



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-PROCESSUAIS

“A proibição da *reformatio in pejus* e as suas consequências jurídicas.”

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídico-Processuais

Autor: Sandra Amélia Rocha Loureiro Brás

Orientador: Professor Doutor André Claro Amaral Ventura

Agosto de 2018

Lisboa

DEPARTAMENTO DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE AUTÓNOMA DE LISBOA

“A proibição da *reformatio in pejus* e as suas consequências jurídicas.”

Sandra Amélia Rocha Loureiro Brás

Orientador: Professor Doutor André Claro Amaral Ventura

Agosto de 2018

Lisboa

“Um instante distante diz tanto.”

(Zack Nagiezi)

“Há pessoas com quem podemos partilhar informação, mas não o Caminho. Há pessoas com quem podemos partilhar o Caminho, mas não o compromisso. Há pessoas com quem podemos partilhar um compromisso, mas não um conselho.”

(Confúcio)

“Às vezes ouço passar o vento, e só de ouvir o vento passar, vale a pena ter nascido.”

(Fernando Pessoa)

Agradecimentos

A ti, Meu Querido Pai, que estás no céu.

A estrela que me guia, nos meus melhores e piores momentos, e para sempre tua
Melinha.

A ti, Filipe Lemos.

Por me teres encontrado, por ainda estarmos juntos depois de tanto.

A si, Professor Doutor André Ventura.

Por todo o apoio e considerações que me deu, ao longo desta obra.

Resumo

O presente estudo, incide e tem por objecto discutir a aplicabilidade do princípio da proibição da “*reformatio in pejus*” no Direito Processual Penal. Manifestamos o interesse de se fazer conhecer o proveito do Direito Processual Penal para a defesa dos direitos das pessoas, restabelecendo igualmente a paz jurídica que é visível, quer no meio individual do arguido e até ao da vítima, como no meio da comunidade jurídica. É assim, com base na definitividade ou não das decisões sujeitas a reapreciação que interpõem de decisões ainda não transitadas em julgado, não se tornando assim imutável, podendo ser alterada ou revogada por outra decisão de um tribunal hierarquicamente superior através de recurso interposto para o efeito, submetendo a legitimidade conferida a alguém para impugnar uma determinada decisão judicial, em razão da sua qualidade ou posição relativamente à mesma.

O primeiro aspecto que ganha destaque ao analisar o regime deste instituto é realmente a sua origem, a sua previsão legal, no Código Processual Penal Português enquanto princípio constitucional, com a tradução do artigo nº32º nº1, da Constituição da República Portuguesa.

Aferimos igualmente que o Estado de Direito supõe um Estado livre e um Estado de Direito é aquele em que todas as autoridades e todos os indivíduos se encontram interligados por regras gerais de vários conteúdos, pré-estabelecidos pela lei. Acreditamos que os Direitos do Homem devem ser regulamentados pela Constituição da República Portuguesa. Outro formato da nossa pesquisa foi a pesquisa jurídica comparativa, ou seja, procedendo ao estudo de um direito comparado da proibição da “*reformatio in pejus*” pode-se constatar que a proibição é somente aplicável quando existe a interposição de recurso.

Não se conformam assim os ligantes diante de decisões proferidas em detrimento dos seus interesses, por norma, exterioriza-se pela via da interposição, e, por conseguinte, o direito ao contraditório aparece como conduta orientadora da produção pelo tribunal que tome parte com o arguido e defesa dos seus direitos. Estudamos textos legislativos, jurisprudência e também doutrinas legais, particularmente de leis estrangeiras, facilitando uma melhor compreensão das funções, das regras e princípios de leis que envolveram a exploração do conhecimento detalhado da lei de outros países para compreendê-los e como se configura a proibição da “*reformatio in pejus*”.

Palavras – Chave: Proibição da *reformatio in pejus*, arguido, recursos ordinários, interrogatório.

Abstract

The purpose of this study is to discuss the applicability of the principle of prohibition of the “*reformatio in pejus*” in criminal procedural law. We express the interest of making known the benefit of criminal procedural law for the defense of the rights of persons, also restoring legal peace that is visible, both in the individual environment of the accused and even the victim, as in the middle of the legal community. The purpose and classification of resources in general and of ordinary and extraordinary resources. Thus, on the basis of the definiteness or otherwise of the decisions subject to review, which interpose decisions which have not yet become final and unadulterated, it can not be altered and may be altered or revoked by another decision of a higher court by means of an appeal. The effect, submitting the legitimacy conferred on someone to challenge a particular court decision, because of its quality or position in relation to it.

The first aspect that stands out in analyzing the regime of this prohibition institute is really its origin, its legal prediction, in the Portuguese Criminal Procedure Code as a constitutional principle, with the translation of article nº 32º nº1, of the Constitution of the Portuguese Republic.

We also note that the rule of law presupposes a free state and a rule of law is one in which all authorities and all individuals are interconnected by general rules of various contents, pre-established by law. We believe that human rights should be regulated by the Constitution of the Portuguese Republic. Another format of our research was comparative legal research, that is, by studying a comparative right of the probation of the “*reformatio in pejus*”. It can be seen that the prohibition is only applicable when there is an appeal.

The nonconformity of the binders in the face of decisions handed down in detriment of their interests as a rule, is externalized by means of interposition, and therefore the right to the adversary appears as guiding conduct of production by the court, which takes part with the defendant and defense of his Rights. We study legislative texts, jurisprudence and also legal doctrines, particularly of foreign laws, facilitating a better understanding of the functions of the rules and principles of laws that involved the exploration of the detailed knowledge of the law of other countries to understand them and how the probation of the “*reformatio in pejus*”.

Key-words: Prohibition of *reformatio in pejus*, defendant, ordinary appeals, interrogation.

**“A proibição da *reformatio in pejus* e
as suas consequências jurídicas.”**

Sandra Amélia Rocha Loureiro Brás

ÍNDICE

Resumo	6
Abstract.....	7
Índice	8
Lista de Abreviaturas.....	10
Modo de Citar.....	12
Introdução.....	13
Capítulo I.....	20
O sistema de recursos em Processo Penal	22
Princípios Gerais dos Recursos	30
Fundamentos dos Recursos	31
Espécies de Recursos.....	36
Capítulo II.....	42
Origem histórica e natureza jurídica da proibição da “ <i>reformatio in pejus</i> ” e o seu princípio sancionatório.....	43
A previsão legal da proibição de “ <i>reformatio in pejus</i> ” no Código Processual Penal Português em comparação ao artigo 32º, nº1 da Constituição da República Portuguesa ...	51
Capítulo III.....	61

O sistema acusatório no Direito Processual Penal Português e o objecto do processo	61
A importância dos direitos constitucionais do arguido, principalmente o princípio do contraditório e o direito à defesa.....	62
Capítulo IV.....	70
Direito Comparado: Jurisprudência Argentina, Colombiana, Espanhola, Húngara e Italiana, contrapondo a disposição legal Portuguesa acerca da proibição da “ <i>reformatio in pejus</i> ”	70
Conclusão	82
Bibliografia.....	91

PRINCIPAIS ABREVIATURAS

Ac. - Acórdão

art. (s) – artigos

cfr. – confronto (-se), confrontar

C.E.J. – Centro de Estudos Judiciários

CP – Código Penal

CPP – Código Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

DR – Diário da República

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

EU – União Europeia

ed. – edição

i.e. – isto é

JIC – Juiz de Instrução Criminal

JIL – Juiz do Inquérito das Liberdades

MP – Ministério Público

n. (s) – notas(s)

n.º (s) – número(s)

op. cit. – *opus citatum* (obra citada)

p. (pp.) – página(s)

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul

TC – Tribunal Constitucional

TIC – Tribunal de Instrução Criminal

TRE – Tribunal da Relação

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

v.g. – *verbi gratia* (por exemplo)

Vol. (s) – volume(s)

MODO DE CITAR

A primeira referência bibliográfica de cada obra mencionada nesta tese de mestrado, será feita indicando-se o autor, título, local de publicação, editora, ano e página. Nas referências seguintes à mesma obra, apenas se referirá o autor e o título da obra, mediante a designação “*op. cit.*”. Esta regra aplica-se independentemente de se tratar de monografias, manuais, comentários, artigos em publicações periódicas ou contributos para obras colectivas.

Referimos ainda que o texto desta tese não é escrito ao abrigo do novo acordo ortográfico, resultante do Acordo do Segundo Protocolo Modificativo ao Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/2008, em 16 de Maio, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 52/2008 (publicado no DR n.º 145, Série I de 2008-07-29).

Introdução

É irrefutável a necessidade e o proveito da análise jurídica das matérias próprias do Direito Processual Penal¹, as quais têm absorvido, na última década, um entusiasmo fruto do aprofundamento da vida democrática, das preocupações com o culto da liberdade, que o processo penal visa acautelar.

Do Direito Processual Penal diz-se que é direito constitucional aplicado, um espelho da realidade constitucional, que encontra os seus fundamentos na construção constitucional do Estado e na Constituição da República Portuguesa² conforma a disciplina de diversos institutos processuais e a resolução a dar a diversos problemas processuais penais, sendo logo a estrutura do modelo processual penal a de estrutura acusatória³. Integra desta forma, princípios de investigação que harmoniza os fins do Direito Processual Penal.

“Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art.º 1º da CRP), sendo que a todos é assegurado o acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva e a procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter a tutela

¹ “O processo penal é, antes de tudo, uma sequência de actos juridicamente pré-ordenados e praticados por certas pessoas legitimamente autorizadas, com vista à decisão sobre se foi praticado algum crime e, em caso afirmativo, sobre as consequências jurídicas e sua justa aplicação”. Vide GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal, Vol. I*, Lisboa, São Paulo: Verbo, 6ª Ed., 2010, p.15; MANUEL GUEDES VALENTE, *Processo Penal, Tomo I, 3ª Ed.*, Coimbra: Almedina, 2010, p.23.

² Dispõe do seu art.º 32, nº 5 que “O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do acusatório.”. O princípio do acusatório, é um dos princípios estruturantes da constituição processual penal. Só pode ser julgado por um crime precedendo acusação por esse crime por parte de um órgão distinto do julgador, sendo a acusação condição e limite do julgamento. É assim uma garantia essencial do julgamento independente e imparcial. É da responsabilidade do tribunal julgar os factos constantes da acusação e não conduzir officiosamente a investigação da responsabilidade penal do arguido, segundo o princípio do acusatório.

³ A estrutura acusatória do Direito Processual Penal, “*caracteriza-se por ser uma disputa entre duas partes, uma espécie de duelo judiciário entre a acusação e a defesa, disciplinado por um terceiro, o juiz ou tribunal, que ocupando uma situação de supremacia, independência e imparcialidade relativamente ao acusador e ao acusado, não pode promover o processo (ne procedat iudex ex officio), nem condenar para além da acusação (sententia debet esse conformis libello)*”, afirmou GERMANO MARQUES DA SILVA, págs. 63 e 64, *Direito Processual Penal Português, Noções Gerais Sujeitos Processuais e Objecto*, Universidade Católica.

*efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações dos direitos, liberdades e garantias pessoais desses direitos “ in art.º 20º da CRP. O direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva, é um direito fundamental constituindo uma garantia imprescindível da protecção dos direitos fundamentais, sendo inerente à ideia de Estado de direito. Revestem-se de especial significado nesta matéria as normas do n.ºs. 5º e 6º do art.º 29º, sobre a aplicação da lei criminal, que prescrevem a proibição de segundo julgamento pela prática do mesmo crime e o direito dos cidadãos injustamente condenados à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos, bem como as “garantias do processo penal” levadas no art.º32º. “O processo criminal assegura todas as garantias de defesa incluindo o recurso”⁴in art.º32º, nº1. Porém, é importante referir que o recurso no direito processual penal, surge pela circunstância de muitas decisões judiciais serem contestadas sem qualquer fundamento ou com base em fundamentos claros ou até mesmo razões insustentáveis. A missão dos recursos, são “*exactamente os expedientes destinados a emendar erros ou vícios das decisões judiciais através da intervenção de um outro tribunal hierarquicamente superior que corrija tais erros ou vícios*”.⁵*

Contudo, não podemos concluir que todos os vícios ou defeitos da decisão judicial só podem ser corrigidos pela via do recurso, nada justifica que fosse o único meio de correcção de vícios. Leva-nos a efectuar uma distinção entre os tipos de vícios e defeitos da sentença, submetendo-os depois para os postumeiros de correcção previstos na lei, consoante a respectiva gravidade, sendo eles agrupados em dois núcleos diferentes, como os vícios de forma, que resultam de um “*erro da actividade do juiz*”, quer quanto à forma, quer quanto ao modo como efectuou a sua função no processo, ou como os vícios de conteúdo ou substanciais, que advêm de um erro de julgamento, expresso no facto do juiz ter entendido mal a causa, por apreciação errada dos factos ou pela interpretação das normas legais aplicáveis.

