditório, sem possibilidade, porém, de réplica nos recursos que sejam exclusivamente de direito.

³⁸ Mas deve notar-se que a estrutura acusatória que exigia uma audiência com a máxima oralidade (versão originária), passa a razoável efectivação dos princípios do acusatório e do contraditório a exigir a audiência (versão de 1998).

tribunal e os princípios do acusatório e do contraditório só podem razoavelmente efectivar-se, nesta fase, em audiência; bem como a manutenção da autonomia entre motivação (formatada, destinada a definir e fundamentar o objecto do recurso, com vista ao seu recebimento) e alegações (destinadas à justificação e a discussão do mérito do recurso).

Oralidade em audiência a que se refere o Tribunal Constitucional³⁹, no sentido da conformidade constitucional da “revista alargada”: “há acrescentar ainda que, no recurso de revista alargada (...), sendo, também ele, de estrutura acusatória, há lugar a uma audiência; e, nesta, pode haver alegações orais”.

Reconhecia-se naquela Exposição de Motivos (1998) que o modelo de audiência no Tribunal Superior, com a oralidade, tinha encontrado dificuldades no seu desenvolvimento e estabilização, que a própria imprensa havia reportado. Mas o certo é que não se seguiu um caminho que pudesse contribuir para a ultrapassagem de tal dificuldade, quando a remissão genérica para as disposições da audiência em 1.^a Instância⁴⁰ e a imposição de prolação imediata dos acórdãos que conheciam do recurso⁴¹, foram muitas vezes a razão e/ou o pretexto das práticas menos produtivas e adaptadas ao modelo do Código.

No já referido Relatório do GPLP era proposta a inversão da regra (oralidade) que passava a ser excepção (requerida).

Escrevemos a propósito que a “compreensão de que as dificuldades do efectivo funcionamento da oralidade nas audiências penais, não nos devem afastar desse princípio que o próprio Relatório⁴² reconhece que é apontado pelo direito comparado e pelos compromissos assumidos pelo Estado português. A solução de substituir a regra da oralidade pela excepção: alegações escritas, não partiu da análise da forma como decorrem as audiências e procura antes responder aprioristicamente a essa dificuldade. Pode agir-se sobre a qualidade da intervenção oral e pode-se, perante a falta quase sistemática dos advogados às audiências, tomar um de dois caminhos: cominação de desistência no caso de 2.^a falta do advogado, ou dispensa das alegações orais, prosseguindo o processo imediatamente para decisão em conferência⁴³”.

Mas nunca se procurou agir sobre aquelas regras, permitindo o prolongar e aprofundar das dificuldades⁴⁴.

³⁹ AcTC n.º 322/93.

⁴⁰ N.º 5 do art. 423.º, que se mantém.

⁴¹ N.º 3 do art. 425.º.

⁴² Como reconhece na conclusão 25.^a.

⁴³ Regra que poderia ser introduzida no n.º 1 do art. 422.º do CPP, como sugeri e foi adoptado num Projecto de Revisão do Partido Socialista.

⁴⁴ Com o inerente fosso: os advogados repetiam o que estava na motivação, pois os juízes não faziam reflectir a sua alegação oral na decisão, e estes publicavam, pouco depois, como decisão, o projecto de

Empobrece-se assim a oralidade que, de regra no julgamento dos recursos, passa a excepção, passando as alegações orais a *actos processuais supérfluos* e a audiência no tribunal de recurso a um *direito renunciável*, invocação dogmaticamente anódina pois já antes o era e não obstante a regra era a da oralidade.

Mas, do mesmo passo, mesmo no caso em que há audiência com alegações orais o seu objectivo é mudado, numa mudança não explicada e que não se compreende imediatamente.

Agora é o recorrente, que pede a audiência, que especifica os pontos que pretende ver debatidos⁴⁵, o que retira sentido à norma do art. 423.º, n.º 1: indicação pelo relator das questões que o tribunal entende merecerem exame especial, ou, pelo menos estabelece uma contradição difícil de reduzir, quando é certo que as alegações orais não existem para recreação do recorrente, mas para esclarecimento do Tribunal. Aliás, e com frequência, no Supremo Tribunal de Justiça, o Relator não só indica os pontos a abordar especialmente nas alegações, como questiona o orador a propósito de questões que o Tribunal entende deverem ser melhor esclarecidas, função primordial das alegações.

Por outro lado, inverte-se a relação regra (oralidade) *versus* excepção (alegações escritas); mas também se extinguem as alegações escritas, apeladas agora de “*pura repetição das motivações*”, quando anteriormente, como se viu, se afirmava a “manutenção da autonomia entre motivação (formatada, destinada a definir e fundamentar o objecto do recurso, com vista ao seu recebimento) e alegações (destinadas à justificação e a discussão do mérito do recurso)”.

Deve notar-se que estas alterações alargam o espaço de tramitação unitária dos recursos nas relações e no STJ, aproximando-os, reforçando uma das linhas de orientação do Código.

De todo o modo, a audiência oral, uma trave mestra dos recursos no Código sai ferida deste confronto.

4.2.

Outra das novidades desta Revisão traduz-se no funcionamento do tribunal de recurso em três níveis: relator, conferência em reclamação e audiência, acompanhado da alteração da formação da secção.

Numa síntese breve pode dizer-se que esses três níveis do tribunal de recurso, se desenvolvem na forma seguinte:

Ao Relator, passa a competir-lhe:

acórdão que fora elaborado com base na motivação e respectiva resposta e que não tinham tido necessidade de alterar dada a falta de novidades em audiência, num círculo vicioso inextricável.

⁴⁵ Proposto n.º 5 do art. 411.º.

- a homologação da desistência do recurso⁴⁶;
- o convite para apresentar, completar ou esclarecer as conclusões formuladas pelo recorrente;
- decidir sobre a manutenção do efeito atribuído ao recurso;
- decidir sobre se há lugar à renovação da prova;
- apreciar o recurso quando este deva ser rejeitado, exista causa extintiva do procedimento ou da responsabilidade e a questão a decidir já tenha sido apreciada antes de modo uniforme e reiterado^{47 48}.

À conferência cabe conhecer:

- da reclamação que cabe (sempre) do despacho do relator;
- do recurso quando a decisão do tribunal *a quo* não constituir decisão final;
- quando não houver sido requerida a realização de audiência⁴⁹.

À audiência compete o julgamento só nos restantes casos.

Com esta repartição de competências, a proposta de revisão visou confessadamente a racionalização do funcionamento dos tribunais superiores, promovendo-se uma maior intervenção dos juízes que os compõem, a título singular.

É de saudar esta inovação sobre uma questão que, no Relatório sobre os Recursos elaborado pelo GPLP, era tratada (poderes do Relator e das decisões sumárias) somente a propósito dos recursos em processo civil⁵⁰, quando ela se mostrava importantíssima no plano penal, em que esses poderes são hoje muito mais reduzidos do que no processo civil.

⁴⁶ De acordo com a redacção proposta para o art. 415.º.

⁴⁷ Art. 417.º-A.

⁴⁸ Assim, no exame preliminar a que procede, o Relator profere uma decisão singular (a decisão sumária) sobre o recurso sempre que: (i) Alguma circunstância obstar ao conhecimento do recurso [a]); (ii) Existir causa extintiva do procedimento ou da responsabilidade criminal que ponha termo ao processo ou seja o único motivo do recurso [c]); ou (iii) O recurso dever ser rejeitado [b]); (iv) for manifesta a sua improcedência[421.º, n.º 1, al a)]; (v) Se verifique causa que devia ter determinado a sua não admissão nos termos do artigo 414.º, n.º 2[421.º, n.º 1, al b)]; ou (vi) o recorrente não apresente, complete ou esclareça as conclusões formuladas e esse vício afectar a totalidade do recurso, nos termos do n.º 3 do artigo 417.º [421.º, n.º 1, al c)]; (vii) A questão a decidir já tiver sido judicialmente apreciada de modo uniforme e reiterado [d)].

Essa decisão de rejeição limita-se a identificar o tribunal recorrido, o processo e os seus sujeitos e a especificar sumariamente os fundamentos da decisão (n.º 2).

⁴⁹ Art. 419.º.

⁵⁰ Na mesma conclusão 23.^a

Como lembraram os juízes das Secções Criminais do STJ⁵¹:

«Diferentemente do que sucede com o processo civil (art. 700.º) e com o processo no Tribunal Constitucional (art. 78.º-B da LOFTC), o Código de Processo Penal não dispõe sobre os poderes do juiz relator nos Tribunais Superiores. Por identidade de razão, seria de todo o interesses consagrar regras de teor semelhante para os Tribunais Superiores.

Idem para a formulação de regras adaptadas de possibilidade de decisão sumária a tomar pelo relator.»

Da decisão do relator cabe sempre reclamação para a conferência⁵², mas a conferência passa a ter uma composição mais restrita, englobando apenas o relator, um vogal (e não dois) e o presidente da secção que só tem voto de desempate⁵³.

É assim introduzida uma mudança extensiva à composição do tribunal que merece adesão quando restringe o número de juízes adjuntos em audiência no Supremo Tribunal de Justiça⁵⁴, que passam a ser dois e não três como anteriormente, mas que merece dissentimento quando prevê a redução, em conferência, para um só adjunto e que o presidente da secção em todas as conferências terá voto de desempate e será o segundo adjunto em todas as audiências.

