

# Sem apelo nem agravo – Sobre o direito ao recurso em matéria de facto em caso de primeira condenação em segunda instância<sup>[\*]</sup>

Helena Morão

Professora da Faculdade de Direito  
da Universidade de Lisboa

[\*] Este estudo, redigido de acordo com a antiga ortografia, beneficiou dos contributos da Dr.ª Ana Barata Brito, do Mestre António Brito Neves e dos Drs. Tiago Geraldo e Rui Batista, que muito agradeço.

---

SUMÁRIO: I. Jurisprudência do TEDH sobre primeiras condenações em recurso e modelos comparados de recurso sobre matéria de facto. II. As decisões de reenvio sobre a questão da pena e o Acórdão de Fixação de Jurisprudência do STJ n.º 4/2016. III. Os limites do Acórdão de Fixação de Jurisprudência do STJ n.º 4/2016 e a sua conciliação com o Acórdão do TC n.º 595/2018. IV. As actuais insuficiências do recurso de revista alargada no STJ. V. Conclusão: o papel do STJ como terceira instância penal.

---

*Law, says the judge as he looks down his nose,  
Speaking clearly and most severely,  
Law is as I've told you before,  
(...) but let me explain it once more*  
W. H. AUDEN, *LAW LIKE LOVE*

## I. JURISPRUDÊNCIA DO TEDH SOBRE PRIMEIRAS CONDENAÇÕES EM RECURSO E MODELOS COMPARADOS DE RECURSO SOBRE MATÉRIA DE FACTO

O direito a recorrer do arguido em matéria penal inclui consensualmente não só o poder de impugnar questões de Direito, como também de facto, de forma a garantir plenamente a sua defesa, à luz do n.º 1 do artigo 32.º da Constituição<sup>[1]</sup>, o que facilmente se

[1] Tem sido essa a jurisprudência do Tribunal Constitucional: v. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., vol. I, Coimbra, 2007, p. 516; GERMANO MARQUES DA SILVA

e HENRIQUE SALINAS, anotação ao artigo 32.º, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra, 2010, pp. 713-714. Acerca da sua evolução, v. PAULO SARAGOÇA DA MATTA,

“O direito ao recurso ou o duplo grau de jurisdição como imposição constitucional e as garantias de defesa dos arguidos no processo penal português”, *Revista Jurídica*, 1998, pp. 375 e ss.

compreende-se se ponderar que o que pode estar em causa é não somente a qualificação jurídico-penal dos acontecimentos, mas a oportunidade de se demonstrar que estes não tiveram lugar ou não ocorreram de certa maneira (por exemplo, que não se foi o agente do crime ou se actuou justificadamente ou sem culpa).

Por outro lado, no rumo da jurisprudência que acolheu o direito do arguido a estar presente e a intervir na audiência de recurso sobre matéria de facto, iniciada com o Acórdão de 26 de Maio de 1988, caso *Ekbatani c. Suécia*<sup>[2]</sup>, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem declarado em decisões mais recentes, de que se pode destacar o Acórdão de 5 de Julho de 2011, caso *Dan c. Moldova*, que, em hipóteses de primeiras condenações em recurso, a garantia de *fair trial* do n.º 1 do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos impõe ainda que o tribunal de recurso avalie directamente a prova pessoal, voltando a ouvir as testemunhas ou o arguido em audiência<sup>[3]</sup>.

Esta jurisprudência deu origem a reformas legislativas em Espanha e em Itália. Assim, em 2015, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola foi revista para proibir condenações *ex novo* e agravações de condenações em recurso de apelação, em caso de erro na apreciação da prova, que só pode conduzir à anulação da decisão recorrida e a um novo julgamento da causa (artigo 792.º, n.º 2), apesar de, desde 2009, se poder reproduzir a prova gravada em audiência de recurso (artigo 791.º). Pelo contrário, na solução italiana de 2017, nas situações de *appello* do *Pubblico Ministero* de decisões absolutórias por motivos atinentes à valoração de prova declarativa há

[2] Acórdão do TEDH de 26 de Maio de 1988, caso *Ekbatani c. Suécia*, disponível, tal como os demais acórdãos deste tribunal citados, em *hudoc.echr.coe.int*.