Por outro lado, os artigos 402º e 403º dispõem sobre o âmbito do recurso, sendo que o princípio geral é que o recurso interposto de uma decisão abrange a sua plenitude, salvo se for fundando em motivos estritamente pessoais do recorrente (art.º 402º, nº2) ou for limitado a uma parte autónoma da decisão (art.º 403º) . Importa referir que quem tem legitimidade é aquele que é “*afectado*” pela decisão, cujos direitos foram prejudicados ou poderão vir a ser prejudicados

⁴ O recurso pode ter por fundamento ou um “*error in procedendo* ou um *error in iudicando*”, sendo que quaisquer questões de índole processual ou material que não sejam excluídas por lei ou se encontrem já definitivamente resolvidas, podem ser fundamento de recurso. O art.º 410º, nº1 prevê a restrição por lei dos fundamentos do recurso e é o que sucede no recurso interposto directamente para o Supremo Tribunal de Justiça, que visa o reexame da matéria de direito.

⁵ Cfr. REIS, J. Alberto dos, *in Código de Processo Civil Anotado II*, Coimbra, pág. 349.

pela mesma. É manifestamente suficiente que se trate de um prejuízo de facto, já ocorrido ou que ainda possa ocorrer. Tem interesse em agir aquele que tem carência do processo para fazer valer o seu direito.

O princípio da lealdade processual⁶ impõe-se aos sujeitos e participantes processuais, não podendo recorrer quem tiver promovido decisão proferida, especialmente aquele que impugna decisão concordante com a sua anterior posição assumida no processo e aquele que impugna decisão condenatória em pena ou medida de coacção menos grave do que aquela que requereu.

O art.º 410º n.º1, dispõe que sempre que a lei não restringir a cognição do tribunal ou os respectivos poderes, o recurso pode ter como fundamento quaisquer questões de que pudesse conhecer a decisão recorrida, podendo ser o recurso fundamentado ou em “*error in procedendo*” ou em “*error in judicando*”. De grande importância são os sujeitos do recurso, sendo eles o tribunal, o recorrente, o recorrido e em princípio os co-arguidos no processo, embora o nosso Código de Processo Penal nunca se refira a sujeito recorrido, mas tão somente “*aos sujeitos processuais afectados pela interposição do recurso*” (art.º 413º).

Adiante, demonstraremos desenvolvidamente o objecto dos recursos, contudo salientamos desde já que o nosso sistema processual penal se debruça sobre duas soluções possíveis a respeito do referido objecto, sendo elas o objecto do recurso é a questão sobre que incidiu a decisão recorrida, e, pela solução do recurso é a decisão recorrida. A doutrina considera que o nosso Direito Processual Penal se debruça para a segunda solução – objecto de recurso é a decisão. Veremos igualmente a finalidade e classificação dos recursos em geral e dos recursos ordinários e extraordinários.

É assim, com base na definitividade ou não das decisões sujeitas a reapreciação que interpõem de decisões ainda não transitadas em julgado, não se tornando assim imutável, podendo ser alterada ou revogada por outra decisão de um tribunal hierarquicamente superior através de recurso interposto para o efeito, submetendo a legitimidade conferida a alguém para impugnar uma determinada decisão judicial, em razão da sua qualidade ou posição relativamente à mesma.

⁶ A lealdade traduz-se numa postura compatível com um conjunto de regras de conduta democráticas, sendo uma noção de natureza essencialmente moral, reflectindo uma maneira de agir no desenrolar de uma actividade processual em conformidade com o respeito dos direitos e da dignidade de todas as pessoas que intervêm no processo e com os seus deveres funcionais.

O presente estudo, incide e tem por objeto discutir a aplicabilidade do princípio da proibição da “*reformatio in pejus*”⁷ no Direito Processual Penal.

O assunto suscita várias questões que poderiam ser abordadas e reflectidas com o apoio do regime jurídico, que nos oferece um vasto material de estudo. O que nos vai obrigar a seleccionar de entre várias questões, as que mais interesse desencadeiam e, por se nos parecerem aquelas que do ponto vista jurídico, mais incitações apresentam.

Várias poderiam ter sido as perspectivas e vários os olhares, lançados sobre diferentes ângulos, através dos quais poderíamos ter refletido sobre a “*reformatio in pejus*” e a sua aplicação. Escolhemos, contudo, por olhá-lo numa dupla vertente, como se fosse um diálogo de frente-a-frente, uma conversa de conflito idiossincrático deste princípio. Daquilo que este necessariamente deve tutelar, uma vez e que para tal o mesmo foi criado em oposição com aquilo que não pode deixar de tutelar, quer por o Direito quer outros princípios, que lhe subjazem, lho imporem.

A proibição deste instituto é um princípio basilar, sendo classificado como tal, principalmente porque não se restringe apenas ao âmbito do processo penal, servindo de orientação para todo o ordenamento jurídico.

1ª Questão: O primeiro aspecto que ganha destaque ao analisar o regime da proibição da “*reformatio in pejus*” é realmente a sua origem, a sua previsão legal, no Código Processual Penal Português enquanto princípio constitucional, com a tradução do artigo nº32º nº1, da Constituição da República Portuguesa. A ratio da proibição, vem sendo uma medida tolerante do direito de recursos em favor do arguido. Será que este princípio se amplia a todos os seus termos?

⁷ Cfr. Ac. do STJ nº 043368, de 03.06.1996 “I - A proibição do artigo 409 do vigente Código de Processo Penal (ampliada em relação ao comando do artigo 667 do anterior) representa não apenas uma consequência do princípio da acusação, mas um autêntico reforço de toda a estrutura acusatória do processo penal, favorecendo e incentivando os recursos do arguido e permitindo a reapreciação do facto relativamente a um maior número de sentenças tidas por injustas pelo condenado. II - A proibição ampliada em relação ao artigo 667 do Código de Processo Penal de 1929, subsiste ainda que o tribunal superior qualifique diversamente os factos e deixa de relevar a posição que o representante do Ministério Público aí assuma. III - É uma ampliação que transcende o puro âmbito do direito processual penal, posto que tem na sua base um princípio de direito substantivo qual é o de a proibição da “*reformatio in pejus*” querer obstar a que o arguido veja alterada a sentença em seu prejuízo quando apenas ele recorre ou quando o Ministério Público recorre em seu exclusivo interesse.”, disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/87252375/details/maximized?sort=whenSearchable&sortOrder=ASC&q=Lei+n.%C2%BA%2010%2F97&print_preview=print-preview&perPage=50.

Pretendemos descortinar qual terá sido a motivação do legislador para entender ser admissível a proibição da “*reformatio in pejus*”, garantindo a observância dos princípios constitucionais e da ampla defesa, não descurando a possibilidade de corromper o princípio da voluntariedade dos recursos, capaz de gerar inúmeros efeitos.

2ª Questão: Caso fosse permitida a proibição da “*reformatio in pejus*”, o arguido sentiria receio de recorrer, uma vez que poderia ter a sua situação agravada, ocasionando-se assim insegurança jurídica?

3ª Questão: Por última discussão, que queremos ver esclarecida, que é a partir da origem do princípio da “*reformatio in pejus*” combinando com um enquadramento devidamente no direito sancionatório, como se comporta esta previsão legal, em jurisprudência Argentina, Colombiana, Espanhola, Húngara e Italiana, comparando com a disposição legal portuguesa.

A metodologia que adoptamos na preparação desta dissertação, considerando, que, para compreender a estrutura da proibição da “*reformatio in pejus*”, tal como se compõe hoje, foi através de pesquisa jurídica, analisando a lei, reduzindo, interpretando a lei em elementos separados analisando a perspectiva histórica da proibição da “*reformatio in pejus*” no Direito Processual Penal Português. O produto desta pesquisa é um padrão legal que é consistente e explica as decisões legais específicas, por exemplo, a análise do surgimento da proibição da “*reformatio in pejus*” pela Lei nº2139 de 14 de Março de 1969, inclinando-se a doutrina predominantemente para a possibilidade de agravamento da pena ao recorrente, sendo anos mais tarde alterada.

Além disso, alguns dos estudos foram feitos para olhar para a questão doutrinária ou teórica. O resultado da pesquisa é aplicado no aconselhamento de acórdãos de tribunais e sobre o uso da doutrina jurídica, compreendendo a lei tal como ela é. O resultado da pesquisa destaca entre outros a utilidade prática da lei e o significado ou insignificância de qualquer teoria dada. Adquiriu-se por este método de pesquisa legislativa, uma compreensão do assunto legal, privilegiando a compreensão histórica e a identificação da estrutura metodológica e axiológica subjacente à mesma. Isto, na óptica de uma análise mais singular, limitada a algumas figuras legais e correntes com lastro histórico, permitindo obter uma conclusão com uma vocação geral.

Uma escolha desta natureza parte do princípio de que a história do método jurídico corresponde a uma sucessão de informação com progressão e com tendências com lastros evolutivos mais profundos, sempre assumidos e por vezes reveladoras de opções materiais e critérios políticos evidentes. Este percurso histórico-dogmático permitiu identificar conjuntos de referências essenciais para a análise do princípio da proibição da “*reformatio in pejus*”: a

“ratio”⁸ deste princípio; a sua qualificação jurídica⁹; o enquadramento deste princípio nos casos de concurso de crimes¹⁰ e da reincidência¹¹, em especial; do perdão¹² em especial; da condenação em indemnização civil¹³; no segundo julgamento¹⁴, em especial e o seu efeito na delimitação do âmbito do objectivo do recurso¹⁵.

Utilizámos outro método de pesquisa, como o método doutrinal¹⁶, perguntando à lei sobre algumas questões particulares, resultando numa pesquisa teórica pura, composta por uma

⁸ É uma medida protectora do direito do recurso em favor do arguido, visando garantir ao arguido recorrente ou ao Ministério Público, quando recorre em exclusivo interesse do arguido que o arguido não será punido com sanções mais graves pelo tribunal superior competente para conhecer o recurso interposto.

⁹ O acórdão do STJ n.º 4/95 fixou a jurisprudência obrigatória no sentido de que o tribunal superior pode em recurso, alterar oficiosamente a qualificação jurídico-penal efectuada pelo tribunal recorrido.

¹⁰ A regra da punição do concurso de crimes consta do art.º 77º do Código Penal Português, que dispõe: “1. Quando alguém tiver praticado vários crimes antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles é condenado numa única pena. Na medida da pena são considerados, em conjunto, os factos e a personalidade do agente.”

¹¹ A reincidência é circunstância modificativa agravante do crime, que dá origem, por decisão judicial, a uma nova penalidade, sendo o desrespeito por parte do delinquente, o que implica a verificação em concreto de que a condenação anterior não constitui suficiente prevenção contra o crime.

¹² É aplicável à revogação do perdão pelo tribunal superior (acórdão do TC n.º 499/97).

¹³ O art.º 129º, dispõe que a indemnização civil de perdas e danos emergente de crime é regulada pela lei civil. Já a indemnização do lesado pelo Estado, dispõe o art.º 130º, que a legislação especial fixa as condições em que o Estado poderá assegurar a indemnização devida em consequência da prática de actos criminalmente tipificados, sempre que não puder ser satisfeita pelo agente, constando do Decreto-Lei n.º 423/91, de 30 de Outubro, regulamentado pelo Decreto n.º 4/93, de 22 de Fevereiro, e alterado pelas Leis n.º 10/9, de 23 de Março e 136/99, de 28 de Agosto, pelo DL n.º 62/2004, de 22 de Março e pela Lei n.º 31/2006, de 21 de Julho.

¹⁴ É aplicável ao agravamento da condenação em novo julgamento a que se procedeu por o primeiro ter sido anulado na sequência do recurso unicamente interposto pelo arguido.

¹⁵ Ver a anotação do artigo 402º do Código de Processo Penal, sobre o efeito da “proibição da *reformatio in pejus*” na delimitação do âmbito objectivo do recurso. Dispõe sobre o poder de cognição do tribunal do recurso quando o recurso é interposto de sentença ou acórdão.

¹⁶ “*Doctrinal research asks what the law is on a particular issue. It is concerned with analysis of the legal doctrine and how it has been developed and applied. This type of research is also known as pure theoretical research. It consists of either a simple research directed at finding a specific statement of the law or a more complex and in-depth analysis of legal reasoning (McConville and Wing, 2007). Researchers who dwell in this type of research are concerned with the philosophy of law and the topics involve are restricted. They mostly focus on the nature of law and legal authority; the theories behind particular substantive areas of law, such as torts or contracts; and the nature of rights, justice and political authority. Others may study the legal decision-making process, and the theories of legal interpretation and legal reasoning (Gordon, 2008). An example of a pure theoretical work is found in The Principles of Justice by Wright (2000). In this article, the researcher examined*

pesquisa simples e orientada para a procura de uma análise aprofundada e no raciocínio legal, como por exemplo, do ilustre Professor GERMANO MARQUES DA SILVA, no seu livro “Direito Processual Penal Português – Do Procedimento (MARCHA DO PROCESSO), vol. III”, acerca do dispositivo do artº. 409º, a sua justificação e o seu efeito. Temos o sentimento que a instrumentalização deste método tem uma importante consequência, estimulando o carácter e relembrando-nos da parábola da “Tragédia dos Comuns”¹⁷. Permite-nos avaliar como é a lei, neste facto particular, numa vertente puramente teórica da pesquisa. Por outro lado, os factos deste princípio, poderão encaminhar para novas decisões e para termos uma válida pesquisa, identificámos as semelhanças e as diferenças dos factos dos diferentes casos, sendo capazes de apreciar o impacto dos factos neste princípio, aplicado nos tribunais chegando até às particulares decisões.