Ora esta intervenção sistemática do presidente merece-nos bastantes reservas, podendo mesmo mostrar-se de praticabilidade duvidosa.

Na verdade, o presidente que só dirigia a discussão e votava para desempatar em audiência no STJ, passa a votar sempre nas audiências e a desempatar nas conferências⁵⁵, nas Relações e no Supremo, o que pode significar que em cada sessão semanal, poderá ter que intervir em mais de duas dezenas de acórdãos. É excessivo, eventualmente inoportuno, mesmo sem pensar que já tem novas funções atribuídas por esta Revisão: decidir conflitos.

Por outro lado, pode conduzir a um afrouxamento do sentido de própria jurisprudência, que, pela composição e sucessivas formações dos colectivos dos tribunais superiores, postulava uma intervenção equilibrada de todos os juízes, sem supremacia de nenhum deles.

⁵¹ Reflexão dos Juízes Conselheiros das Secções Criminais do STJ sobre a reforma processual penal, disponível em www.verbojuridico.net, pareceres, de que fui relator com o Conselheiro Lourenço Martins.

⁵² Previsão constante do n.º 8 do art. 417.º proposto, que no entanto não abrange o despacho de homologação da desistência pelo relator, de acordo com o art. 415.º

⁵³ Art. 419.º, n.º 2, proposto.

⁵⁴ Agora passam a intervir sempre 3 juízes, assim se uniformizando o recurso nas Relações e no Supremo Tribunal de Justiça, o que se mostra adequado, pois que tal facto faz diminuir de forma razoável a intervenção de cada um dos juízes da secção que passa, assim, a ter que “conhecer” um menor número de recursos, sem perda de qualidade e do carácter colegial da decisão.

⁵⁵ Aqui reduzindo desnecessariamente o carácter colegial da decisão.

A intervenção em todos os processos do Presidente da Secção vai-lhe dar uma intervenção acrescida capaz de romper aquele equilíbrio e atribuir-lhe uma mal sana (?) supremacia, empobrecendo e prejudicando o carácter colectivo e equilibrado de que se devem revestir as decisões dos Tribunais Superiores⁵⁶.

4.3.

Uma outra inovação prende-se com a recorribilidade para o Supremo Tribunal de Justiça, quer das Relações, quer directamente da 1.ª Instância.

No que se refere ao recurso de segundo grau perante o Supremo Tribunal de Justiça é proclamada a restrição aos casos de maior merecimento penal, “pelo que se passa a fazer referência no art. 400.º às penas concretas e aos casos em que a Relação, em recurso, não conhecer a final do objecto do processo”.

O Supremo Tribunal de Justiça é um «tribunal cuja função própria e normal é restabelecer o império da lei, corrigindo os erros de interpretação e aplicação das normas jurídicas cometidos pela relação ou pelo tribunal da 1.ª instância, contribuindo para a uniformização da jurisprudência».⁵⁷

Como já tivemos ocasião de escrever, «acompanha, assim, o nosso Supremo Tribunal de Justiça o ensinamento do direito comparado de, em primeiro lugar, velar pela boa aplicação das regras jurídicas pelas jurisdições inferiores e, por essa forma, assegurar ao direito unidade, clareza e certeza; em segundo lugar, modernizar o direito, isto é, adaptá-lo às novas condições sociais e às aspirações contemporâneas: e

⁵⁶ Se, como espera o Projecto de Revisão, diminuir drasticamente o número de processos a julgar em audiência, poderia, quando muito, praticável que o presidente da secção tivesse intervenção na deliberação respeitante a esses processos, pois que os acompanha necessariamente ao presidir à audiência.

⁵⁷ Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil Anotado*, VI, pág. 2.

Pág. 1-15: «Pelo facto de estar colocado no mais alto grau da hierarquia judicial, de ser tribunal único, e de ser presumível que a jurisprudência estabelecida pelos seus acórdãos venha a ser adoptada, de futuro, em casos semelhantes, é natural que os tribunais de 1ª e 2ª instância se inspirem na interpretação e aplicação que o Supremo for dando aos textos legais.»

«O que dá aos acórdãos do Supremo um prestígio e valor especial é a circunstância de emanarem do mais alto tribunal e de dever supor-se que o Supremo manterá, de futuro, a sua jurisprudência, em casos semelhantes. Esta força, senão de persuasão, ao menos de supremacia, tenderá a produzir o seguinte resultado prático: os tribunais inferiores, mesmo quando não concordem com a doutrina emitida pelo Supremo, serão levados naturalmente a aceitá-la e a aplicá-la. Podem, certamente, reagir contra ela, quando a considerarem errada; e a cada passo reagem. Mas se o Supremo insistir na sua jurisprudência, se se mantiver fiel a ela, os tribunais inferiores acabarão por desarmar e por se submeter, certos de que a sua luta será inglória e inútil. A jurisprudência do Supremo acabará por triunfar contra as veleidades de resistência dos tribunais de instância. Pouco a pouco, por uma lei natural do espírito humano, os juízes dos tribunais inferiores vão-se conformando com as directrizes traçadas pelo Supremo em matéria de interpretação e aplicação das normas jurídicas. Este o mecanismo indirecto que conduz à uniformização da jurisprudência. Mecanismo lento, mas de resultado seguro. A acção deste mecanismo pressupõe a condição já assinalada: que o Supremo se mantenha fiel à sua própria jurisprudência ».

Cfr também Karl Larenz, a importância da jurisprudência para a actividade jurídica prática in *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª Ed., C. Gulbenkian, pág. 277.

só reflexamente fazer boa justiça ao recorrente»⁵⁸. Um Supremo Tribunal ⁵⁹ (...) que seria híbrido – nem um terceiro grau de jurisdição que se não distingue das 1ª e 2ª instâncias a não ser pela sua supremacia, uma vez que conhece igualmente de matéria de facto e de direito, nem o oposto que tem exclusivamente por função o controle do respeito da lei – e só poderia ser chamado a intervir sobre questões de direito mas poderia alterar a decisão de fundo, sempre que os factos fossem suficientemente claros⁶⁰.

Em síntese breve, trata-se de um Tribunal de revista entre o recurso normativo e o recurso hierárquico, entre a cassação e a plena jurisdição, segundo pressupostos objectivos de admissibilidade, como a dupla conforme e a rejeição manifesta.

Mas, o recurso penal deve ser, de algum modo, poupado às restrições, atenta a natureza das questões visadas que contendem frequentemente com direitos fundamentais e a perspectiva material-simbólica que assume o direito penal. E não se pode esquecer que o Supremo Tribunal de Justiça acaba por ser a única fonte material de sentencing, dada a ausência das respectivas políticas.

Aceita-se, a essa luz, a necessidade de retirar do âmbito do Supremo Tribunal de Justiça os recursos respeitantes aos crimes de menor gravidade, purificando, do mesmo passo, o seu papel de tribunal de revista, objectivos sucessivamente afirmados pelo(s) legislador(es)⁶¹.

Como se viu, a revisão de 1998 permitia o renascimento do duplo grau de recurso, envolvendo o STJ⁶², o que foi mitigado com a limitação dos casos em que as Relações não decidem em última instância.

Assim se seleccionaram as situações em que as decisões proferidas pelas Relações em via de recurso seriam recorríveis para o Supremo, com base na gravidade das penas aplicáveis e no princípio da dupla conforme, evitando a asfixia deste Tribunal.

⁵⁸ *Medida da Pena, Disparidades*.

⁵⁹ Cfr. o número especial da *Revue Internationale de Droit Comparé*, intitulado La Cour Judiciaire Suprême.

⁶⁰ Cfr., no mesmo sentido a intervenção de Costa Andrade, no decurso da discussão sobre a consagração constitucional das regras de acesso ao Supremo Tribunal de Justiça, Diário da AR, II Legislatura, 2ª Sessão Legislativa, II Série, 2º suplemento ao n.º 44 de 24-1-82, pág. 904 (51).

⁶¹ Diz-se na conclusão 36.ª do *Relatório...*, «quanto ao processo penal, em sede de diferenciação orgânica entre as instâncias de recurso, deve, em primeiro lugar, aprofundar-se a orientação, iniciada coma Revisão de 1998, de atribuir às Relações a competência para julgar os recursos interpostos das decisões proferidas pelos tribunais de 1.ª instância e de purificar a função do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal que conhece apenas da matéria de direito.

⁶² Pela atribuição às Relações da competência para a apreciação dos recursos das decisões dos tribunais colectivos (e agora, como se sugere do Tribunal de júri) com a reserva da última palavra, no tocante à matéria de direito, ao Supremo.

No domínio das decisões das Relações proferidas em via de recurso em que não cabe recurso para o STJ, desenharam-se duas orientações a propósito da interpretação do sintagma “pena aplicável”, inscrito nas alíneas e) e f) do n.º 1 do art. 400.º.

Uma, de sentido mais rígido, e que parece o mais linear, entendendo a “pena aplicável” sem qualquer referência à pena aplicada, mesmo que tornada inalterável, e medida para cada uma das infracções.

Outra, tentando conjugar o sintagma usado naquelas alíneas com a mesma expressão usada intra-sistematicamente: n.º 2 do art. 77.º, do C. Penal, quando alude aos limites mínimo e máximo da “pena aplicável” e art.ºs 14.º, n.º 2, al. b) e 16.º, n.º 3, ambos do CPP.