[3] Acórdão do TEDH de 5 de Julho de 2011, caso *Dan c. Moldova*, n.º 30: "Where an appellate court is

called upon to examine a case as to the facts and the law and to make a full assessment of the question of the applicant's guilt or innocence, it cannot, as a matter of fair trial, properly determine those issues without a direct assessment of the evidence"). V. CORAL ARANGÜENA FANEGO, "The Right to a Double Degree of Jurisdiction in Cri-

minal Offences (Art. 2 P7)", in Javier Garc Roca e Pablo Santolaya (org.), *Europe of Rights – A Compendium on the European Convention of Human Rights*, Leiden/Boston, 2012, p. 172; e JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, "Algumas questões do actual regime de recursos em processo penal", *RPCC*, 2012, p. 296.

necessariamente renovação da prova no tribunal de recurso (novo n.º 3-bis do artigo 603.º do *Codice di Procedura Penale*).

Pelo que se pôde apurar, estas decisões do TEDH – e é o que se verifica no caso *Dan c. Moldova* – têm tido por base processos recursórios assentes em reexames puramente cartulares da prova<sup>[4]</sup>, pelo que tal jurisprudência não se afigura inconciliável com o tipo de oralidade, imediação e contraditório proporcionado pelo sistema de recurso em matéria de facto encontrado pelo legislador português.

Efectivamente – e abstraindo da figura subsidiária e sem aplicação prática da renovação da prova<sup>[5]</sup> –, se a Relação, enquanto tribunal de recurso, pode modificar a matéria de facto dada como provada e não provada pela primeira instância, através de nova valoração das provas nela produzidas ou examinadas (artigo 431.º, alínea b), do Código de Processo Penal), fá-lo apoiada na audição ou visualização das passagens relevantes das gravações do julgamento (artigo 412.º, n.º 6), que abrangem as declarações prestadas oralmente (artigos 363.º e 364.º, n.º 1)<sup>[6]</sup>, podendo o arguido requerer a

[4] V. o n.º 32 dessa decisão: “the Court of Appeal (...) merely relied on their statements as recorded in the file”; e o n.º 33: “The assessment of the trustworthiness of a witness is a complex task which usually cannot be achieved by a mere reading of his or her recorded words” (itálicos nossos).

[5] V. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed., Lisboa, 2011, p. 1181; e ROGÉRIO ALVES, “Os recursos como indicadores da saúde processual – Querem-se vivos ou mortos?”, in Mário Ferreira Monte, Maria Clara Calheiros, Fernando Conde Monteiro e Flávia Noversa Loureiro (org.), *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*, Coimbra, 2009, p. 132: “terá de se procurar muito, mas muito mesmo, para encontrar notícia de uma audiência destinada à renovação da prova”.

[6] ANA BARATA BRITO, “Recursos em processo penal – A interposição do recurso – O recurso da matéria de facto”, *Revista do CEJ*, n.º 9 (especial *Jornadas sobre a Revisão do Código de Processo Penal – Estudos*), 2008, p. 391: “a gravação está mais próxima da prova, assegurando menores perdas na imediação e até uma espécie de paroralidade”; e “Os poderes de cognição das Relações em matéria de facto em processo penal”, *Terra de Lei – Revista da Associação de Juristas de Pampilhosa*

*da Serra*, n.º 3, 2013, p. 61: “as Relações não estão totalmente desprovidas de imediação. Têm-na desde logo, e aqui na exacta medida do juiz de julgamento, relativamente a todas as provas reais (no sentido de todas as outras provas, não pessoais: documentos, exames, perícias, apreensões, vigilâncias...). Têm-na relativamente à prova gravada/escutada – por via do acesso directo à documentação da prova, potenciado com o fim das transcrições que até 2007 mediavam o acesso. Ou seja, mesmo relativamente à prova pessoal existe uma imediação parcial”; e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 945. Por esta razão, o uso de meios de registo que não o visual ou audiovisual é excepcional (n.º 1 do artigo 364.º).