O terceiro formato da nossa pesquisa foi a pesquisa jurídica comparativa, ou seja, procedendo ao estudo de um direito comparado. Usamos para estudar textos legislativos, jurisprudência e também doutrinas legais, particularmente de leis estrangeiras, facilitando uma melhor compreensão das funções das regras e princípios de leis que envolveram a exploração do conhecimento detalhado da lei de outros países para compreendê-los, preservá-los e para traçar a sua evolução deste instituto, em cada país. A pesquisa jurídica comparativa foi benéfica neste processo de desenvolvimento jurídico em que se verificaram as necessárias modificações, alterações e mudanças na lei, dos diferentes sistemas jurídicos, examinando a lei tal como ela é, na Jurisprudência da Argentina, Columbia, Espanha, Húngria e da Itália.

the concept of justice by looking into the distributive and corrective theories of justice. Meanwhile, in Implying Good Faith in Contracts: Some Recent Developments, Shaikh (1993) examined the application of the good faith principle in Malaysian Contract Law. “RAZAK, Adilah Abd, - Understanding Legal Research, Universiti Putra Malaysia, p. 2, disponível em: <http://resjournals.com/journals/educational-research-journal/EDU%202012/EDU%202012%20JULY/Singhal%20and%20Malik.pdf>.

¹⁷ In “Revitalizing Doctrinal Legal Research in Europe: What about Methodology?”, European University Institute, Department of Law, ROB VAN GESTEL and HANS-W. MICKLITZ, EUI Working Paper LAW 2011/05. A “Tragédia dos Comuns”, de GARRET HARDIN (1968), texto comentado em A Sombra, que traduziu esta parte, um exemplo sobre Reservas Naturais: «(...) *Que devemos fazer? Temos várias opções. podemos vender as Reservas ao sector privado. Podemos mantê-las como património do Estado, mas transferir a sua exploração para o sector privado ou mesmo atribuir o acesso a elas segundo princípios discriminatórios, que seriam, por exemplo, a) a riqueza de cada um, em que o direito de entrada seria leiloadado, b) o mérito, em que este seria definido por parâmetros consensualmente aceites, c) a lotaria, em que se sorteariam os felizardos a entrar, d) a limitação da entrada aos primeiros a chegar, implicando a gestão de longas filas de espera. Todas estas abordagens são questionáveis, mas temos de escolher - ou condescender na destruição do bem comunitário que são as Reservas Naturais. (...)»*, disponível em: <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/16825>.

A análise desta dissertação, ocupar-nos-á toda a primeira parte da dissertação na qual nos propomos analisar: **Parte I** – *O sistema de recursos em Processo Penal; Princípios Gerais dos Recursos; Fundamentos dos Recursos; Espécies de recursos.* **Parte II** – *Origem histórica e natureza jurídica da proibição da “reformatio in pejus” e o seu princípio sancionatório; A previsão legal da proibição de “reformatio in pejus” no Código Processual Penal Português em comparação ao artigo 32º, nº1 da Constituição da República Portuguesa.* **Parte III** – *O sistema acusatório no Direito Processual Penal Português e o objecto do processo; A importância dos direitos constitucionais do arguido, principalmente o princípio do contraditório e o direito à defesa.* **Parte IV** – *Direito Comparado: Jurisprudência Argentina, Colombiana, Espanhola, Húngara e Italiana, contrapondo a disposição legal Portuguesa acerca da proibição da “reformatio in pejus”.*

Procuraremos focar a nossa atenção na ponderação de soluções práticas e análise de perspectivas futuras, quer através da formulação de um juízo conclusivo sobre a actual fase da proibição da “reformatio in pejus”, elucidando eventualmente para novas soluções.

Para terminar a nossa síntese final, reflectiremos retirar algumas consequências do que foi dito ao longo do trabalho e assumiremos uma posição quanto ao actual paradigma da fase da proibição da “reformatio in pejus”, inserida no âmbito dos recursos ordinários do processo penal português.

É a partir desta configuração que iremos iniciar a presente dissertação, tendo a plena consciência de que para se alcançarem respostas coerentes nesta temática, será necessário pisar uma senda, que nem sempre teremos respostas fáceis, tendo como espelho do grau de civilização, de cultura e respeito pelos direitos humanos, da sociedade em que estamos apostos. Procuraremos retirar algumas consequências do que foi dito ao longo do trabalho e assumiremos uma posição de princípio quanto ao actual paradigma do princípio da proibição da “reformatio in pejus” e as suas consequências jurídicas da fase dos recursos no processo penal português.

CAPÍTULO I

1. *O sistema de Recursos em Processo Penal*

No momento especificamente complexo e extremamente dinâmico em que vivemos e em que o direito em geral e o direito processual penal, em especial, nunca sentiram tanto o peso, por vezes, inexorável da mediatização. A perspectiva do tempo em que habitamos também nos ajuda a explicar por que razão e de que forma se procura resolver problemas da justiça. O Direito Processual Penal¹⁸ é importantíssimo para a defesa dos direitos das pessoas,

¹⁸ O Direito Processual Penal não se consome na dimensão jurídica, porque se entrecruza com o Direito Penal e outros ramos do direito. Tal dimensão que se encontra patente na propagação normativa penal, nomeadamente nos domínios do Direito Internacional, do Direito Comunitário, do Direito Constitucional, do Direito Privado, do Direito Societário, do Direito Tributário, do Direito Militar, do Direito da Saúde, do Direito do Trabalho, do Direito Processual Civil, do Direito Fiscal, entre outros menos importantes. A expressão do Direito Processual Penal é entendida pela regulação das matérias adjectivas com vista à dinâmica do direito substantivo que prevê os crimes e a aplicação das sanções, sendo igualmente uma sequência de actos pré-ordenados e praticados por determinadas pessoas, legitimamente autorizadas, em ordem à decisão da prática de algum crime e, em caso afirmativo, sobre as consequências jurídicas. Porém, esta multidisciplinariedade vai mais além, verificando-se ainda um entrecruzar de “*áreas do saber*”, estando assim intimamente ligado às ciências jurídicas, onde JULIUS VON KIRCHMANN contrapunha o carácter individual do direito frente à generalidade própria, aos demais objectos científicos, pois o modelo científico do seu tempo era o das ciências naturais, com um método fundado na observação neutra. Isto é, o direito pertence ao grupo das coisas irreduzíveis a uma esquematização, numa lei geral, porque é essencialmente alterável e, portanto, torna-se impossível uma ciência cujo objecto escaparia dos seus juízos de generalização. Em síntese diríamos que: se os diversos aspectos do processo, como os sujeitos, actos processuais, prova, medidas de coacção e de garantia patrimonial, relações com as autoridades estrangeiras, entre outros, são tutelados e protegidos pelo Direito Processual Penal, então, aqueles, no âmbito de qualquer “*área do saber*”, interagem com este. O Direito Processual Penal não pode deixar de estar atento a tal interacção. É assim, um direito adjectivo e a única forma de realização dos fins do processo – “*nulla poena sine processu*” – a combinação de normas que preceituam a realização do Direito Penal substantivo, através da investigação e valoração do comportamento culpado da prática de uma acção criminosa. O Direito Processual Penal atesta a concretização do Direito Penal, em cada caso, visando a protecção de bens fundamentais para a comunhão social num Estado.

como pelos direitos humanos¹⁹, como tem vindo a ser reconhecido de modo significativo na actualidade portuguesa, restabelecendo igualmente a paz jurídica que é visível, quer no meio individual do arguido e até ao da vítima, como no meio da comunidade jurídica.

¹⁹ Direitos Humanos – são essencialmente os direitos correspondentes à dignidade dos seres humanos. São direitos que adquirimos não só porque o Estado assim decidiu, através de suas leis, ou porque nós mesmos assim o fizemos, por intermédio de convenções, entre outros. Os DH, são direitos que possuímos pelo simples fato de que somos humanos. Essa é uma ideia profundamente revolucionária, e muitos sacrifícios foram necessários para que chegássemos até ela. Podemos dizer que os direitos humanos guardam relação com valores e interesses que julgamos ser fundamentais e que não podem ser extrapolados por outros valores ou interesses secundários. Um jurista norte-americano, RONALD DWORKIN, criou uma ideia dos direitos humanos como “Jóker”, isto é, como cartas do jogo de baralhos que possuem um dado especial, podendo ganhar para quaisquer outras. Na metáfora de um jogo que estaríamos a jogar contra o Estado, tais valores funcionariam como trunfos ou como personagens principais. Não significa que todos os direitos sejam absolutos, no sentido de que devam ser observados de forma incondicional. Dado que o direito que temos à liberdade de expressão não nos conceder tratar mal terceiros, dado que estes, também têm direito à honra e à vida privada. De uma forma geral, todo o direito precisa ser ponderado, de modo a que possamos avaliar o seu peso ou importância, bem como a sua compatibilidade com o interesse colectivo. Quem dispõe de um direito, é chamado de o sujeito de direito, recebe o nome de objecto de direito. O direito à liberdade religiosa, por exemplo, tem como sujeito os indivíduos ou grupos que desejam expressar uma convicção religiosa. O objecto deste direito, por sua vez, também chamado de “*bem jurídico protegido*”, é a própria liberdade em questão. Os sujeitos de direitos podem ser individuais ou colectivos. O direito de votar, por exemplo, é um direito individual. O direito de greve, em contrapartida, é um direito colectivo. Com efeito, a história dos direitos humanos pode ser vista como um processo de expansão dos sujeitos de direitos e dos objectos correspondentes. Contudo, é certamente uma grande vantagem viver numa sociedade onde as pessoas, apesar de todas as diferenças, têm os mesmos direitos básicos. Mas tal não é verdade, não são poucos os autores que, pelas mais diversas razões, criticam a ideia de direitos humanos. Certos são aqueles que acreditam que a tese de que o homem é detentor de direitos inatos, seja absurda. Direitos, dizem tais pessoas, são concepções humanas e não algo espontâneo, isto é, proveniente da natureza ou de Deus. Outros, acusam também que os direitos humanos são uma criação arbitrária da cultura ocidental, uma cultura profundamente individualista e talvez egoísta, na qual os indivíduos se vêem como células circundadas por direitos, e não como membros que fazem parte de um todo e que têm deveres com relação ao mesmo. Alguns esperavam que a ideia de direitos humanos viria a criar um papel ideológico de manutenção da ordem dominante, impedindo reformas políticas e sociais. Tais críticas instigam, mas revelam respostas razoáveis por parte dos defensores dos direitos humanos. A ideia de dignidade humana como fundamento dos direitos humanos é filosoficamente questionável. A dignidade é assim o valor que atribuímos aos seres humanos em função das nossas crenças sobre o modo como os mesmos devem ser tratados. Vemos várias injustiças e tantos actos bárbaros a serem cometidos contra a humanidade. Fomos assim levados a formar a convicção de que os homens precisam ser reconhecidos como titulares de direitos básicos.

Na esfera do Código de Processo Penal de 1929, “*os recursos penais escapavam aos rigores da teoria e da crítica*”²⁰. No art.º 649º, dispunha que os recursos seguiam os termos dos “agravos de petição em matéria cível”, adquirindo assim um empréstimo das regras do processo civil, que nunca poderiam salvaguardar os direitos, liberdades e garantias²¹ dos cidadãos, por oposição sistemática ao progresso. Olhando para trás, entendemos que nos regimes políticos em Portugal, durante a vigência deste Código Processual Penal, detectamos que os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, não eram uma preocupação do Estado Português.

²⁰ Cfr. RODRIGUES, José Narciso da Cunha, “Recursos”, in *O Novo Código de Processo Penal (Jornadas de Direito Processual Penal)*, Coimbra, Livraria Almedina, 1988, reimpressão, 1997, p.381.

²¹ Do capitalismo financeiro, resulta a crise na União Europeia (EU), em que os credores colocam sob o seu domínio Estados devedores, enfraquecendo a Europa, vislumbrando-se assim os reflexos na Democracia. Verificam-se no degrau do Direito, com a defesa dos direitos fundamentais, que rege cada um dos Estados membros da EU, correspondendo às pretensões dos povos, podendo somente a mesma garantir o primado do Estado do direito democrático. Na CRP, na nossa lei Fundamental, não tem escapado a esse estado de crise na EU e às vozes dos compromissos internacionais, aplicando alterações e leituras que por vezes deturpam o seu texto originário. Desta forma, num mundo altamente globalizado, nas redes de direito internacional e nas plataformas das organizações internacionais, existiram consequências diferentes na senda do constitucionalismo de 25 de Abril de 1974, a revolução que fez cair o regime fascista e que exalou Portugal de uma longa ditadura, da opressão e do colonialismo, reflectindo na lei, mais propriamente na CRP, estas directivas que dele nasceram. Da CRP de 1976, na narsa da Revolução de 1974, até à CRP de hoje, há uma visão de pelo menos 180º. Atendo à redacção em vigor da CRP, temos o seguinte panorama: Em primeiro lugar a recepção na ordem interna das “*disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, “acrescentando-se que a aplicação se faz”* nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático” (art.º 8º, nº 4). Na sequência do empenhamento de Portugal “*no reforço da identidade europeia!*” E na “*construção e aprofundamento da união europeia*” (art.º 7º, nºs 5 e 6). Em segundo lugar, a aceitação da “*jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma*”, que consta do artº 7º, nº 7, que inclui a aceitação da sua jurisdição para cidadãos nacionais, a par de aceitação da “*aplicação das normas de cooperação judiciária penal estabelecidas no âmbito da União Europeia*” (art.º 33º, nº 5). Em terceiro lugar a aceitação de um regime de extradição demarcado no art.º 33º, nºs 3 e 4, que abre a porta à “*extradição de portugueses do território nacional*”. Por último, a aceitação de incumbência definida no art.º 275º, nº 5, para as Forças Armadas de “*satisfazer os compromissos internacionais do Estado Português no âmbito militar*”, sabendo-se o que isso significa, com o envolvimento de Portugal na NATO, e não só, o que até contraria o importante programa de princípios definidos no art.º 7 para as relações internacionais. Concluindo desta forma que, mesmo com este quadro tão negativo, que é o resultado de compromissos internacionais de Estado Português, a nossa lei fundamental é sempre um alerta aos cidadãos para a defesa da liberdade e dos direitos fundamentais, cabendo-lhes torná-la operativa e eficaz, nomeadamente, junto dos tribunais.