Afirmou-se a primeira alternativa⁶³.

⁶³ Da primeira linha, que entretanto se impôs e hoje é aceite:

“(1) - Não é admissível recurso, além do mais, “de acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações, que confirmem decisão de primeira instância, em processo por crime a que seja aplicável pena de prisão não superior a oito anos, mesmo em caso de concurso de infracções” - art.º 400.º, n.º 1, f), do Código de Processo Penal. (2) - Qualquer que seja a pena aplicada ou aplicável em cúmulo jurídico, são as penas - cada uma delas, singularmente considerada - aplicáveis aos singulares crimes em concurso que hão-de dizer da recorribilidade ou irrecorribilidade da decisão. (3) 3 - Se a moldura abstracta de qualquer destes crimes singulares não ultrapassar os oito anos de prisão, a decisão, verificada a “dupla conforme” é irrecorrível; se alguma ou algumas ultrapassarem esse limite, ou não houver confirmação, tal decisão já será recorrível. (4) - Há que ter como abrangida naquela expressão legal, “confirmem decisão de primeira instância”, as hipóteses de confirmação apenas parcial da decisão, quando a divergência da Relação com o decidido, se situa apenas no quantum (em excesso) punitivo advindo da 1.ª instância. (...). (Ac. do STJ de 13-02-2003, Processo n.º 4667/02-5).

Da segunda linha descrita:

“Pese embora o crime pelo qual o arguido foi acusado correspondesse a uma pena máxima, abstractamente aplicável, superior a 5 anos, tendo o Ministério Público usado da faculdade prevista no art.º 16.º, n.º 3, do CPP, e prescindido do seu julgamento em tribunal colectivo, não é admissível, ex vi do art.º 400.º, n.º 1, al. e), do CPP, recurso do acórdão proferido pelas Relações sobre tal decisão para o Supremo Tribunal de Justiça”[2]. (Ac. do STJ de 19-01-2000, P.º n.º 1181/99).

“(1) - A expressão, “mesmo em caso de concurso de infracções”, a que se refere alínea f) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP, deve ser entendida como significando que no caso de prática pelo arguido de várias infracções, ainda que cada uma delas não exceda a pena abstracta de 8 anos, se o cúmulo jurídico correspondente exceder também a pena de prisão de 8 anos, o recurso é admissível. (2) - Tal entendimento coaduna-se com a terminologia e sentido usados no n.º 2 do artigo 77.º, do CP, quando alude aos limites mínimo e máximo da “pena aplicável” e colhe apoio nos artigos 14.º, n.º 2, alínea b) e 16.º, n.º 3, ambos do CPP, e com o espírito da lei ao reservar para o STJ a apreciação dos casos de maior gravidade”. (Ac. do STJ, de 2-05-2002, P.º n.º 220/02-3ª).

“(1) - Ao fixar o quadro de competência material e funcional dos tribunais para a prática de actos de natureza jurisdicional, e porque se está em momento processual em que somente se conhecem as penas teoricamente aplicáveis aos crimes, a lei apenas alude à pena em abstracto aplicável, quer seja a pena prevista para um crime singular quer seja a pena aplicável em cúmulo jurídico. (2) - Porque a composição do tribunal e forma de processo devem estar adaptados à gravidade do crime em julgamento, oferecendo maiores garantias de defesa quanto mais graves os crimes imputados, a pena a ter em conta há-de ser sempre a mais elevada da moldura abstracta. (3) O inciso “mesmo em caso de concurso de infracções”, mencionado no artigo 400.º, n.º 1, alínea f), do CPPenal, e em vários outros preceitos, tem o significado, em

O Relatório de Avaliação propôs o esclarecimento desses dispositivos no primeiro sentido⁶⁴ – abstractamente aplicável, mas a Proposta 109/X-2 veio a enveredar pela solução oposta e que havíamos sustentado⁶⁵, a da pena aplicada: não superior a 5 ou 8 anos de prisão.

Mas deveria ainda clarificar-se um outro ponto já amplamente debatido no Supremo Tribunal de Justiça e que se prende com a interpretação a dar à expressão «mesmo em caso de concurso de infracções», constantes daquelas alíneas e) e f).

Discutiu-se se ela significa que os limites aí referidos de 5 e 8 anos são válidos, mesmo que sejam superiores no caso concreto, por via do concurso de infracções ou significa que, mesmo no caso de concurso de infracções, são esses os limites?

Tem decidido o Supremo Tribunal de Justiça⁶⁶, que: «se não estiver em causa directamente no recurso de decisão da Relação, proferida em recurso, a legalidade da operação do cúmulo jurídico, qualquer que seja a pena única conjunta aplicada ou aplicável, são as penas – cada uma delas, singularmente considerada – aplicáveis aos singulares crimes em concurso que hão-de dizer da recorribilidade ou irrecorribilidade da decisão.»^{67 68}.

todos eles, de que se deve atender tanto à gravidade abstracta prevista para um só crime como para o concurso de crimes. (4) – Todavia, por vezes há que atender à situação concreta, quer porque a acusação “fixou” uma baliza máxima para a aplicação da pena, quer pela proibição da *reformatio in pejus*, valendo aí as razões de celeridade na Administração da Justiça, traduzidas na “dupla conforme”, sem quebra de garantias essenciais de reapreciação. (5) - A gravidade do caso sub judice – a pena não pode exceder os cinco anos - não justifica a intervenção do Supremo Tribunal e foi esse o critério essencial subjacente ao preceito do artigo 400º n.º 1, alínea f), do CPPenal. (Ac. de 4.12.02 - P.º n.º 3404/2002-3.ª)

“(1) - Como princípio geral, é permitido recorrer dos acórdãos, das sentenças e dos despachos cuja irrecorribilidade não estiver prevista na lei. (2) - A expressão “mesmo em caso de concurso de infracções” usada nas alíneas e) e f) do n.º 2 do art. 400.º do CPP pode gerar algumas dificuldades de interpretação, uma vez que tem sido defendido que se refere quer às penas concretas dos crimes em concurso, quer às molduras penais abstractas dos diversos crimes em concurso, quer à moldura penal abstracta mais severa. (3) - Mesmo a entender-se que se dirige às molduras penais abstractas, quer de cada pena parcelar, quer da pena única, então, e para a determinação desta última, deve ter-se em conta a regra do n.º 2 do art. 77.º do C. Penal: o limite máximo é constituído pela soma das penas parcelares, com o limite de 25 anos. (4) - Tratando-se de uma decisão da Relação, que confirmou uma condenação em duas penas parcelares de 4 anos de prisão e de 20 meses (com perdão de um anos) e aplicou a pena única de 4 anos e 4 meses, nunca haveria recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, uma vez que, quer as penas concretas, quer as molduras penais abstractas de cada crime e do concurso, não ultrapassam os 8 anos de prisão. (Ac. do STJ de 30-01-2003, Processo n.º 160/03-5).

⁶⁴ Louvando-se na argumentação que aduzira em *Nótula sobre a Admissibilidade do Recurso para o Supremo Tribunal de Justiça*, Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2003, n.º 11, pp. 167-171.

⁶⁵ Cfr. Nota anterior.

⁶⁶ Cfr. v. g. o Ac. de 5.5.05, proc. n.º 1442/05-5, em que fui relator.

⁶⁷ Argumenta-se nesse acórdão:

Dispõe a al. f) do n.º 1 do art. 400.º do CPP que não é admissível recurso de acórdãos condenatórios proferidos, em recurso, pelas Relações, que confirmem decisão de primeira instância, em processo por crime a que seja aplicável pena de prisão não superior a oito anos, mesmo em caso de concurso de infracções.

Num momento inicial, entendeu este Supremo Tribunal de Justiça, no aresto citado da douta decisão que recaiu sobre as reclamações (Ac. de 2.5.02, proc. n.º 220/02-3, Relator: Cons. Lourenço Martins e que mereceu então a concordância do aqui relator):

"1 - A expressão, "mesmo em caso de concurso de infracções", a que se refere alínea f) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP, deve ser entendida como significando que no caso de prática pelo arguido de várias infracções, ainda que cada uma delas não exceda a pena abstracta de 8 anos, se o cúmulo jurídico correspondente exceder também a pena de prisão de 8 anos, o recurso é admissível.

2 - Tal entendimento coaduna-se com a terminologia e sentido usados no n.º 2 do artigo 77.º, do CP, quando alude aos limites mínimo e máximo da "pena aplicável" e colhe apoio nos artigos 14.º, n.º 2, alínea b) e 16.º, n.º 3, ambos do CPP, e com o espírito da lei ao reservar para o STJ a apreciação dos casos de maior gravidade."

Posteriormente, tem sido dito que a expressão "mesmo em caso de concurso de infracções" é usada diversas vezes no CPP, nem sempre com o mesmo sentido, mas, num segundo olhar, talvez não seja inteiramente exacta tal asserção.

Tal expressão é usada nos art.ºs 16.º, n.º 3, 381.º, n.º 2, 400.º, n.º 1, al.s e) e f), a nosso ver, sempre com o mesmo sentido e só no art. 14.º, n.º 2, al. b) é que é usada uma expressão próxima, mas não inteiramente coincidente, com sentido diverso mas aí claramente enunciado.

Com efeito, a expressão "mesmo quando, no caso de concurso de infracções" é usada no art. 14.º, n.º 2 al. b) (atribuição de competência ao Tribunal Colectivo), para dispor que se somam os limites máximos das molduras penais (crimes "cuja pena máxima, abstractamente aplicável, seja superior a 5 anos de prisão, mesmo quando, no caso de concurso de infracções, seja inferior o limite máximo correspondente a cada crime").

Ou seja, é usada para significar que, para efeitos de competência do Tribunal Colectivo releva o concurso de infracções somando-se os limites máximos das respectivas molduras penais, o que é dito claramente no enunciado da lei.

Já no n.º 3 do art. 16.º a propósito da competência do tribunal singular e da singularização dos processos pelo Ministério Público a expressão "mesmo em caso de concurso de infracções", aqui em causa, significa que essa circunstância não releva, desde que o Ministério Público entenda que não deve ser aplicada, em concreto, pena de prisão superior a 5 anos de prisão.

E tem essa expressão o mesmo significado no n.º 2 do art. 381.º do CPP quanto ao julgamento em processo sumário dos detidos em flagrante delito por crime punível com pena de prisão de limite máximo superior a 3 anos, "mesmo em caso de concurso de infracções", quando o Ministério Público, na acusação, entender que não deve ser aplicada, em concreto, pena de prisão superior a 3 anos.

O mesmo significado tem a expressão nas al.s e) e f) do n.º 1 do art. 400.º, de que nos ocupamos agora, ao dispor que não é admissível recurso: de acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações, em processo por crime a que seja aplicável pena de multa ou pena de prisão não superior a 5 anos, "mesmo em caso de concurso de infracções", ou em que o Ministério Público tenha usado da faculdade prevista no artigo 16.º, n.º 3 [al. e)]; e de acórdãos condenatórios proferidos, em recurso, pelas relações, que confirmem decisão de 1.ª instância, em processo por crime a que seja aplicável pena de prisão não superior a 8 anos, "mesmo em caso de concurso de infracções" [al. f)]

A expressão "mesmo em caso de concurso de infracções" é, pois, usada em todas estas disposições legais com o sentido de "mesmo que se trate de concurso de infracções", prescrevendo a irrelevância de tal circunstância.

Isso mesmo vem entendendo maioritariamente este Supremo Tribunal de Justiça.

Para efeitos do disposto nas alíneas e) e f) do art. 400.º do CPP a recorribilidade de acórdãos das Relações afere-se apenas em face da pena aplicável em abstracto por cada crime isoladamente considerado, ainda

É certo que esse sintagma não consta agora da redacção proposta para aquelas alíneas⁶⁹, mas mesmo assim e perante a discussão que se travou, importaria também clarificar este ponto numa ponderação global dos limites que se devem estabelecer à subida ao Supremo Tribunal de Justiça de recursos de decisões das Relações, ou *per saltum*, em matéria de cúmulos jurídicos.

Ou seja, se esses limites se referem só às penas parcelares ou também à pena única ou conjunta⁷⁰.

Esta questão renova-se a propósito do recurso das decisões finais proferidas pelo tribunal de júri ou tribunal colectivo (desde que visem exclusivamente o reexame de matéria de direito) para o STJ.

que, existir concurso de infracções a pena possa ultrapassar os limites fixados naqueles preceitos (Ac. de 22/5/03, Acs STJ XI, 2, 190, Relator: Cons. Santos Carvalho)

Não estando em causa directamente no recurso a legalidade da operação do cúmulo jurídico, qualquer que seja a pena única conjunta aplicada ou aplicável, são as penas - cada uma delas, singularmente considerada - aplicáveis aos singulares crimes em concurso que hão-de dizer da recorribilidade ou irrecorribilidade da decisão. Se a moldura abstracta de qualquer destes crimes singularmente considerados não ultrapassar os oito anos de prisão, a decisão, verificada a "dupla conforme" é irrecorrível; se alguma ou algumas ultrapassarem esse limite, ou não houver confirmação, então tal decisão já será recorrível (Ac. de 11/3/04, Acs STJ XII, 1, 224, Relator: Cons. P Madeira)

É também orientação dominante na doutrina e na jurisprudência do STJ que, para efeitos de recurso, no caso de concurso de crimes se atende à pena máxima aplicável a cada um dos crimes e não ao limite máximo da moldura do concurso fixada pelo art. 77.º, n.º 2, do C. Penal (Ac. de 31/3/04, Acs STJ XII, 1, 234, Relator Cons. Sousa Fonte e de 4/3/04, proc. n.º 4249/03-5, com o mesmo Relator)

No mesmo sentido se pronunciou nos Acs de 24/3/04, proc. 899/04-3, Relator Cons. Armindo Monteiro, de 3/3/04, proc. n.º 4216/03-3, Relator: Cons. Antunes Grancho, de 3/3/04, proc. n.º 3770/03-3, Relator Cons. Silva For, de 1/4/04, 1271/04-5, Relator Cons. Santos Carvalho, de 11/12/03, proc. n.º 3674/03-5, Relator Cons. Costa Mortágua, de 11/12/03, proc. 3211/03-5, Cons. Rodrigues Costa, de 25/3/04, proc. n.º 764/04-5, Relator Cons. Santos Carvalho, de 11/3/04, proc. n.º 4417/03-5, Relator Cons. Quinta Gomes e de 10/03/05, 545/05-5, Relator, Cons. Simas Santos.

⁶⁸ Tem-se desenvolvido no STJ uma corrente que vai no sentido de não se conhecer das questões relativas a crimes puníveis com pena até 5 anos, mesmo que em concurso com crime que, ultrapassando aquele limite, garanta a admissibilidade. Dissinto desta posição, pois me parece que a mesma se socorre novamente do dispositivo do art. 400.º, já depois de admitido o recurso, quando a norma então aplicável é a do art. 402.º, n.º 1 sobre o âmbito do recurso, que abrange, em princípio toda a decisão (princípio do conhecimento amplo do recurso).

⁶⁹ O que parece apontar no sentido de que, em caso de cúmulo jurídico, será a pena única a atendível.

⁷⁰ No domínio do art. 400.º seria de ponderar intervenção clarificadora quanto à inadmissibilidade de recurso para o STJ do despacho de pronúncia, apesar do Assento de 24-01-90, e da jurisprudência posterior ser pacífica nesse sentido, o que continua a não ser atendido pelos recorrentes. O mesmo se diga da inadmissibilidade de recurso para o STJ de decisões proferidas em processo comum, com intervenção do juiz singular, mesmo quando a Relação se pronuncia.

Também se deve acautelar a atribuição ao Supremo de competência para conhecer de recurso como acontece hoje com as deliberações da Comissão Nacional de Eleições (contra-ordenações), disposição a revogar.

As als. c) e d) do art 432.^o não estabelecem hoje qualquer limite a essa recorribilidade, mas é proposto que aquele recurso directo só passe a ter lugar quanto aos acórdãos finais que apliquem pena de prisão superior a 5 anos⁷¹.

Ainda aqui se retoma a referência à pena aplicada, em consonância com o proposto para o art. 400.^o, e se suscita a questão da pena aplicada em concurso de infracções.

Mas também se resolve uma entropia sistémica que havíamos denunciado^{72 73}.

Em resultado da Revisão de 1998, com o correspondente redesenho da recorribilidade para as relações e para o STJ, não havia um obstáculo normativo claro a uma ocorrência que aquela revisão repudiava: a possibilidade de ser interposto recurso directo para o STJ de decisão do tribunal colectivo que aplicasse pena não superior a 5 anos, caso em que se o recurso fosse dirigido à Relação, não poderia chegar depois ao STJ, por força das regras do art. 400.^o.

Na verdade, importa considerar se, como já entendeu o Supremo Tribunal de Justiça⁷⁴, dada a intenção proclamada da Revisão de 1998, de retirar do conhecimento do Supremo Tribunal de Justiça a criminalidade menos grave, se deverá não admitir

⁷¹ Proposta al. c) do n.º 1 do art. 432.^o.

⁷² *Recursos em Processo Penal, Revisão de 1998*, cit.

⁷³ No Documento de Reflexão dos Juízes Conselheiros do STJ, também se refere esta questão: «Na verdade, importa tornar claro se pode ser interposto recurso de qualquer decisão final de tribunal colectivo, que vise exclusivamente o reexame da matéria de direito, independentemente da gravidade das penas infligidas e do critério da al. e) do n.º 1 do art. 400.^o do CPP.

A possibilidade de recurso *per saltum* das decisões dos tribunais colectivos (e de júri) para o Supremo Tribunal sem conexão com as infracções julgadas e penas aplicadas, tem levado a que não se interponha uma “filtragem” equivalente à que se vem denominando de “dupla conforme”. Ou seja, de acordo com as alíneas d) e f) do artigo 400.^o do CPPenal a confirmação de uma absolvição pela 2.^a Instância ou a confirmação de condenação por crime a que seja aplicável pena de prisão não superior a oito anos, mesmo em caso de concurso de infracções ou então por crime a que seja aplicável pena de multa ou pena de prisão não superior a cinco anos, o recurso não é admissível.