Produto da Ditadura Militar, não poderia o Direito Processual Penal português, encimado no Código de 1929, ficar impune nomeadamente nos domínios dos direitos, liberdades e garantias, da função jurisdicional e da autonomia do Ministério Público²². Outra razão fundamental que explica o regime dos recursos do Código, vislumbra-se, nas últimas décadas, a grande discussão acalorada do processo penal, se ter centrado nas estruturas do processo. Crescido nos recursos cíveis e, mesmo assim neutral, o regime dos recursos penais não se inseria no leque de prioridades da ciência processual penal e dos legisladores, estando estes preocupados com os princípios e a arquitectura do processo penal²³.

Podemos destacar que a primeira modificação digna, concretizada nos primeiros passos do Código, foi introduzida pelo Decreto nº20/147, de 1 de Agosto de 1931, que foi alterada para melhor, o regime do julgamento perante o tribunal colectivo e dos poderes de conhecimento das Relações nos recursos das respectivas decisões.

Já o Decreto-Lei nº 35 007, de 13 de Outubro de 1945, alterou alguns princípios do processo penal e acima de tudo a fase de instrução, visando substituir a estrutura inquisitória que deu forma ao Código, em que o mesmo Magistrado procedia à instrução e ao julgamento do mesmo processo, numa disposição formalmente acusatória, que revalorizava o papel do Ministério Público, sendo este dependente do poder político. Interessante foi, o reparo que neste mesmo DL, o Gabinete do Sr. Ministro²⁴, se pronunciou: *“Não obstante, parece oportuno remodelar desde já, alguns princípios básicos do processo penal. Importa ter presente que as leis penais só são aplicáveis através do processo penal e que, em consequência, a segurança jurídica da Nação... Uma sociedade não pode, sem perigo, consentir longamente na violação*

²² O Ministério Público português goza de autonomia e de estatuto próprio. A independência que é consagrada como específica dos tribunais, mas que no caso do MP, se afere ao estatuto que deve definir «um esquema organizativo-institucional», lendo-se esta linha de pensamento em IMMANUEL KANT, *“Fundamentação da Metafísica dos Costumes”*, Edições 70, Lda. 2008, pp.41-96. O estatuto próprio e autonomia consagrados no nº2 do art.º 219º da CRP, implica a separação da magistratura judicial, preconizando e permitindo a materialização da estrutura acusatória do processo penal, separando-se os corpos dirigentes de quem investiga e acusa e de quem julga. Já no nº4 do mesmo artigo, consagra-se a responsabilidade e a subordinação hierárquica dos agentes do MP, contrariamente aos juizes (irresponsabilidade e independência) atribuindo-se a competência para as nomeações, colocações, transferências e promoções à Procuradoria-Geral da República que detém o poder disciplinar, segundo o n.º 5 do artigo 219º da CRP.

²³As principais exigências de modificação do direito ordinário vindo da aprovação da Constituição de 1976, incidiam sobre as temáticas do juiz natural, da prisão preventiva e da estrutura acusatória do processo, Cfr. DIAS, Jorge Figueiredo, *“A Nova Constituição da República e o Processo Penal”*, Revista da Ordem dos Advogados, 1976 (Ano 36º), pp. 99 – 109.

²⁴ DL nº. 35 007, de 13 de Outubro de 1945, ponto 1.

assídua das regras fundamentais em que assenta a sua existência e ordenado funcionamento, como os cidadãos não podem permanecer continuamente à mercê da pertinaz agressão à sua esfera jurídica.”, sendo assim na nossa opinião, razões de ordem prática, para explicar as modificações ao processo penal.

As Leis n.ºs. 2138²⁵ e 2139²⁷, de 14 de Março de 1969, interferiram na delimitação da irrecorribilidade para o Supremo das decisões das Relações enfatizadas em via de recurso e na problemática da “*reformatio in pejus*”.

Na política de “*Marcelismo*”, traduzida no texto constitucional saído da Revisão de 1971²⁸, o DL n.º 185/72, de 31 de Maio, aposentou importantíssimas zonas da instrução processual penal, essencialmente os assuntos de privação da liberdade pessoal, da instrução preparatória e contraditória, da acusação e defesa, e das execuções.

Neste seguimento, a Lei n.º 2/72 de 10 de Maio, referente às bases sobre a organização judiciária, havendo seis Bases onde se estipulava em cada uma delas, as funções das Comarcas, Juízos de Instrução criminal e Polícia Judiciária, e o Decreto n.º 343/72, de 30 de Agosto, que no seu percurso aprovou o Regulamento dos Juízos de Instrução Criminal.

O DL n.º. 605/75 de 3 de Novembro estabeleceu regras sobre o “*inquérito policial*”, intentou o processo correccional, interligando-se com o processo de polícia correccional, e reintegrou o julgamento com a intervenção do júri no processo, influenciando o regime dos recursos. No que concerne à aceleração da marcha processual, dispensou-se a instrução, quer a preparatória, quer a contraditória, nos processos por crimes a julgar em processo correccional.

²⁵ Dispondo esta lei, no seu art.º. 646.º n.º 6, “*Dos acórdãos das Relações proferidos sobre recursos interpostos em processo correccional que não sejam condenatórios, em processo de polícia correccional, de transgressões ou sumário; ressalva-se o disposto nos artigos 669.º e 670.º e os casos em que a multa aplicada exceda a quantia de 40 000\$, qualquer que seja a forma do processo.*”

²⁶ *Op. cit.* art.º. 646.º n.º 5, “*As limitações aos recursos para o Supremo Tribunal de Justiça resultantes do presente diploma não se aplicam às decisões já proferidas à data da sua entrada em vigor.*”

²⁷ Lei n.º2139, artigo 667º, “*Interposto recurso ordinário de uma sentença ou acórdão somente pelo réu, pelo Ministério Público no exclusivo interesse da defesa, ou pelo réu e pelo Ministério Público nesse exclusivo interesse, o tribunal superior não pode, em prejuízo de qualquer dos arguidos, ainda que não recorrente: 1º Aplicar pena que, pela espécie ou pela medida, deva considerar-se mais grave do que a constante da decisão recorrida; 2º Revogar o benefício da suspensão da execução da pena ou o da sua substituição por pena mais grave; 3º Aplicar qualquer pena acessória, não contida na decisão recorrida, fora dos casos em que a lei impõe essa aplicação; 4º Modificar, de qualquer modo, a pena aplicada pela decisão recorrida.*”

²⁸ Lei n.º. 3/71, de 16 de Agosto, disponível:

http://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/Lei3_71.pdf .

Por sua vez o DL n.º 320/76, de 4 de Maio, incide sobre o instituto do *habeas corpus*, a providência extraordinária (cujo significado é: “tenhas tu o teu corpo para te apresentar em tribunal”). Passou a ser até hoje, a garantia da liberdade individual mais sólida, privando os regimes tirânicos de uma das suas armas mais terríveis, visando suprimir as prisões e as detenções arbitrárias, estando consagrada esta providência na CRP, no seu artigo 31.º, como um dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, com maior eficácia.

Somente no pós 25 de Abril de 1974, o nosso sistema judiciário passou a dispor de um novo regime processual penal, contendo assim um regime próprio e específico de recursos. Já o Diploma de 1977 revogou o artigo 671.º, do Código que permitia o desaforamento quando o Supremo Tribunal de Justiça, em via de recurso, mandasse repetir o julgamento. Por consequência, com a aceitação da CRP, houve necessidade de receber do direito ordinário pré-constitucional às normas relativas ao exercício dos direitos, liberdades e garantias.

O Legislador de 1982 primou pela “*continência*”²⁹, dado que o DL n.º 402/82, de 23 de Setembro, demarcou um conjunto mínimo de normas indispensáveis para viabilizar a entrada em vigor do “Código Penal”, sublinhando a importância da concretização de um novo Código de Processo Penal.

De acordo com MANUEL CAVALEIRO FERREIRA, dias antes da aprovação do novo Código de Processo Penal, todo o trabalho efectuado desde 1929, recaiu sobre o processo preparatório, tendo menores alterações na fase da discussão e julgamento e no que diz respeito à matéria de recursos³⁰. Relativamente às dificuldades encontradas neste novo Código de Processo Penal, que consubstanciaria uma reforma global, sobressaíam o tentar equilibrar entre a qualidade e a celeridade da justiça penal, na dependência do regime dos recursos face à organização judiciária e aos meios postos à sua disposição, assim como na tradição, concepções e mentalidades importantes no sistema e na vida quotidiana.

O Código de Processo Penal de 1987, conferiu uma revisão profunda ao regime dos recursos, tabulando no seu Livro IX, “Dos Recursos”, repartido em dois títulos, “*Recursos Ordinários*” e “*Recursos Extraordinários*”, suprimindo o duplo grau de recurso, em favor de uma repartição de competências entre as instâncias de recurso, cometendo às Relações o conhecimento dos recursos das decisões do tribunal singular e ao Supremo a reapreciação das decisões finais dos tribunais colectivo e do júri.

²⁹ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Para um Reforma Global do Processo Penal Português*, Almedina, cit., p. 197.

³⁰ Cfr. *Curso de Processo Penal, Volume I*, Lisboa, Editora Danúbio, 1986, pp. 38-39.

Daqui em diante, começámos a aproximar paulatinamente de um verdadeiro Estado de Direito Democrático, evoluindo assim em matéria de recursos penais, identificando as regras constitucionais.

A revisão efectuada pela Lei n.º 59/98 de 25 de Agosto, teve como ideia do legislador redistribuir a competência das instâncias de recurso, conferindo uma maior efectividade ao duplo grau de jurisdição em matéria de facto, purificando a função do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de revista. A Revisão de 1998 alterou o regime da uniformização de jurisprudência, tornando ainda mais flexível a eficácia das decisões proferidas nesta sede.

Por último, o DL n.º 320-C/2000³¹, de 15 de Dezembro, alterando o Código de Processo Penal combatendo a morosidade processual, limitou-se aditar um novo n.º, 5 ao artigo 425.º, que salientou que os acórdãos absolutórios enunciados na alínea d) do n.º1 do artigo 400.º que confirmam decisão da 1.ª instância sem qualquer declaração de voto se devem limitar a negar provimento ao recurso, retornando ou remetendo para os fundamentos da decisão impugnada.

Temos como pano de fundo as paredes elementares dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, verificados e introduzidos constitucionalmente, contudo, nunca perdemos de vista a eficácia, a celeridade e a economia, imprescindíveis a qualquer sistema processual penal.

O recurso é um meio de impugnação de decisão judicial, que tem por objectivo a exclusão das imperfeições da decisão iníqua ou inválida ainda não transitada em julgado, colocando-a numa nova apreciação por outro órgão jurisdicional hierarquicamente superior, ou a correcção de uma decisão já transitada em julgado.³² O recurso pode ser composto com uma de duas aplicações: remediar o eventual erro do juiz ou tribunal ou compor meio de inquirir a deliberação de um órgão judicial por outro, em regra hierarquicamente superior.

Relembramos apenas que o recurso, no Código de 1929 detinha uma ou outra das duas aplicações adiantadas: correcção do erro da decisão ou inquirição da decisão.

³¹ Cfr. DL n.º320-C/2000, de 15 de Dezembro, “*No que diz respeito à instrução e ao julgamento dos processos sumários e abreviados, o despacho da pronúncia ou não pronúncia e a sentença serão proferidos no final do debate instrutório ou da audiência, respectivamente, sendo de imediato ditados para acta, considerando-se notificados aos presentes, pois não existem motivos que justifiquem mais uma audiência só para efeitos de leitura do referido despacho ou sentença*”, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=209&tabela=leis.

³² Cfr. CUNHA, Paulo, *Processo Comum de Declaração*, II, Coimbra, p.376.