Porém, se o recurso tiver sido interposto directamente para o STJ, então essa “filtragem”, quanto à admissibilidade, não tem sido feita – há escassas manifestações em alguns acórdãos - o que resulta na ocupação do mais Alto Tribunal na apreciação, por exemplo, se determinada pena deve ou não ser suspensão, se deve ou não ser determinada a expulsão de um estrangeiro.

⁷⁴ «(1) O recurso directo para o STJ só é admissível dos acórdãos proferidos pelo tribunal de júri e de acórdãos proferidos pelo tribunal colectivo (exclusivamente para reexame da matéria de direito) desde que pudessem ser recorríveis nos termos do art. 400.^o do CPP. (2) Deste modo, só poderá haver recurso para o STJ uma vez verificado o pressuposto (negativo) de não se estar perante uma futura decisão da Relação que viesse a ser irrecurável, já que, a ser de outra maneira, a “dupla conforme” não funcionará em casos em que devia existir, isto é, em situações de pequena e média gravidade que continuarão a chegar ao STJ, ficando assim subvertido o princípio de que o recurso *per saltum* só se justifica pela medida da pena e a limitação à matéria de direito.» *Ac. do STJ de 17-04-2002, Acs STJ anoX t2 pag176, Processo nº 381/01-3*

recurso *per saltum* para esse Supremo Tribunal de decisões de Tribunal Colectivo que não seriam recorriáveis, nos termos do art. 400.º do CPP, se apreciadas pelas Relações⁷⁵.

Deste modo, só poderia haver recurso para o STJ uma vez verificado o pressuposto (negativo) de não se estar perante uma futura decisão da Relação que viesse a ser irrecurível, já que, a ser de outra maneira, a "dupla conforme" não funcionará em casos em que devia existir, isto é, em situações de pequena e média gravidade que continuarão a chegar ao STJ, ficando assim subvertido o princípio de que o recurso *per saltum* só se justifica pela medida da pena e a limitação à matéria de direito⁷⁶.

⁷⁵ «(1) O recurso directo para o STJ só é admissível dos acórdãos proferidos pelo tribunal de júri e de acórdãos proferidos pelo tribunal colectivo (exclusivamente para reexame da matéria de direito) desde que pudessem ser recorriáveis nos termos do art. 400.º do CPP. (2) Deste modo, só poderá haver recurso para o STJ uma vez verificado o pressuposto (negativo) de não se estar perante uma futura decisão da Relação que viesse a ser irrecurível, já que, a ser de outra maneira, a "dupla conforme" não funcionará em casos em que devia existir, isto é, em situações de pequena e média gravidade que continuarão a chegar ao STJ, ficando assim subvertido o princípio de que o recurso *per saltum* só se justifica pela medida da pena e a limitação à matéria de direito.» *Ac. do STJ de 17-04-2002, Acs STJ anoX t2 pag176, Processo nº 381/01-3*

⁷⁶ Deve igualmente ter-se em conta, e eventualmente intervir sobre a falsa ideia de que a questão da medida da pena é sempre só uma questão de direito.

Essa questão conheceu recentemente novos desenvolvimentos no Supremo Tribunal de Justiça e no Tribunal Constitucional.

Cfr. Ac. do TC n.º 505/05, de 28.10.03, ACTC n.º57, pág. 741 – julga inconstitucional a norma do art. 432.º, al. d) do CPP, interpretada no sentido de que o Supremo Tribunal de Justiça só pode conhecer da medida concreta da pena nos casos de desrespeito dos respectivos parâmetros (culpa do arguido, exigências de prevenção, moldura penal abstracta e tipo legal de crime em causa), violação de regras de experiência ou desproporção da quantificação efectuada, sem que tal restrição dos seus poderes de cognição implique a remessa para outro tribunal de recurso.

Cfr. ainda o Ac. do STJ que reformulou o acórdão recorrido, de 04/03/2004, proc. n.º 4411/02-5, relatado por mim, com o seguinte sumário: (1) - Se o STJ conheceu, em recurso de decisão da 1.ª instância relativo à medida concreta da pena, os parâmetros respectivos, designadamente a ilicitude, culpa, personalidade e condições pessoais do agente, as necessidades da prevenção geral e especial, e concluiu que aquela pena se situa dentro da sub-moldura traçada pela prevenção geral de integração e a culpa do agente, não se mostrando violação das regras da experiência ou a desproporção da quantificação efectuada, está garantido o núcleo essencial do recurso previsto pelo n.º 1 do art. 32.º da Constituição. (2) - Mas tendo o Tribunal Constitucional decidido (Ac. n.º 505/03 de 28.10.03, DR IIS, de 5. 1.04): inconstitucional a norma do artigo 432º, alínea d), do Código de Processo Penal, interpretada no sentido de que o Supremo Tribunal de Justiça só pode conhecer da medida concreta da pena nos casos de desrespeito dos respectivos parâmetros (culpa do arguido, exigências de prevenção, moldura penal abstracta e tipo legal de crime em causa), violação de regras da experiência ou desproporção da quantificação efectuada, sem que tal restrição dos seus poderes de cognição implique a remessa do processo para outro tribunal de recurso", na reformulação daquele acórdão, não pode o STJ deixar de ordenar a remessa dos autos à Relação para que aprecie a exactidão da quantificação precisa da pena, respeitando o juízo do Supremo sobre os parâmetros da pena. (3) - Em matéria de medida concreta da pena, enquanto que ao STJ só assistem aqueles poderes de cognição, as Relações podem proceder a um reexame mais amplo, e eventualmente avaliar diversamente o significado da matéria de facto, quer em relação a cada parâmetro, quer em relação à imagem global do facto e da personalidade do agente, invadindo a margem de liberdade que, no nosso

No mesmo sentido caminha, pois, a proposta de revisão, apurando uma das linhas de evolução do Código: a retirada da apreciação dos recursos respeitante à pequena criminalidade do âmbito do STJ.

Neste contexto deve sublinhar-se que os recursos, em matéria de facto, de decisões finais do tribunal do júri passam a ter o mesmo tratamento que aos recursos do tribunal colectivo: são interpostos para as relações, por via da alteração proposta para a al. c) do n.º 1 do art. 432.º, por se ter entendido, como reza a Exposição de Motivos, que “a solenidade do júri não justifica, ainda assim, uma conversão do direito de recurso”.

Se é certo que não foi só a “solenidade do júri”, mas a sua composição e o significado daí advindo que justificava o especial regime de recurso em matéria de facto, pode considerar-se que a solução agora avançada estende às decisões daqueles tribunais a garantia dum verdadeiro recurso em matéria de facto e não uma mera revista alargada⁷⁷, depurando-se, do mesmo passo, o STJ de mais um encargo de reexame do facto.

O que nos traz a questão dos poderes de cognição do Supremo Tribunal de Justiça.

O Relatório de Avaliação dos Recursos precisa nas suas conclusões⁷⁸ que, em matéria de direito, o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça não se pode fundar no disposto nos n.ºs 2 e 3 do art. 410.º do CPP, assim se pondo termo, naquele tribunal, à revista alargada⁷⁹, figura que perdeu sentido com a consagração de um generalizado recurso em matéria de facto

Não obstante continuarem a ser inúmeros os recursos em se pretende o reexame da matéria de facto pelo STJ naqueles termos, é já jurisprudência pacífica do

direito, assiste ao julgador na medida da pena e fixando, dentro dela, nova quantificação precisa, ou seja nova pena.»

⁷⁷ Revista alargada que o Tribunal Constitucional tem considerado conforme à Constituição.

O duplo grau de jurisdição em matéria de facto não tem, porém, de necessariamente consistir num reexame da prova produzida em primeira instância ou numa renovação da prova.

Com efeito, perante um modelo como o do CPP de 1987, em que das decisões do tribunal colectivo e do tribunal do júri se recorria para o Supremo Tribunal de Justiça, ou como o actual, que mantém esse regime para as decisões do tribunal do júri, o Tribunal Constitucional decidiu, em plenário, já depois da revisão constitucional de 1997, que o sistema de revista alargada tal como está previsto no art. 410.º-2 do CPP “preserva o núcleo essencial do direito ao recurso, em matéria de facto, contra sentenças penais condenatórias” (Ac. n.º 573/98) proferidas por tribunais colegiais (Ac. n.º 322/93).

Esse “sistema de revista alargada, mesmo que incidindo sobre o texto da decisão recorrida e não sobre os elementos de prova constantes dos autos, “protege o arguido dos perigos de um erro de julgamento (designadamente, de erro grosseiro na decisão da matéria de facto); e, desse modo, defende-o do risco de uma sentença injusta” (AcTC. n.º 322/93).

⁷⁸ Conclusão 38.^a.

⁷⁹ Que se continua a manter quando o STJ conhece de decisões proferidas em 1.ª instância pelas Relações.

Supremo Tribunal de Justiça em relação aos recursos de decisões do tribunal colectivo, de que tal não deve ter lugar.

O que não significa necessariamente que se deva entender da mesma forma quanto aos recursos em matéria de direito interpostos para as Relações, como se alerta no mencionado Relatório, que devem conhecer, se for o caso, em revista alargada, quando a prova não foi documentada.

4.4.

A interpretação da al. d) do art. 432.º suscitou posições desencontradas do Supremo Tribunal de Justiça: trata-se de um recurso *per saltum* dependente da vontade do recorrente, que tratando-se do reexame da matéria de direito decidida pelo tribunal colectivo, pode optar entre dirigir-se à relação ou ao STJ? Ou é antes um recurso directo obrigatoriamente dirigido a este último tribunal?

Nesta polémica, cujos contornos foram desenvolvidamente explicitados no documento de Reflexão a que se vem fazendo referência, afirmou-se maioritariamente no STJ a concepção do recurso como directo, obrigatório.

O Relatório de Avaliação dos Recursos, porém, seguiu caminho diverso, concluindo⁸⁰ que: «é de ponderar uma intervenção legislativa clarificadora da delimitação da via de recurso consagrada na alínea d) do artigo 432.º, eventualmente no sentido de o recorrente poder optar por dirigir ao Supremo o recurso restrito a matéria de direito, salvo nos processos por crime a que seja aplicável pena de multa ou pena de prisão não superior a cinco anos, em que o recurso deve obrigatoriamente ser interposto perante as Relações»⁸¹.

⁸⁰ Conclusão 41.^a.

⁸¹ Escreve-se aí, pág. 212: «Outra questão que tem suscitado divergências jurisprudenciais reside em saber se esta via de recurso para o Supremo apenas é admissível se o pudesse ser nos termos da alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º Por outras palavras, para que o recorrente interponha o recurso restrito à matéria de direito directamente para o Supremo tem de estar preenchido o pressuposto negativo de não se estar perante uma futura decisão da Relação que viesse a ser irrecorrível para aquele Supremo Tribunal? A jurisprudência tem ensaiado esta forma de “filtragem” [Cfr. Manuel Simas Santos, ‘Nótula sobre a Admissibilidade do Recurso para o Supremo Tribunal de Justiça’. Revista Jurídica da Universidade Portucalense infante D. Henrique. 2003. n.º 11 pp. 172-178, que fornece interessantes coordenadas para a fundamentação da mencionada orientação jurisprudencial].

Não obstante as dificuldades resultantes do teor literal das normas da alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º e das alíneas b) e d) do artigo 432.º, esta orientação parece adequar-se ao novo desenho da diferenciação orgânica entre as instâncias de recurso, assente no princípio de que os casos de pequena ou média gravidade não devem, em regra, chegar ao Supremo. Por outro lado, este mecanismo de “filtragem” concretiza um dos traços do recurso *per saltum*, qual seja o de que esta via de recurso é delimitável em função, não somente da sua finalidade (o exclusivo reexame da matéria de direito), mas também da medida da pena [Cfr. o n.º 16 da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 157/VII]. Ora, a alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º tem por objecto processos por crime a que seja aplicável pena de multa ou pena de prisão não superior a cinco anos, isto é, casos de pequena e média gravidade.

É essa a posição que me parece adequada à reafirmada intenção de recentrar o Supremo Tribunal de Justiça no seu papel de tribunal de revista, a que cabe o papel de velar pela aplicação da lei e a uniformização de jurisprudência e que tenho defendido⁸².

Mas não foi ela que vingou na Proposta, que prevê antes que o recurso de decisões finais do tribunal de júri e do tribunal colectivo que apliquem penas superiores a 5 anos de prisão, em que se peça exclusivamente o reexame da matéria de direito, são obrigatoriamente interpostos para o STJ, estando vedado o recurso para as Relações.

4.5.

No que se refere à proposta de alteração dos recursos extraordinários, abordar-se-ão, ainda mais sinteticamente, dado o tempo já longo desta intervenção, as questões enunciadas na Exposição de Motivos de Proposta de Lei.

No que respeita aos recursos para fixação de jurisprudência são duas as intervenções anunciadas.

No art. 437.º, autonomiza-se num novo número, o n.º 5, a parte final do n.º 1 actual, dispondo sobre a legitimidade para a interposição de recurso para fixação de jurisprudência.

Mas, para além de se dispor sem alteração, sobre a legitimidade, prescreve-se que esse recurso é obrigatório para o Ministério Público.

A obrigatoriedade de recurso para o Ministério Público é discutível e de aplicação prática muito difícil, senão impossível.

É certo que o deixar-se só ao arguido, assistente, partes civis e Ministério Público, a iniciativa de provocar a uniformização de jurisprudência se pode mostrar insuficiente para dar corpo a essa importante tarefa do Supremo Tribunal de Justiça.

Partilhamos dessa ideia e temos entendido que a solução passaria por criar mecanismos que permitissem ao Supremo, v.g., em conferência, desencadear, por si, a uniformização da jurisprudência ou mesma a revisão da já uniformizada.

E passaria por, voltando à versão originária do Código, tornar a atribuir aos acórdãos uniformizadores de jurisprudência força obrigatória para os tribunais judiciais⁸³.

Esboçando uma síntese conjunta dos dois vectores em que se desdobra a delimitação da via de recurso consagrada na alínea d) do artigo 432.º, entende-se que o recorrente pode optar por dirigir ao Supremo o recurso restrito a matéria de direito, salvo nos processos por crime a que seja aplicável pena de multa ou pena de prisão não superior a cinco anos, em que o recurso deve ser interposto perante as Relações.»

⁸² Posição que sustentei, quer em diversos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça (Acs de 3.11.00, proc. n.º 2791/00-5, de 10.5.01, proc. n.º 689/01-5, de 22.11.01, proc. n.º 2742/01-5, de 6.12.01, proc. n.º 3533/01-5 e de 26.1.06, proc. n.º 273/06-5) quer em outras intervenções de que dá conta o *Relatório*....

Na verdade, tornar obrigatório o recurso para o Ministério Público é depositar toda a confiança nesse expediente, que além de insuficiente, se pode mostrar ineficaz em relação aos verdadeiros objectivos da fixação de jurisprudência.

⁸³ Em apreciação do Relatório de Avaliação dos Recursos escrevi: «esta questão ajuda-nos, aliás, a centrar sobre a reflexão urgente e importante a fazer no domínio privilegiado de intervenção do STJ: a uniformização da jurisprudência.

Esse magno domínio de intervenção do STJ justificaria plenamente a realização do estudo, que falta neste Relatório, designadamente de avaliação da alteração introduzida no art. 445.º pela Lei n.º 59/98.

Seria importante saber se sistema actual tem permitido uma intervenção eficaz, quer na prolação atempada de acórdãos de fixação de jurisprudência sobre matéria dela carecida, quer na eficácia dessa prolação, quer na operacionalidade dos mecanismos instituídos para a revisão dessa jurisprudência, quando tal se mostre necessário.

Em traços largos, impostos pelos limites desta intervenção, a percepção que o longo tempo de serviço que levo nas secções criminais do STJ sugere-me as seguintes indicações:

A retirada de força obrigatória para os tribunais judiciais dos acórdãos de fixação de jurisprudência, operada pela Lei n.º 59/98, não permitiu a realização de nenhum dos objectivos que a terão norteado, antes criaram um elemento de perturbação a que urge por termo, retomando a redacção inicial dos rt.ºs 445.º e 446.º.

Com efeito, o que aconteceu é que, por variadas vezes, as decisões de tribunais da instâncias, nomeadamente da 1.ª instância, se afastaram da jurisprudência fixada e nunca adiantaram nenhum argumento novo que não tivesse sido ponderado pelo STJ, limitando a nada disser, apesar do especial dever de fundamentação imposto pela parte final do actual n.º 3 do art. 445.º, ou, na melhor das hipóteses, a aderir a um dos votos de vencido constante do Acórdão de Fixação de Jurisprudência: conduzindo a um resultado caricato.

O conselheiro, autor do voto de vencido, que seguia logicamente a posição vencedora, corrigia, no recurso previsto no art. 446.º a decisão elaborada pelo seu seguidor, com base no seu voto de vencido...

O que vale por dizer em nenhum caso, até este momento, o novo sistema se mostrou suporte adequado para revisão da jurisprudência fixada. E, em contrapartida o mecanismo actual do recurso obrigatório, gerador de múltiplos recursos extraordinários, mostra-se não só ineficaz, como pesadíssimo, sem qualquer contrapartida a não ser o enfraquecimento da função do STJ.

Impõe-se, assim e a meu ver, o retorno urgente ao sistema constante da versão original do Código, num esforço de dignificação do papel do STJ enquanto uniformizador de jurisprudência.

Mas também a entrega da iniciativa da revisão da jurisprudência fixada só na mão do Procurador-Geral da República, por força do recurso extraordinário previsto no n.º 2 do art. 447.º, também não constituirá mecanismo suficiente.

Nunca foi o mesmo usado até este momento e, no entanto, os juízes têm a percepção de que deveria ser criado um mecanismo que lhes permitisse transformar um recurso ordinário em extraordinário de revisão e assim, ou fixar jurisprudência de novo ou alterar a já fixada, sem ficar necessariamente dependente das partes ou do Ministério Público

Por outro lado, são inúmeros os recursos extraordinários para fixação de jurisprudência, bastantes deles sem interesse doutrinário real, só interpostos num esforço de encontrar um triplo grau de jurisdição. Seria de introduzir, ao menos para eles, um mecanismo de *leave to appeal* que tivesse em atenção o disposto no art. 150.º do CPTA e permitisse circunscrever este recurso extraordinário às questões que, pela sua relevância jurídica ou social, se revistam de importância fundamental, ou digam respeito a interesses imateriais, e àquelas situações em que a admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito, como é sugerido na conclusão 31.ª do Relatório.»