No Código actual e no Direito Processual Penal³³, referimo-nos em especial ao recurso ordinário, tem sempre por objectivo corrigir um vício da decisão recorrida, podendo ser

³³ Cfr. Ac. do STJ nº08P1957, de 18.02.2009 “O direito processual penal constitui um ordenamento cuja finalidade está centrada na concretização do direito penal substantivo, como regulamentação complementar que dispõe sobre o modo de investigação e o esclarecimento de um crime, permitindo, através de um procedimento especificamente regulado, a aplicação da consequência jurídica que a lei prevê. O direito processual penal fixa e regula as «condições e os termos do movimento processual destinados a averiguar se certo agente praticou um certo facto e qual a reacção (penal) que lhe deve corresponder – regulamentação jurídica da realização do direito penal substantivo, através da investigação e valoração de um comportamento do acusado da prática de um facto criminoso» (cfr., Figueiredo Dias, “Direito Processual Penal”, I Vol., 1974, p. 28-29). O direito penal e o direito processual penal integram, no rigor, um mesmo ordenamento jurídico, mas com autonomia; realizam uma mesma finalidade, mas, no plano estritamente funcional, o processo penal é instrumental do direito penal, constituindo uma regulamentação jurídica autónoma, justificada pela diversidade de objecto e pelas categorias axiológicas que dominam e caracterizam a decisão no direito penal e no direito processual – a dicotomia axiológica «lícito-ilícito» no direito substantivo, e a dicotomia «admissível-inadmissível» ou «eficaz-ineficaz» no direito processual. O processo penal realiza a finalidade da descoberta da verdade e de realização da justiça, declarando o direito do caso segundo modos admissíveis e válidos, no respeito de valores constitucionalmente assentes, tornando seguro e estável o direito declarado. A fórmula, porém, apenas revela categorias axiológicas, sem impor ou sugerir uma específica conformação concreta do processo penal. Em cada momento histórico, a experiência acumulada, o sucesso ou o insucesso de outras fórmulas, os condicionamentos históricos e culturais e as dimensões próprias das várias políticas poderão exigir ou aconselhar a invenção ou a reinvenção de modelos de concretização, segundo critérios que podem ser também, em boa medida, funcionais ou funcionalistas, desde que se respeite o ponto de partida, que serão os critérios de valor e os «esquemas axiológicos» das questões processuais que «são afinal os critérios, modelos e os esquemas de validade do próprio direito». Por isso, no processo penal o rigor das fórmulas e a coerência intra-sistemática dos modelos são verdadeiramente constitutivos. A preexistência de princípios gerais (e fundamentais) de conformação, a interligação de várias fases nos procedimentos, a intervenção em competências conjugadas de várias entidades e sujeitos processuais, bem como, em outro nível de considerações, a apertada coordenação de soluções processuais com injunções constitucionais, exigem do legislador acrescidas cautelas na prevenção de disfunções resultantes de afectação da harmonia inerente a um conjunto que só pode ser coordenado. A centralidade funcional das normas processuais, em vista da realização melhor das finalidades do processo, produz sempre, inevitavelmente, momentos ou espaços de sobreposição ou mesmo de conflito, quando se sucedam no tempo regimes diversos. As categorias processuais e a sua leitura pela dicotomia «admissível-inadmissível» e «eficaz-ineficaz» podem determinar dificuldades de compreensão em casos de sucessão de regimes com diversos modos de encontrar de soluções ou de regulação na ordenação instrumental do processo. Para o âmbito de aplicação temporal do direito processual penal pode estabelecer-se, na perspectiva dogmática das construções doutrinárias, o princípio de que, como é regra geral, a lei – toda a lei – só dispõe para o futuro – artigo 12º do Código Civil, com a consequência da aplicação para futuro, mas por isso imediata, da lei nova aos processos e a actos processuais que sejam praticados após a entrada em vigor da lei nova, mesmo que o processo tenha sido iniciado no domínio da lei anterior, decorrendo também,

interposto por quem se considerar afectado por esse vício e tiver interesse que seja remediado, justificando-se assim a proibição da “*reformatio in pejus*”, que adiante melhor analisaremos³⁴. Quando o MP interpõe recurso no interesse do arguido, tem inevitavelmente de ter por base um vício da decisão impugnada, sendo um reflexo da posição institucional do MP.

do princípio e da sua concretização, que o valor que a lei anterior atribui a actos praticados e a situações verificadas no seu domínio de vigência ficará salvaguardado. No direito processual, a questão da aplicabilidade da lei quando normas diversas se sucedam no tempo aos processos já iniciados consiste, em geral, em determinar se a lei a considerar deve ser a lei vigente ao tempo da instauração da acção ou a nova lei cuja vigência coincide com o tempo processual antes de o processo terminar por decisão definitiva. A especificidade do processo penal exige, por isso, que nos casos de sucessão de normas o direito transitório assuma uma particular importância. Com efeito, sendo ou devendo o processo ser constituído por uma sequência de actos e fases, com encadeamento funcional, sistemático e determinado por uma lógica interna de modelo de processo, a dimensão das alterações pode ser de tal natureza – desde logo a mudança de concepção do próprio modelo estrutural do processo – que não tenha sentido, sem afectação inexorável da funcionalidade, aplicar uma alteração legislativa aos processos iniciados anteriormente à vigência da lei nova. A extensão, o fundamento, as finalidades e a natureza mais contingente ou mais estrutural das modificações do processo penal, têm, em consequência, determinando soluções de direito transitório nem sempre coincidentes. Na história legislativa mais recente do processo penal desde meados do séc. XX, as várias modificações relevantes (relevantes tanto pela natureza como pela extensão) assumem normas de transição conformadas pelo respeito pelos princípios essenciais, mas também, respeitados estes, pela possível conjugação das soluções intra-sistemáticas com a funcionalidade e praticabilidade pretendidas com a introdução ou a adopção de novas soluções.”, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8e0a119937ab01188025757c0052bba3?OpenDocument> .

³⁴ No único artigo 473º pelo DL nº402/82, de 23.9, se dispunha: “O Ministério Público recorrerá sempre das decisões condenatórias que impuserem pena de prisão em medida superior a oito anos.”, disponível em: http://bdjur.almédia.net/item.php?field=node_id&value=77077 .

2. *Princípios Gerais dos Recursos*³⁵

Numa primeira análise, a definição de Recurso em Processo Penal é um pedido de reapreciação de certa decisão judicial, apresentada a um órgão judicial superior, sendo que o direito ao recurso é uma garantia expressamente prevista pelo nº1 do artigo 32º da Constituição da República, desde a revisão constitucional de 1997. Em processo penal os recursos podem ser ordinários recursos perante as Relações e o Supremo Tribunal de Justiça) e extraordinários (recursos para a fixação de jurisprudência e o recurso de revisão). Trata-se assim de um meio de impugnação de decisão judicial, tendo por fim a eliminação dos defeitos da decisão injusta ou inválida ainda não transitada em julgado. Contudo, nem todas as decisões judiciais são passíveis de impugnação por meio de recurso, sendo que algumas são impugnáveis por outros meios processuais, como a *reclamação*, prevista no art.º 405º, e como o *habeas corpus*, previsto no art.º 220º. Como refere GERMANO MARQUES DA SILVA³⁶ “o recurso pode ser estruturado com uma de duas finalidades: remediar o eventual erro do juiz ou tribunal ou constituir meio de sindicat a decisão de um órgão judicial por outro, em regra hierarquicamente superior: Por isso, em teoria, não é dispensável à noção de recurso uma petição de recurso, isto é, a instauração do procedimento do recurso por um dos sujeitos processuais, pela acusação ou pela defesa; a reapreciação pode ser imposta ope legis.”

³⁵ Vide artigos 399º e segs., C.P.P.

³⁶ *In Direito Processual Penal Português, Do Procedimento (Marcha do Processo)*, Universidade Católica Editora, Setembro 2014, p. 296.

3. Fundamentos dos Recursos

Em concordância com uma antiga tradição portuguesa, as decisões finais condenatórias em processo penal não transitavam em julgado sem que o processo fosse reapreciado através de um segundo julgamento, mesmo que as partes não apelassem, o magistrado era obrigado a fazê-lo officiosamente. Em regra, apenas admitia excepções de pouca soma, terá tido incluída nas Ordenações Afonsinas, de onde passou, com pequenas modificações, para as Ordenações Manuelinas e Filipinas, O seu fundamento residia tanto no interesse público quanto no interesse da defesa do réu, como concordam o Professor MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA³⁷ e JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS³⁸.

Dispõe o art.º 410º, nº1 que “*sempre que a lei não restringir a cognição o tribunal ou os respectivos poderes, o recurso pode ter como fundamento quaisquer questões de que pudesse conhecer a decisão recorrida*”, podendo ter como alicerce ou um “*error in procedendo*” ou um “*error in judicando*”³⁹. O “*error in procedendo*” consiste no erro do juiz ao proceder, sendo um erro de forma, quando pelo magistrado são inobservados os requisitos formais necessários para a prática do acto, culminando numa decisão nula. Consiste, desta forma num vício formal contido na própria decisão proferida pelo magistrado, tendo-se que se verificar que a ausência das condições da acção e do pressuposto processual para o desenvolvimento válido e regular do processo, sendo considerado erro de procedimento do juiz, que implicará na extinção prematura da lide. No que concerne ao “*error in judicando*”, o mesmo consiste no acto pelo o qual o juiz equivoca quanto à apreciação da demanda, seja porque erra na interpretação da lei, seja porque não adequa correctamente os factos ao plano abstracto da norma, errando assim ao julgar, recaindo sobre o próprio conteúdo que compõe o litígio, um erro material. Quaisquer questões processuais ou materiais que não sejam excluídas por lei ou se encontrem resolvidas, podem ser fundamento de recurso.

Na estrutura do recurso encontramos o “*tribunal*” que podem ser um ou mais tribunais, sendo que os recursos ordinários são interpostos por um tribunal *a quo* para outro tribunal superior “*ad quem*”, enquanto nos recursos extraordinários são dirigidos ao mesmo

³⁷ *In Curso de Processo Penal, Volume 2*, Lisboa, Editora Danúbio, 1986, pp. 280-281.

³⁸ *In Processo Penal*, cit., p.345.

³⁹ Acerca do “*error in procedendo*” e “*error in adjudicando*”, Vide Acórdão do TCAS nº 08473/15, de 10 de Julho de 2015, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/3e0a72d2546b6e8680257e8800288733?OpenDocument>.

tribunal que proferiu a decisão, contudo podem intervir mais que um tribunal de acordo com os artigos 437º e 451º; o “*recorrente*”, o “*recorrido*” e por norma os demais “*co-arguidos*” no decurso do processo, são os outros sujeitos do recurso, de acordo com o artigo 413º. Para melhor entendimento, o Código de Processo Penal refere-se ao recorrente para designar o sujeito processual que interpôs o recurso e o recorrido ao sujeito processual afectado pela interposição do recurso, contudo o recurso interposto pelo MP no interesse do arguido, deve considerar-se o sujeito afectado pelo recurso.

Relativamente ao “*objecto*” do recurso, como podemos investigar a regra é que todas as decisões judiciais são recorríveis excepto a omissão da lei, sendo que a irrecorribilidade de uma decisão judicial é instituída por lei, todavia estabelecem-se duas situações acerca do objecto do recurso, sendo que a primeira incide pela questão que incidiu a decisão recorrida, já a segunda o objecto do recurso é a decisão recorrida. O nosso direito processual penal observa que o objecto de recurso é a decisão que tem uma enorme relevância prática muito grande. Com efeito, o conteúdo do recurso, corresponde à sua “*aplicação*”, sendo a substituição da decisão recorrida por outra, existindo 3 sistemas de aplicação do recurso, como: o “*sistema de cassação*”, de “*substituição e intermédio*”.

Num puro sistema de “*cassação*” (de tornar nulo, sem efeito), o tribunal de recurso, se o acolher, limita -se a revogar a decisão recorrida e o tribunal “*ad quo*” decidirá de novo.

Num sistema de “*substituição*”, o tribunal de recurso, se o acolher, substitui a decisão por aquela que considere ser a legal.

Num sistema “*intermédio*”, o tribunal de recurso, se o acolher, manda ao tribunal “*ad quo*” que profira nova decisão com o conteúdo que o tribunal de recurso lhe fixa.

No nosso sistema processual penal predomina o sistema de substituição, embora com limitações. O conteúdo normal do recurso, que corresponde à sua finalidade, é a substituição da decisão recorrida por outra. As relações, enquanto instâncias de recurso e atentos os seus amplos poderes de cognição (em matéria de facto e em matéria de direito) não podem, em regra, limitar-se a revogar a decisão recorrida, mandando baixar o processo ao tribunal recorrido para que este profira uma nova decisão. “*É que o nosso modelo processual penal de recurso segue essencialmente o modelo de substituição — e não de cassação — na modalidade de apelação limitada, tendo por base o princípio do dispositivo, sendo este o paradigma dos recursos para as Relações.*”⁴⁰.

⁴⁰ GOMES, Joaquim Correia, *As sentenças absolutórias, o recurso e o provimento condenatório na relação*, Revista do Ministério Público, Ano 31, Abr - Jun 2010, n.º 122, p. 200.

No nosso sistema, só quando não for possível decidir da causa, por qualquer um dos vícios elencados no n.º 2 do artigo 410.º do Código de Processo Penal — seja por insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, seja por contradição insanável na fundamentação ou entre a fundamentação e a decisão, seja por erro notório na apreciação da prova — é que o tribunal “*ad quem*” não decide da causa, substituindo a decisão recorrida por outra.

Nos termos do artigo 426.º, n.º 1, do CPP, na suposição de não ser possível decidir da causa, por existência dos referidos vícios, o tribunal de recurso determina o reenvio do processo para novo julgamento, relativamente à totalidade do objecto do processo ou a questões concretamente identificadas.

Sobre o âmbito do recurso dispõem os artigos 402.º e 403.º do Código de Processo Penal. O princípio geral é que o recurso interposto de uma decisão a abrange na sua totalidade (artigo 402.º, n.º 1) salvo se for fundado em motivos estritamente pessoais do recorrente (artigo 402.º, n.º 2) ou for limitado a uma parte autónoma da decisão (artigo 403.º, n.º 1).

Por força do princípio do conhecimento amplo, o tribunal de recurso conhecerá de toda a decisão a não ser que o recorrente tenha expressamente limitado o recurso a uma parte dela e a limitação seja admissível. Porém, a limitação do recurso não determina, em absoluto, o conteúdo da decisão do tribunal “*ad quem*”, pois, como acautela o n.º 3 do artigo 403.º, “*a limitação do recurso a uma parte da decisão não prejudica o dever de retirar da procedência daquele as consequências legalmente impostas relativamente a toda a decisão recorrida*”. Daqui decorre a aceitação legal da ideia da plenitude de jurisdição dos tribunais de recurso, no sentido de que podem decidir sobre todo o objecto do processo, não se apresentando, pois, qualquer obstáculo legal à possibilidade de o tribunal de recurso substituir uma decisão absolutória por uma condenatória e, simultaneamente, determinar e aplicar uma pena. Por isso, como observa GERMANO MARQUES DA SILVA⁴¹, “*se apenas se impugna a questão da culpabilidade e o recurso procede, a procedência terá normalmente efeitos na determinação da pena*”. 3.3 — No nosso sistema de recursos é reconhecida a legitimidade e o interesse em agir para recorrer de decisões absolutórias ao Ministério Público (com legitimidade para recorrer de quaisquer decisões, ainda que no exclusivo interesse do “*arguido*”) e ao “*assistente*” (com legitimidade para recorrer de decisões contra ele proferidas), nos termos do artigo 401.º, n.º 1, alíneas a) e b), do Código de Processo Penal.

⁴¹ Neste ponto, cf. SILVA, Germano Marques da, *Direito Processual Penal Português. Do procedimento (marcha do processo)*, volume III, Lisboa; Universidade Católica Portuguesa, 2014, p. 301.

PEREIRA MADEIRA⁴², em comentário ao artigo 401.⁴³, destaca a função de representante da sociedade do Ministério Público como fundamento da ampla legitimidade para recorrer que a lei lhe reconhece por objectivamente lhe dever interessar “*tanto a punição dos culpados em medida justa como a absolvição dos inocentes*”; quanto ao “*assistente*”, a respectiva legitimidade para recorrer é afirmada quanto às decisões que contrariem as posições processuais por si formuladas, não havendo dúvidas, em conformidade com o seu estatuto processual, quanto à legitimidade para recorrer de decisões absolutórias, já sendo controversa, porém, a resposta à questão de “*saber se é proferida contra o assistente a decisão que condene o arguido, embora em espécie e medida da pena diversas das propostas*”. Como se observa, “*estando apenas em causa, imediatamente, a medida concreta da pena, e nada mais, dificilmente se poderia afirmar por banda do assistente um concreto e próprio interesse em agir, no recurso, aliás, conforme a doutrina do acórdão de uniformização de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/99, de 30 de Outubro de 1997*”⁴⁴. Sem prejuízo das críticas que, num plano doutrinário, se possam fazer a esta solução legal a mesma passa por, no reconhecimento da legitimidade e interesse em agir de o Ministério Público e de o assistente

⁴² GASPAR, António Henriques, *Código de Processo Penal Comentado*, et alii, Almedina, 2014, comentários ao artigo 401.º, p. 1283 e ss.

⁴³ “*Tem legitimidade para recorrer aquele que é afectado pela decisão, cujos direitos foram prejudicados ou poderão vir a ser prejudicados pela mesma. Para isso basta que se trate de um prejuízo de facto, já ocorrido ou que ainda possa ocorrer, como por exemplo, um condutor de um veículo, ainda que o objecto não lhe pertença, tem a legitimidade para recorrer da sentença que o declare perdido a favor do Estado, pois a perda do veículo afectará de facto*”, de acordo com o Acórdão do TRE, de 17/06/1999, in CJ, XXIV, 3, 288, tendo então interesse em agir aquele que tem carência do processo para fazer valer o seu direito. De qualquer forma, existem outras situações onde não existe interesse em agir, como por exemplo: “*a) o interveniente processual conformou-se com a decisão proferida, mesmo que discorde com os fundamentos, de acordo com o Acórdão do STJ, de 08/10/2008, in CJ, Acs do STJ, XVI, 3, 200. ; b) o sujeito processual promoveu a decisão proferida; c) o sujeito processual é beneficiado pela decisão proferida*”, em concordância com o Acórdão do TC n.º 51/2010, que julgou não inconstitucional a disposição do artigo 401º, n.º1 do CPP. O princípio da lealdade processual impõe-se aos sujeitos e participantes processuais, não podendo recorrer quem tiver promovido a decisão proferida e aquele que impugna decisão concordante com a sua anterior posição assumida no processo e aquele que impugna decisão condenatória em pena ou medida de coacção menos grave do que aquela que requereu.

⁴⁴ Publicado no Diário da República, 1.ª série -A, n.º 185, de 10/08/1999, no qual se firmou a seguinte jurisprudência: «*O assistente não tem legitimidade para recorrer, desacompanhado do Ministério Público, relativamente à espécie e medida da pena aplicada, salvo quando demonstrar um concreto e próprio interesse em agir.*».

recorrerem de decisões absolutórias, por via de recurso, vir a ser proferida uma decisão condenatória em substituição de uma sentença absolutória.

4. *Espécies de Recursos*

O nosso Código de Processo Penal revela duas categorias de recursos, os “*recursos ordinários*”⁴⁵ e os “*recursos extraordinários*”⁴⁶, ficando o critério da classificação assente no valor da decisão não transitada em julgado ou já transitada, sendo o recurso ordinário unitário, não dependendo da natureza da decisão recorrida ou dos fundamentos do recursos, não se verificando esta situação para os recursos extraordinário, em que se verifica duas espécies, o “*recurso para a fixação da jurisprudência*” e o “*recurso de revisão*”. Podem ainda mediante a admissibilidade ou não de reparação da decisão recorrida pelo tribunal “*ad quo*”, os recursos podem classificar-se em “*puros*” em que o tribunal *ad quo* não tem a faculdade de rever a decisão que tornou e que foi impugnada pelo recursos ou “*misto*”, aquele em que o tribunal “*ad quo*” pode rever a decisão impugnada reparando-a. Convém ainda ter em conta que mediante a posição dos sujeitos perante o recurso, este pode ainda classificar-se em “*recurso independente*”, quando o recorrente interpõe o recurso sem guardar a iniciativa de outro sujeito, ou “*recurso subordinado*” sempre que é interposto depois de já interposto um recurso independente, estando previsto no artigo 404⁴⁷ do CPP.

Os Recursos ordinários são vias de impugnação de decisões ainda não transitadas em julgado, constando do Título I do Livro IX do Código de Processo Penal. O princípio geral, enunciado no artigo 399º do CPP, é o de que, em processo penal “*é permitido recorrer das sentenças e dos despachos cuja irrecorribilidade não estiver prevista na lei*”, tendo legitimidade para recorrer quem tiver interesse em agir. De acordo com o artigo 401º, nº1 do CPP, têm legitimidade para recorrer: “*a) o Ministério Público, de quaisquer decisões, ainda que no exclusivo interesse do arguido; b) o arguido e o assistente, de decisões contra eles proferidas; c) as partes civis, da parte das decisões contra cada uma proferidas; d) aqueles que tiverem sido condenados ao pagamento de quaisquer importâncias, nos termos deste código, ou tiverem a defender um direito afectado pela decisão.*” Não podem por outro lado

⁴⁵ Diz-se recurso ordinário ou recurso de renovação, o recurso de sentença ou despacho que ainda não transitou em julgado.

⁴⁶ Diz-se recurso extraordinário ou recurso de reparação, o recurso que incide sobre a decisão já transitada em julgado e que podem utilizar-se quando haja de reparar um vício do processo ou da sentença.

⁴⁷ No artigo 404º do Código de Processo Penal, não está previsto o recurso subordinado em matéria penal e nem mesmo o recurso subordinado do arguido em relação a recurso do Ministério Público, de acordo com o Acórdão do TC nº284/2006, e o Acórdão do STJ, de 30.11.1993, in CJ, Acs. do STJ, I, 3, 253). O recurso subordinado só é admitido em relação ao pedido de indemnização civil reduzido no processo penal.

recorrer, ou seja a irrecorribilidade das decisões judiciais não se pode verificar quando das decisões que caibam na alçada do tribunal que proferiu a decisão, sendo eles “a) *despachos de mero expediente, tendo como exemplo, quando a lei dispõe que se notifique o arguido e o seu defensor do despacho que designa dia para julgamento e o juiz ordena essa notificação nos termos da lei, sendo a notificação irrecorrível; b) decisões que ordenam actos dependentes da livre resolução do tribunal, como exemplo, indagamos os artigos 164º e o 313º ; c) acórdãos proferidos, em recurso pelas relações, que não conheçam, a final do objecto do processo*”, de acordo com a Lei nº 48/2007, d 29 de Agosto inicialmente e, o Acórdão do STJ, de 26/06/2002; “d) *acórdãos absolutórios proferidos, em recurso, pelas relações, excepto no caso de decisão condenatória em 1º instância em pena de prisão superior a 5 anos, e e) acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações, que apliquem pena não privativa da liberdade*⁴⁸ ; f) *acórdãos condenatórios proferidos, em recurso, pelas relações, que confirmem decisão de 1º instância e apliquem pena de prisão não superior a 8 anos, referindo-se à pena aplicada, mesmo em caso de concurso; g) nos demais casos previstos na lei, como referem os artigos 42º, nº1, 86º nº5, 100º, nº3, 280º, nº3, 281º, nº5, 310º, nº1 e 313º nº4.*”.

O recurso interposto de uma sentença abrange no seu âmbito toda a deliberação, sendo, no entanto admissível a limitação de um recurso ou parte dela, quando a parte recorrida se puder autonomizar da parte não recorrida, por forma a tornar possível uma análise e decisão autónomas. É autónoma a parte da decisão que se referir: a matéria penal; a matéria civil; em caso de concurso de crimes, a cada um dos crimes; em caso de unidade criminosa; em caso de comparticipação criminosa, a cada um dos arguidos.

De acordo, com o disposto no artigo 410º do CPP, “*Mesmo nos casos em que a lei não restringir a cognição do tribunal de recurso a matéria de direito, o recurso pode ter como fundamentos, desde que o vício resulte do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum*”: a) *a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada; b) a contradição insanável da fundamentação ou entre a fundamentação e a decisão; c) o erro notório na apreciação da prova.*”.

O prazo para interposição do recurso é de vinte dias e conta-se a partir da notificação da decisão, ou tratando-se de sentença, do respectivo depósito na secretaria. Caso se trate de uma decisão oral reproduzida em acta, conta a partir da data em que tiver sido proferida, se o interessado estiver ou dever considerar-se presente, sendo que o recurso da decisão proferida em audiência pode ser interposto por simples declaração na acta. De acordo

⁴⁸ Pena não privativa de liberdade, temos como exemplo, a *pena de multa*, de acordo com o artigo 47º do Código Penal ou a “*prestação de trabalho a favor da comunidade*”.

com o artigo 411º, o requerimento de “*interposição do recurso*” é sempre motivado sob pena de não admissão do recurso, podendo neste caso a motivação do recurso interposto na declaração da acta, ser apresentada no prazo de 20 dias contado da datada interposição. A Lei nº 48/2007, de 29/08, alarga o prazo de interposição do recurso da decisão ou sentença para vinte dias, não impeditivo o STJ e o TC terem jurisprudência concordante no sentido da inaplicabilidade no processo penal da extensão do prazo para interposição do recurso que impugne a decisão sobre a matéria de facto nos termos do artigo 698º, nº6 do CPP. Esta lei veio alargar o prazo de vinte dias para trinta dias quando o recurso tiver por objecto a “*reapreciação da prova gravada*”.

O regime de subida dos recursos, em regra, sobe nos próprios autos os recursos interpostos das decisões que ponham termo à causa e os que com aqueles deverem subir e sobem em separado os que deverem subir imediatamente e de acordo com o artigo 406º do CPP. A “*decisão que ponha termo à causa*” é a decisão que ponha fim ao processo criminal, conheça ou não do mérito da causam do objecto do processo. Havendo vários recursos que devam subir em separado na mesma altura, deve-se organizar um só apenso que os reúne a todos, de acordo com o CPC no seu artigo 645º, aplicável pelo artigo nº4 do CPP. Sobem ainda imediatamente, segundo o artigo 407º do CPP, “*os recursos interpostos*”: “*a) de decisões que ponham termo à causa; b) de decisões referidas na alínea anterior; c) de decisões que apliquem ou mantenham medidas de coacção ou de garantia patrimonial; d) de decisões que condenem no pagamento de quaisquer importâncias; e) de despacho em que o juiz não conhecer impedimento contra si deduzido; f) de despacho que recusar ao Ministério Público legitimidade para a prossecução do processo; g) de despacho que não admitir a constituição de assistente ou a intervenção de parte civil; h) de despacho que indeferir o requerimento para a abertura de instrução; i) da decisão instrutória; j) de despacho que indeferir requerimento de submissão de arguido suspeito de anomalia mental à perícia respectiva*”. Quando não devem subir imediatamente, os recursos sobem e são instruídos e julgados conjuntamente com o recurso interposto da decisão que tiver posto termo à causa, de acordo com o nº3 do artigo 407º do CPP.