O carácter obrigatório do recurso terá um duplo efeito perverso. Por um lado significa que, *v.g.*, à primeira divergência entre dois acórdãos dos cinco Tribunais de Relação, o Ministério Público terá de interpor um recurso para fixação de jurisprudência, mesmo que a questão não tenha já o mínimo interesse prático no futuro, ou que ainda não se tenha desenvolvido a argumentação das teses em confronto, com vista a uma profícua análise por parte do STJ.

Aliás, a prática do Ministério Público no Supremo Tribunal de Justiça⁸⁴ tem sido a de esperar algum tempo para verificar se a divergência é pontual e dar tempo à discussão das teses em presença, bem como ponderar a utilidade da prolação de um acórdão uniformizador, antes de se decidir pela interposição de recurso extraordinário.

Por outro lado, a aplicação deste comando pressuporia o conhecimento atempado, pelo Ministério Público, de todas as decisões proferidas pelo STJ e pelas Relações o que não é possível, até porque muitas delas não são publicadas, e/ou pelo menos não o são em tempo útil.

E, nessa matéria, como é óbvio, há prazos a respeitar.

A segunda inovação, no que respeita aos recursos para fixação de jurisprudência, prende-se com o estabelecimento expresso, no art. 446.º, n.º 1 do prazo de 30 dias, a partir do trânsito em julgado dessa decisão, para recurso de decisão proferida contra jurisprudência fixada⁸⁵.

No Relatório de Avaliação dos Recursos abordou-se a questão de saber se o recurso para fixação de jurisprudência propriamente dito «deve ser interposto apenas quando transitar em julgado o acórdão proferido em último lugar (cfr. o n.º 1 do artigo 438.º) ou logo que dele não seja admissível recurso ordinário (cfr. o n.º 2 do artigo 437.º), independentemente do seu trânsito em julgado, repescando tal questão do documento de *Reflexão dos Juízes Conselheiros*.

E foi sobre esta base que se estabeleceu na Proposta, agora em análise, o falado prazo de 30 dias.

Sucede, porém, que não foi exactamente nesses termos que a questão se colocou no Supremo Tribunal de Justiça e de que se fez eco o mencionado documento⁸⁶.

⁸⁴ Como a minha experiência de cerca de 17 anos no STJ, 11 como Procurador-Geral Adjunto e Coordenador do Ministério Público, me permitiu constatar.

⁸⁵ Também já se discutiu da legitimidade para a interposição do recurso a que alude o n.º 1 do art. 446.º: se apenas o Ministério Público ou também as pessoas indicadas no n.º 1 do art. 437.º, o que conviria esclarecer, o que agora é esclarecido na Proposta.

⁸⁶ É o seguinte o trecho correspondente do documento:

VI – Recurso de decisão proferida contra jurisprudência fixada: Esgotamento da via ordinária ou directamente para o STJ? Prazo de interposição, legitimidade

1. Artigos implicados: 446.º, 448.º, 437.º, n.ºs 1 e 2, 438.º, n.º 1 e 411.º, n.º 1 (...)

2. Matérias problemáticas

2.1. Tem o STJ discutido se, antes de interposto o recurso previsto no art. 446.º do CPP – recurso de decisão proferida contra jurisprudência fixada – se deve esgotar a via ordinária ou se se deve recorrer logo directamente para o STJ.

Respondeu já que o recurso de decisão proferida contra jurisprudência fixada é um recurso extraordinário e tem de ser interposto directamente para o STJ, pois trata-se de matéria da sua exclusiva competência (art. 446.º, n.º 3, do CPP) não competindo à Relação apreciar um tal recurso. Pelo facto de o mesmo ser interposto no prazo do recurso ordinário não o transforma em recurso deste tipo, permitindo à Relação conhecer dele (Ac. de 16-01-2003, Proc. n.º 4500/02-5.).

Mas tem maioritariamente entendido, em contrário, que só se justifica o recurso extraordinário de decisão proferida contra jurisprudência fixada pelo STJ, regulado nos art.ºs 446.º e 448.º do CPP, quando a decisão já não é susceptível de recurso ordinário (Assim também já foi sustentado na doutrina: Simas Santos e Leal-Henriques, *Código de Processo Penal*, II, 1037).

Estabeleceu-se, assim um quase consenso quanto à necessidade de esgotamento dos recursos ordinários.

2.2. Já o mesmo não sucede quanto ao que se deve entender pela expressão “e dele não for admissível recurso ordinário” utilizada no n.º 2 do art. 437.º do CPP que se tem por correspondentemente aplicável aos recursos do art. 446.º, por força do seu n.º 2.

Enquanto em alguns acórdãos se entendeu que essa expressão significava que se teria de esperar pelo trânsito em julgado da decisão proferida contra jurisprudência fixada, convocando-se o art. 438.º, n.º 1, noutros se recebeu aquela expressão pelo seu conteúdo literal: a de que só poderia ser interposto tal recurso quando, por esgotados os recursos ordinários, os mesmos não coubessem no caso, sem que isso signifique necessariamente aguardar o trânsito em julgado da decisão.

O que tem relevância para a determinar do prazo de interposição de recurso.

Entendendo-se que importa aguardar o trânsito em julgado da decisão proferida contra jurisprudência uniformizada, então logicamente se entende que o prazo de interposição é o do n.º 1 do art. 438.º do CPP: dentro dos 30 dias seguintes a esse trânsito (Nesse sentido os Acs. de 08-06-2000, P.º n.º 1649/2000, de 29-03-2001, P.º n.º 858/01-5, de 28-11-2001, P.º n.º 2523/01-3, de 13-12-2001, P.º n.º 2738/01-5, de 16-01-2003, P.º n.º 4622/02-5).

No ac. de 22-01-2003 (P.º n.º 4423/02-3), com o seguinte sumário, afirmou-se: “1 - A natureza e finalidade do recurso extraordinário de decisão contra jurisprudência fixada - destinado a assegurar a eficácia dessa jurisprudência ou o seu reexame se for de entender que está ultrapassada (arts. 445.º, n.º 3 e 446.º, n.º 3, do CPP) - pressupõe necessariamente o prévio trânsito em julgado dessa decisão, pois só a partir desse trânsito se torna efectiva a situação de decisão contra aquela jurisprudência, situação que a lei pretende seja obrigatoriamente apreciada em recurso extraordinário com o referido objecto.

2 - Esse trânsito não é obstáculo à eficácia da decisão, a proferir nesse recurso extraordinário, relativamente ao processo em que foi interposto, atento o que dispõe o art. 445.º, n.º 1, ex vi art. 446.º, n.º 2, ambos do CPP.

3 - Não existe assim lacuna de previsão, resultante da impossibilidade de adequada aplicação da norma do art. 438.º, n.º 1, ao recurso do art. 446, n.º 1, pelo que não há lugar à aplicação subsidiária, nos termos do art. 448.º, da norma reguladora dos recursos ordinários constante do art. 411.º, n.º 1, todos do CPP.”

Diversamente, quando se entende que o recurso é interposto quando já não cabe, no caso, o recurso ordinário, tem sido defendido que o prazo de interposição é o do art. 411.º, por aplicação subsidiária consentida pelo art. 448.º [Neste sentido foram tirados os acs. de 04-04-2001, P.º n.º 1069/01-3, de 13-12-2001, P.º n.º 148/01-5, de 13-12-2001, P.º n.º 148/01-5, de 06-11-2002, P.º n.º 3095/02, e de 13-02-2002, in Acs STJ X, 1, 210, P.º n.º 4220/01-3.].

O último dos citados arestos foi assim sumariado:

“1 - O recurso extraordinário contemplado no art. 446.º do CPP (de decisão proferida contra jurisprudência fixada pelo STJ), subespécie dos recursos de fixação de jurisprudência em geral, não dispõe de regulamentação própria directa, constando do seu estatuto jurídico que o regime a aplicar será o correspondente ao dos recursos para fixação de jurisprudência propriamente ditos (art. 446.º, n.º 2),

Com efeito, os art.ºs 437.º e 438.º não têm oferecido grandes dificuldades de interpretação, que surgiram antes na interpretação do art. 446.º e na sua relação designadamente com os art.ºs 448.º e 411.º, n.º 1.

Na verdade, o que o Supremo Tribunal de Justiça tem discutido é se, antes de interposto o recurso de decisão proferida contra jurisprudência fixada (artigo 446.º), se deve esgotar a via ordinária *ou* se se deve recorrer de imediato para o STJ, tendo vindo, com forte maioria, a primeira solução.

Mas enquanto em alguns acórdãos se entendeu que se teria de esperar pelo trânsito em julgado da decisão proferida contra jurisprudência fixada, noutros considerou-se que bastava o esgotamento dos recursos ordinários, não havendo que aguardar o trânsito em julgado da decisão, sendo essa incerteza altamente penalizadora para os que pretendem recorrer.

E que pode levar à manutenção na ordem jurídica, fortalecida pelo trânsito em julgado, de uma decisão contrária à jurisprudência que poderá, com toda a probabilidade, vir a ser revogada.

recorrendo-se, nos casos omissos e subsidiariamente, às normas que disciplinam os recursos ordinários (art. 448.º).

2 - Porém, aquela primeira remissão para o regime dos recursos de fixação de jurisprudência em geral não é feita em bloco, uma vez que, se assim fosse, não ficariam respeitadas as diferenças que os correspondentes objectivos comportam.

3 - Assim, e no tocante a prazos de interposição, deverá adoptar-se o prazo de 15 dias fixado para os recursos ordinários, contado da notificação, ou, tratando-se de sentença de 1.ª instância, a partir do respectivo depósito na secretaria (art. 411.º, n.º 1, ex vi do disposto no art. 448.º, ambos do CPP); mas já será de aplicar o regime específico dos recursos para fixação de jurisprudência na parte em que se condiciona o expediente ao facto de se terem esgotado previamente os meios ordinários de impugnação (art. 437.º, n.º 2, do apontado Código)."

Esta questão é da maior importância, pois se o recorrente sufragar o primeiro daqueles entendimentos e interpuser o recurso nos 30 dias seguintes e a formação que vier a apreciar esse recurso tiver o outro entendimento, então não conhecerá do recurso, mantendo-se na ordem jurídica uma decisão contrária à jurisprudência fixada, o que vale por dizer que parece impor-se uma clarificação que diminua a grande margem de incerteza que a disciplina legal consente.

2.3. Também já foi colocada ao STJ a questão da legitimidade para a interposição do recurso a que alude o n.º 1 do art. 446.º.

Com efeito, o STJ, nos dois únicos acórdãos que se localizaram sobre a questão, entendeu que «o disposto no art. 446º do CPP (recursos de decisão proferida contra jurisprudência obrigatória) apenas é aplicável ao Ministério Público» (Ac. 14-02-1990, proc. n.º 40544, AJ n.º 6), e que «o recurso para fixação de jurisprudência deve ser rejeitado, (...) mas também porque, havendo divergência entre um acórdão de fixação de jurisprudência e outro do tribunal da Relação, é ao Ministério Público que imperativamente cumpre atacar quaisquer decisões proferidas contra jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal de Justiça, sendo o recurso sempre admissível, de acordo com o n.º 1 do artigo 446º do CPP, não o podendo ser por outros intervenientes processuais, por falta de legitimidade (Ac. de 28-11-2001) [P.º n.º 2523/01-3.].

Porém, a leitura do art. 446.º adiantada no ac. de 27.3.03 [P.º 845/03-5], parece apontar em sentido diverso, no sentido de que podem interpor tal recursos, além do M.º P.º, as pessoas indicadas no n.º 1 do art. 437.º.

Dada a relevância e implicações da problemática indicada, seria importante o esclarecimento do respectivo regime.

Por outro lado, a formulação do art. 446.º não resolve essa questão sobre a qual há acordo no STJ: a necessidade de se esgotarem os recursos ordinários, por forma a que, em sintonia sistémica com a prescrição do art. 437.º, só o não acatamento de jurisprudência fixada por um tribunal superior poder permitir a revisão da sua doutrina.

Ainda no domínio dos recursos extraordinários cumpre dar notícia do aditamento de novos fundamentos ao recurso extraordinário de revisão, efectuado no art. 449.º.

Foram acrescentados, neste artigo, os seguintes fundamentos ao recurso extraordinário de revisão:

- e) Se descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos dos n.ºs 1 a 3 do art. 126.º;
- f) Seja declarada, pelo Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de norma de conteúdo menos favorável ao arguido que tenha servido de fundamento à condenação;
- g) Uma sentença vinculativa do Estado português, proferida por uma instância internacional, for inconciliável com a condenação ou suscitar graves dúvidas sobre a sua justiça.

Enquanto o último fundamento parece não oferecer dificuldades quanto à sua justificação e formulação, já o mesmo se não poderá dizer dos outros dois.

Em relação a estes novos fundamentos do recurso de revisão devem colocar-se algumas questões concretas.

Assim:

A **alínea “e)”** – Se descobrir...” leva às perguntas: quando, como e por quem?

Ou seja, partindo do exemplo que as provas, ou algumas delas, foram obtidas mediante tortura ou coacção, deve questionar-se o que é que pode ser admitido em termos de revisão: essa questão já foi apreciada e decidida no processo da condenação? Pode voltar-se a discutir? E em termos de fundamentação do recurso basta a mera alegação sem qualquer outro suporte? Exige-se alguma prova? Que tipo de prova? É no próprio processo de revisão que se vai “descobrir” que houve utilização de provas proibidas ou só fazer a respectiva prova?

A simples enunciação destas questões, e outras tantas se podiam enunciar, parece impor, pelo menos, a manter-se a intenção de introduzir um fundamento desse tipo, uma outra redacção que permita esclarecer as enunciadas dúvidas.

Em relação à **alínea f)**, para além de se dever ter em conta a eficácia das decisões proferidas pelo TC, tal como definida em geral – art. 282.º da Constituição,

devia esclarecer-se se a decisão deve, ou não, ser posterior ao trânsito em julgado da decisão revidenda.

Deve ter-se igualmente em atenção a nova proposta do n.º 4 do art. 2.º do C. Penal que projecta a aplicação da lei mais favorável para além do trânsito em julgado e que motivou o aditamento ao Código de Processo Penal do art. 371.º-A sobre a abertura da audiência para aplicação retroactiva de lei penal mais favorável entrada em vigor depois do trânsito em julgado da condenação⁸⁷.

Poder-se-ia questionar se não seria esse último o mecanismo adequado para a reapreciação da questão, dado o especial significado da declaração com força obrigatória da inconstitucionalidade de uma norma.

4.6.

Para terminar, e abusando um pouco mais da vossa paciência, é tempo de lembrar o que tive ocasião de referir noutra ocasião, a propósito do Relatório de Avaliação dos Recursos.

A análise do *processo* que conduz ao produto (recursos findos) revelaria, na minha percepção, as seguintes dificuldades não enfrentadas na Proposta de Revisão:

- o imenso tempo que demoram os recursos a chegar ao tribunal superior e que anulam, frequentemente, os ganhos aí conseguidos;
- grande número de recursos para o STJ meramente dilatórios, com vista à interposição de recurso para o Constitucional;
- falta de rigor na interposição e argumentação. O recurso para um Tribunal de Revista exige, para ser operante, um grande rigor nas questões que se abordam e na forma com tal é feito, o que é incompatível, com o acesso generalizado de todos os advogados ao STJ, situação a rever com toda a urgência;
- suscitação de inúmeras questões, sem qualquer fundamento ou razão de ser, mas que o STJ não pode deixar de abordar, alongando-se os acórdãos desnecessariamente e dificultando a abordagem e decisão do que é verdadeiramente significativo⁸⁸;
- dificuldade dos advogados em responderem cabalmente, na audiência às questões colocadas pelos juízes no decurso na audiência.
- sucessivos incidentes posteriores à prolação do acórdão: aclaração seguido de

⁸⁷ «Se, após o trânsito em julgado da condenação mas antes de ter cessado a execução da pena, entrar em vigor lei penal mais favorável, o condenado pode requerer a reabertura da audiência para que lhe seja aplicado o novo regime.»

⁸⁸ Também referimos então:

«– consideração dos bons preditores da decisão. Temos a percepção que estudos empíricos apontariam o Ministério Público, designadamente no STJ, e a argumentação autónoma construída no projecto de acórdão como fundamento da decisão do Supremo de censurar o acórdão recorrido;»

arguição de nulidade. Necessidade de implementar no processo penal um mecanismo semelhante ao do art. 720.º do CPC, a que aliás a Secção Criminal vem crescentemente recorrendo;

– recurso para o Tribunal Constitucional com intuitos dilatórios, dado o efeito do recurso, que deveria ser, como foi oportunamente proposto, o inverso do que veio a ser consagrado no art. 78.º da LOFTC, designadamente no n.º 5. O efeito deveria ser por defeito devolutivo, salvo se o Tribunal lhe atribuisse, para preservação da utilidade da decisão a proferir, o efeito suspensivo. Como se deveria clarificar, como se sugere na Exposição referida⁸⁹, se o recurso para o Constitucional: suspende ou não o prazo de prescrição do procedimento criminal, face às hesitações havidas a este propósito, nomeadamente em saber se a expressão “*sentença a proferir por tribunal não penal*” pode abarcar a pendência do processo no Tribunal Constitucional até ser proferida decisão;

– constatação de que ainda estamos longe, na prática, do efectivo recurso da matéria de facto⁹⁰ que a Revisão de 1998 visou consagrar deslocando para as Relações, com amplos poderes de cognição nesta matéria, a competência para a apreciação dos recursos das decisões do tribunal colectivo⁹¹. A experiência do STJ com múltiplas anulações de decisões das Relações por insuficiente decisão da questão de facto, com refúgio nos princípios da livre apreciação da prova da oralidade e da imediação, como obstáculos ao efectivo grau de jurisdição em matéria de facto, devem alertar-nos para esse problema real.

Muito obrigado pela vossa atenção.

Braga, 25 de Janeiro de 2007

Manuel Simas Santos

⁸⁹ Questões Merecedoras de Ponderação Legislativa provindo dos Juízes Conselheiros.

⁹⁰ Cfr. o n.º 16 da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 157/VII, que conduziu à Revisão.

⁹¹ E que a Proposta 109/X reforça com a documentação alargada da prova e a apreciação das gravações pelas Relações.