Os efeitos do recurso, particularmente de efeito suspensivo, de acordo com o artigo 408º do CPP, têm este efeito: “*a) os recursos interpostos de decisões finais condenatórias, sem prejuízo do disposto do artigo 214º; b) o recurso do despacho de pronúncia sem prejuízo no artigo 310.*”, suspendendo os efeitos da decisão recorrida: “*a) os recursos interpostos de decisões que condenarem ao pagamento de quaisquer importâncias, nos termos deste Código, se o recorrente depositar o seu valor; b) o recurso do despacho que julgar quebrada caução; c) o recurso de despacho que ordene a execução de prisão, em caso de não cumprimento de*

pena não privativa da liberdade; d) o recurso do despacho que considere sem efeito, por falta de pagamento de taxa de justiça, o recurso da decisão final condenatória.”. Os sujeitos processuais afectados pela interposição de recurso podem responder no prazo de 20 dias.

Dispõe o artigo 409º, a proibição da *“reformatio in pejus”*, sendo uma medida protectora do direito de recurso em favor do arguido, visando garantir ao arguido recorrente ou ao MP, quando este recorre em exclusivo interesse do arguido, que o arguido não será punido com sanções mais graves pelo tribunal superior competente para conhecer o recurso interposto, valendo para as sanções criminais aplicadas quer a arguidos imputáveis quer a arguidos inimputáveis. A nossa investigação centra-se neste tema, na *“ratio”*, na qualificação jurídica, nas delimitações negativas e positivas das sanções relevantes para a proibição da *“reformatio in pejus”*, nos casos de concursos de crimes e da reincidência, do perdão em especial, da condenação em indemnização civil, do segundo julgamento, na delimitação do âmbito objectivo do recurso, questões que queremos que sejam respondidas e que serão afloradas e dissertadas com maior rigor adiante, entre estes e outros pontos. Contudo importa salientar que a este artigo, está inserido no *Livro IX, “Dos recursos”, TÍTULO I, “Dos recursos ordinários”, Capítulo I.*

A *“tramitação”* dos recursos ordinários é tratada em três capítulos distintos, no Cap.II, no Cap. III e IV. O recurso pode ser interposto de acordo com o artigo 411º, nº1 e o requerimento da interposição é sempre motivado, sob pena de não admissão (artigo 411º, nº3). Terá ainda o recorrente que indicar as conclusões a indicar, sob pena de rejeição do recurso (artigo 412º, nº2 e nº4). Já o *“despacho”* de admissão do recurso, está fixado no artigo 414º nº1 e do *“despacho que não admitir ou retiver o recurso”*, o recorrente pode reclamar para o presidente do tribunal, nos termos do artigo 405º do CPP. A *“notificação do despacho a todos os sujeitos processuais afectados”*, é concretizada de acordo com o artigo 413º do CPP, agora a *“sustentação”* ou *“reparação da decisão e expedição do recurso são conhecidas do seu mérito”*, nos artigos 414º, enquanto a *“desistência”* do recurso está atribuída no artigo 415º e ss. *“A visão do MP tem um cariz constitucional, sendo a mesma um mero acto de transmissão de autos”*⁴⁹, contudo a Lei nº59/98 juntou o nº2 do artigo 417º, com o fito de garantir o contraditório. As causas de *“rejeição do recurso”* poderão ser encontradas no artigo 420º. Quanto ao *“julgamento do recurso”*, o mesmo deverá ser julgado em conferência, de acordo com o artigo 409º, nº3 e caso não seja decidido de forma *“sumária”* ou *“julgado em*

⁴⁹ Cfr. Acórdão do STJ, de 18/04/90, AJ, nº8, p.3, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/21aa50676edd20108025728b00599ef3?OpenDocument>.

conferência”, o processo prossegue para a “*subfase da audiência*”, como dispõe o artigo 421º e ss. Concluída a “*deliberação na votação*”, é concebido o acórdão pelo relator ou pelo juiz adjunto, neste caso se ficar “*vencido*”, de acordo com o artigo 425º.

A Lei nº 59/98 de 25/08, alterou o sistema profundamente, admitindo profundamente que os recursos dos acórdãos finais proferidos pelo tribunal colectivo, subissem para o Tribunal da Relação e para o Supremo Tribunal de Justiça. Na versão inicial do CPP, havia um sistema equilibrado de recursos ordinários, inspirado na “*separação horizontal de competências*” da lei austríaca entre o *Bundesgerichtshof*⁵⁰ e os *Oberlandesgerichte*⁵¹.

O acórdão de fixação de jurisprudência do STJ nº8/2007 determinou que o recurso do acórdão final do tribunal colectivo em matéria de direito subia directamente ao STJ, não sendo admissível recurso prévio para o TR. A Lei nº48/ 2007, de 29/08, consagrou esta jurisprudência no nº2 do artigo 432º do CPP. As competências das secções estão salientadas no artigo 12º, nº2, alínea c) e 427º, enquanto que as relações conhecem em última instância, nos termos do artigo 400º, nº1, alíneas c), d), e) e f). As relações conhecem de facto e de direito, conforme o artigo 428º. Não havendo lugar ao reenvio para novo julgamento, a decisão do tribunal de 1ª instância sobre a matéria de facto pode ser modificada em consonância com o artigo 431º e ss.

O recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, recorre-se de acordo com o artigo 432º de acordo com o CPP, das decisões finais ou interlocutórias do TR proferidas em primeira instância, ou seja, das decisões proferidas pelas relações nos termos do artigo 12º, nº3, alíneas a), c), d), e e). Cabe recurso para o STJ das decisões do TR proferidas em recurso, que não sejam “*irrecorríveis*” nos termos do artigo 400º. O STJ tem o poder de corrigir um “*erro na espécie de recurso*” interposto no caso de recurso da decisão sobre a matéria de facto interposto pelo STJ. Inversamente, o TR tem o poder de corrigir o “*erro na espécie de recurso*” no caso de o recorrente ter endereçado ao TR um recurso que, por versar apenas matéria de direito, deveria ter sido dirigido ao STJ, considerando o TC a interpretação conjugada das normas dos artigos 119º, alínea e), 417º, nº3, alínea a), e 4, 419º, nº3, 427º, 428º, nº1, e 423º, todos do CPP, e do artigo 671ºm nº1, do CPC, inconstitucionalmente quando o referido erro do recorrente acarrete de forma irremediável a preclusão do direito ao recurso, de acordo com o acórdão do

⁵⁰ O *Bundesgerichtshof*, em Karlsruhe é o mais alto Tribunal da República Federal da Alemanha em matéria de competência genérica e última instância em civis e processos penais. É também responsável pelas áreas legais especiais relacionados *Berufsrecht* na administração da justiça.

⁵¹ O *Oberlandesgerichte*, é um Tribunal Superior Regional (OLG) em Berlim e por razões históricas é chamado *Kammergericht* (KG), sendo a mais alta autoridade da jurisdição ordinária de um estado.

TC nº66/ 2001. Caso o STJ decretar o reenvio do processo para novo julgamento, compete ao tribunal, que tiver proferido a decisão recorrida, aplicando-se o disposto no artigo 426º-A.

Conforme mencionámos precedentemente, os “*recursos extraordinários*” incidem sobre as decisões já transitadas em julgado e que podem utilizar-se quando haja para reparar um vício do processo ou da sentença, sendo eles: o “*recurso para fixação de jurisprudência*”, de acordo com o artigo 437º do CPP, o “*recurso de decisão proferida contra jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal de Justiça*” (artigo 446º do CPP), o “*recurso no interesse na unidade do direito*” (artigo 447º do CPP) e o “*recurso de revisão*” (artigo 499º do CPP).

Não menos importante que todos os recursos anteriormente falados, temos o “*Recurso para o Tribunal Constitucional*”, que nos termos dos artigos 277º a 238º da Constituição da República Portuguesa, compete ao Tribunal Constitucional fiscalizar a constitucionalidade das leis, podendo a mesma ser “*preventiva*” (artigo 278º da CRP), “*abstracta*” (artigo 281º da CRP), da “*inconstitucionalidade por omissão*” (artigo 283º da CRP) e da “*fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade*” (artigo 280º da CRP). Indagamos que para aprofundamento desta e de todas as questões sobre o recurso para o TC, a doutrina de JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo VI*, Coimbra, e de CARLOS LOPES REGO, *Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Almedina, reforçando a garantia da Constituição da República Portuguesa e da reforçada defesa da autoridade do Tribunal Constitucional, o caminho mais seguro e mais adequado para um recurso ser apreciado, com força obrigatória geral.

CAPÍTULO II

5. *Origem histórica, natureza jurídica da proibição da “reformatio in pejus” e o seu princípio sancionatório*

“*Reformatio in Pejus*”, é uma frase em Latim, utilizada no seio jurídico para indicar que uma decisão de um tribunal foi alterada para uma decisão pior do que a anterior. “*Reformatio*” significa “*mudar*”, “*aprimorar*” e “*pejus*” refere-se a “*pior*”.

O princípio da proibição nasce no séc. XVIII, assentando na teoria dos direitos adquiridos no sentido de que o arguido adquire, após a primeira sentença condenatória, o direito a não ser sujeito a uma sentença mais grave do que a proferida em antecedente julgamento, relacionando alguns autores a proibição com origem num “*Avis*” do Conselho de Estado francês, reportado a 1806, funcionando a proibição como um verdadeiro limite ao conteúdo da decisão do tribunal de recurso e aos seus poderes de cognição.

Recuando um pouco mais ainda no tempo, mais propriamente até às Ordenações Filipinas de 1595 ou ao Regime da Reforma Judiciária de 1841, não se verificam limitações à actuação sancionatória do tribunal “*ad quem*”, apenas e somente questionadas no Código de Processo Penal de 1929.

No nosso ordenamento jurídico, mais propriamente no nosso direito processual penal, a proibição da “*reformatio in pejus*” foi inserida pela Lei nº2139, de 14 de Março de 1969, sendo esta questão muito discutida, na vigência do Código de Processo Penal, na altura, sendo que a doutrina e a jurisprudência inclinaram-se literalmente para a possibilidade de “*agravação da pena ao recorrente*”⁵². A orientação acabou somente por ser consagrada pelo

⁵² É sabido que os Direitos Fundamentais são permeáveis à evolução histórica da sociedade, permitindo aditamentos que aumentem o espectro de direitos constitucionalmente protegidos, JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do Sistema dos Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. II, p.19, Almedina, e ainda em particular, veja-se a anotação ao artigo 32º nº1, realizada por J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, da *Constituição da República Portuguesa, Anotada, Artigos 1º a 100º*, Coimbra, a propósito dos princípios materiais do processo criminal e das garantias da defesa.

Assento de 4 de Maio de 1950⁵³, que sublinhou como regra em recurso penal, embora só interposto pelo réu, poder o tribunal agravar a pena.

Estamos certos, desta forma, que o primeiro marco relativo ao princípio da proibição da “*reformatio in pejus*” terá ocorrido no Assento de 04 de Maio de 1950, firmando assim o STJ a obtenção de uma decisão justa com a finalidade primária do sistema sancionatório. Começou aquele Tribunal por salientar que tribunais superiores não tinham limitações legais, quando ao Código de Processo Penal de 1929 e também no que concerne à extensão da apreciação da legislação complementar.

Concluiu assim o STJ, que “*ius imperii*” incidia obrigatoriamente a necessária liberdade de aplicação de sanções que achassem adequadas ao caso, em particular, sem que com isso estivessem limitados ao objecto do recurso indicado pelos sujeitos processuais. Por outra forma, o princípio da aplicação da sanção justa era de certa maneira tocado caso a “*reformatio in pejus*” ficasse limitada. Partindo assim de um ponto em que os tribunais superiores ficariam limitados à fixação do objecto dos recursos, concretizada pelos sujeitos processuais criminais, restringindo indevidamente a finalidade de aplicar uma sanção justa.

Cabe-nos ainda informar que até 1965, com a publicação e entrada em vigor do DL nº 46206, estava consagrada no Código de Processo Militar a proibição da “*reformatio in pejus*”, situação que com a entrada em vigor do referido diploma se altera, de forma a efectuar-se uma aproximação ao regime processualista criminal comum.

A proibição da chamada “*reformatio in pejus*” constitui um princípio que enforma todo o processo penal e que se traduz na proibição de reforma da sentença para pior, no sentido de, em recurso, a pena aplicada ao arguido não poder ser agravada.

A “*ratio*” do instituto incide em várias razões, mas uma mais antiga pondera uma ideia de equidade, não fazendo sentido reformar para pior uma sentença se só o arguido recorre, não o fazendo o Ministério Público, transitando em julgado quanto a ele o decidido; uma outra na ideia de “*favor reo*”, de benefício, de concessão de uma garantia última dos seus direitos de

⁵³ Cfr. o acórdão anterior “*Acentua-se, por fim, que a norma do artigo 667 do Código de Processo Penal não é incompatível com a regra da ampla cognição dos tribunais superiores, visto tratar-se de norma, não relativa ao âmbito de cognição, mas permissiva da modificação pelos tribunais do objecto da acção penal. Aquela regra e a paralela dos artigos 447 e 448 do mesmo Código, referente aos tribunais de primeira instância, que, pelo facto da sua existência, não deixa de ter o poder de ampla cognição. Nestas condições, e mantido o acórdão recorrido, firmando-se o seguinte assento: Em recurso penal, embora só interposto pelo réu, pode o Tribunal agravar a pena.*”, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/21aa50676edd20108025728b00599ef3?OpenDocument> .

defesa, como contrapeso da sua debilidade posicional no processo, mas já em Pisani a razão é de índole reguladora do processo, de instrumento que regulariza o andamento justo do processo na medida em que, pelo menos, não desencoraja o arguido de recorrer com receio de sentença mais gravosa (*Cfr. Mara Lopes , in O Princípio da Proibição da Reformatio in Pejus, como Limite aos Poderes Cognitivos e Decisórios do Tribunal , Estudos em Homenagem ao Professor Jorge de Figueiredo Dias , Vol.III , Coimbra Ed., 949 a 996*). DAMIÃO DA CUNHA⁵⁴, refere que o princípio adquire uma função garantística do exercício do direito ao recurso, interrogando-se se a proibição se deve limitar ao estrito âmbito impugnatório, ou se deve consagrar-se como afloramento de um princípio geral de processo penal ligado ao exercício do direito de defesa.

Este instituto será, então, a limitação que subjaz ao tribunal de recurso na determinação da sanção a aplicar ao arguido e que o impede de agravar e nas palavras de CLAUS ROXIN “*significa que a sentença não pode ser modificada em prejuízo do arguido, na classe e extensão das suas consequências jurídicas, quando somente tenha recorrido o arguido, o seu representante legal ou o Ministério Público no seu interesse (...). Com isto pretende lograr-se que ninguém se abstém de interpor recurso por receio de ser punido de modo mais severo na instância seguinte.*”

São assim várias as razões apontadas pela doutrina, para a consagração da proibição da “*reformatio in pejus*”, não esquecendo que para a maioria dos autores este princípio advém do princípio civilístico do dispositivo, na medida em que apenas os sujeitos processuais têm a possibilidade de fixar o “*thema decidendum*”, ficando tal possibilidade vedada ao tribunal superior, não podendo este, por último, verificar a possibilidade de agravar a sanção para além do pedido dos sujeitos processuais.

No Código Processual Penal vigente, a proibição da “*reformatio in pejus*”, integra-se no Livro IX, dos Recursos, Título I, dos Recursos Ordinários, Capítulo I, Principais Gerais, no Artigo 409º, cujo nº1 nos diz: “*Interposto recurso de decisão final somente pelo arguido, pelo Ministério Público, no exclusivo interesse daquele, ou pelo arguido e pelo Ministério Público no exclusivo interesse do primeiro, o tribunal superior não pode modificar, na sua espécie ou medida, as sanções constantes da decisão recorrida, em prejuízo de qualquer dos arguidos, ainda que não recorrente*”. Já o nº2 do referido artigo diz: *A proibição estabelecida*

⁵⁴ In caso Julgado Parcial, Acórdão STJ 138/08.6TALRA.C1.S, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/74c58c0dffffbcef58025796d003d735c?OpenDocument>

no número anterior não se aplica à agravação da quantia fixada para cada dia de multa, se a situação económica e financeira do arguido tiver entretanto melhorado de forma sensível. A proibição da “reformatio in pejus” é assim uma medida protectora do direito de recurso em favor do arguido.

Face ao referido, concluímos que esta norma, limita assim o poder decisório do juiz, sendo que está inserida sistematicamente no âmbito dos recursos. O nº1 daquele preceituado, informa-nos que o arguido recorrendo ou o Ministério Público no seu interesse, o tribunal está impedido de, na determinação da sanção a aplicar ao arguido em recurso, agravar em espécie ou medida as sanções aplicadas pela decisão de que se recorre. A este princípio, a excepção está prevista no nº2, agravando-se a pena de multa, se a situação económica e financeira do arguido tiver melhorado de forma sensível.

Este instituto, dirige-se ao “*arguido recorrente*”, mas também aos que não tenham recorrido da decisão. Ao arguido recorrente, dirige-se em primeira linha, recorrendo o Ministério Público, desde que no exclusivo interesse da defesa, e interpondo ou não recurso o arguido, continuando a valer a proibição. Da mesma configuração, quer sejam por fixação de jurisprudência quer de revisão, nos recursos extraordinários, o tribunal está continuamente, sem prejuízo da excepção relativa à pena de multa, travado de agravar as sanções constantes da decisão de que se recorre quando o recurso tenha sido interposto somente pelo arguido.

Importante é, de referir que no Direito germânico, segundo SEIBERT *in* “*Monatsschrift fur Deutsches Recht*”, defendeu-se que o arguido podia renunciar à proibição da “*reformatio in pejus*”, pedindo a aplicação de uma sanção mais gravosa.

Para os “*arguidos não recorrentes*”, ainda que estes não recorram da decisão, caso o Ministério Público o faça, no seu exclusivo interesse, está assim o tribunal reduzido pela norma em causa. Contudo, no recurso de fixação de jurisprudência o âmbito de auxílio do arguido que não recorre é mais ampliado, na medida em que o tribunal está impedido de agravar as sanções do condenado, excepto que seja interposto pelo Ministério Público e pelo assistente e estes hajam recorrido em descrédito do arguido no processo em que foi proferido o acórdão recorrido, de acordo com o CPP, artigo 443º, nº3.

Por outro lado, aos arguidos não recorrentes, caso não tenha sido interposto recurso pela acusação e tendo os mesmos sido absolvidos dos crimes porque estavam acusados, a decisão do tribunal de reenvio não se pode também inclinar sobre estes, tendo também havido a anulação com subsequente reenvio. Desta forma, e como é referido no Acórdão do Tribunal Constitucional 236/2007, processo nº 201/04, de 30.03.2007, “*a proibição da reformatio in pejus é reclamada pela plenitude das garantias da defesa, quer porque a reformatio in pejus*

poderia surgir inesperadamente ou de modo insusceptível a ser contraditada pela defesa, quer porque restringiria gravemente as condições de exercício do direito ao recurso. São assim, princípios constitucionais, na sua concretização no sistema jurídico, que exigem a configuração de uma certa medida de proibição de reformatio in pejus (...)”.

A “*proibição da reformatio in pejus*”, incontestavelmente representa as penas principais e para as penas acessórias, podendo estas últimas não serem fixadas em medida superior à que antes tinha sido. Para as penas de substituição a proibição é mantida, não podendo o tribunal de recurso alterá-las em prejuízo do arguido. Salientamos também que a norma vale para as sanções aplicadas a arguido imputáveis e imputáveis.

A doutrina explica que, com base no princípio do dispositivo interligado com o poder da iniciativa das partes no processo, das quais fornecem e fixam ao tribunal o objecto do processo definido na acusação, mais propriamente conhecido por “*thema decidendum*”, sendo que só uma das partes pode recorrer, neste caso o arguido. É preciso igualmente ter interesse, dado que o recurso só do arguido não poderia conduzir a resultados de maneira diferente ao seu interesse, neste caso efectivamente contrários. Outros autores relacionam este princípio com sentimentos de justiça recta e natural, sendo injusto reformar a sentença em prejuízo do arguido quando, sem o seu recurso, a decisão teria transitado em julgado, o que explica verdadeiramente que a proibição é indubitavelmente a *favor rei*, como princípio geral do direito. Por último “*a proibição de reformatio in pejus impede que se conheça, no recurso, da responsabilidade de arguidos absolvidos, se não houver recurso por parte da acusação*”⁵⁵.

Ora foi nesta sequência que também entre nós nasceu o princípio⁵⁶ da “*proibição da reformatio in pejus*”, centrado, não apenas como meio para atingir um fim, mas sim, na qualidade

⁵⁵ In Ac. do STJ, de 5.6.91, CJ, XVI, tomo 3, página 29, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2816b126788a9034802568fc003add3c?OpenDocument>

⁵⁶ Cfr. o Acórdão anterior “*Convém recordar, a propósito, o que escreveu Cunha Rodrigues, ao referir que a proibição ampliada em relação ao artigo 667 do Código de Processo Penal de 1929, subsiste ainda que o tribunal superior qualifique diversamente os factos e deixa de relevar a posição que o representante do Ministério Público aí assume (Cf. o estudo com o título "Recursos", nas Jornadas de Direito Processual Penal, Ed. C.E.J., página 388). E - podemos acrescentar agora - uma ampliação que transcende o puro âmbito do direito processual penal, posto que tem na sua (sua) base um princípio de direito substantivo, qual é o de a proibição da reformatio in pejus querer obstar a que o arguido veja alterada a sentença em seu prejuízo quando apenas ele recorrer ou quando o Ministério Público recorre no seu exclusivo interesse. A ser de outra maneira, ou seja, a manter-se o regime do Código anterior, representaria alcançar, por caminhos ínvios, justamente o que o legislador do Código de 1987 quis evitar: que as sanções aplicadas na decisão recorrida sofressem agravação pela via do processo*

penal, quando só o arguido recorre, por si só ou acompanhado pelo Ministério Público no seu interesse. Isto é, que a aplicação daquele artigo se repercutisse no próprio direito penal material que, conforme a Constituição, não consente aplicação retroactiva de um "regime" menos favorável (cf. ainda o n. 4 do artigo 2 do Código Penal). Note-se que este artigo fala em "regime" e não em "sanções", sendo o primeiro conceito claramente mais extensivo, abrangendo disposições de carácter processual penal que, em relação mútua de complementaridade com o direito penal, se revelem mais favoráveis ao agente. É neste aspecto que não falta quem sustente o carácter instrumental da lei de processo. Recordemos, por fim, a opinião de Maia Gonçalves, a propósito do artigo 409 do vigente Código e sua vertente inovadora: a lei é omissa quanto à possibilidade de aplicação de penas diversas e mais graves do que as da decisão recorrida, no caso de diversa qualificação jurídico-criminal dos factos pelo tribunal superior. Mas mesmo em tal caso não agora possível a reformatio in pejus. O tribunal superior dará aos factos o tratamento jurídico-criminal que reputar adequado, mas se só o arguido tiver recorrido, ou o Ministério Público, mas em exclusivo interesse da defesa, as sanções constantes da decisão recorrida não poderão ser modificadas em prejuízo do arguido. Também cessou a possibilidade de o Ministério Público no tribunal superior pedir a agravação da pena, nos casos de recursos interpostos só pelo arguido ou pelo Ministério Público no interesse da defesa, que no regime anterior por vezes deixava frustrada a expectativa dos arguidos recorrentes. Para que possa operar-se nos recursos penais a modificação das sanções em prejuízo dos arguidos terá que haver agora recurso interposto pela acusação (Cf. Código de Processo Penal Anotado, 7. Edição, página 593)."

de “fim” em sim mesmo (a tutela da proibição, a medida protectora do direito de recurso⁵⁷⁵⁸ em favor do arguido), em matéria de recursos⁵⁹ ordinários.

⁵⁷ “O recurso é um meio de impugnação de decisão judicial, que tem por finalidade a eliminação dos defeitos da decisão injusta ou inválida ainda não transitada em julgado, submetendo-a a uma nova apreciação por outro órgão jurisdicional hierarquicamente superior, ou a correcção de uma decisão já transitada em julgado” SILVA, Germano Marques da, *Direito Processual Penal Português, Do Procedimento (Marcha do Processo) Volume III*, Universidade Católica, pág.296 e ss.

⁵⁸ Vide Acórdão do STJ, de 01.09.2016, processo nº2653/13.OTTL5B.L1.S1 “Como se referiu, designadamente, nos Acórdãos n.ºs 638/98, 202/99 e 415/2001 (cf., por último, para uma completa e actualizada exposição da doutrina e jurisprudência constitucionais sobre o direito de acesso aos tribunais e, em especial, o direito de recurso, Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, notas VII e XII ao artigo 20.º, pp. 186-189 e 200-203), o direito, que o artigo 20.º, n.º 1, da CRP, a todos assegura de “acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos” consiste no direito a ver solucionados os conflitos, segundo a lei aplicável, por um órgão que ofereça garantias de imparcialidade e independência, e face ao qual as partes se encontrem em condições de plena igualdade no que diz respeito à defesa dos respectivos pontos de vista (designadamente sem que a insuficiência de meios económicos possa prejudicar tal possibilidade). Mas a Constituição não contém preceito expresso que consagre o direito ao recurso para um outro tribunal, nem em processo administrativo, nem em processo civil; e, em processo penal, só após a revisão constante da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro, passou a incluir, no artigo 32.º, a menção expressa ao recurso, incluído nas garantias de defesa, assim consagrando, aliás, a jurisprudência constitucional anterior a esta revisão, e segundo a qual a Constituição consagra o duplo grau de jurisdição em matéria penal, na medida (mas só na medida) em que o direito ao recurso integra esse núcleo essencial das garantias de defesa previstas naquele artigo 32.º”, disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/90187175/details/maximized?emissor=Supremo+Tribunal+de+Justi%C3%A7a&perPage=100&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar%2Fen> .

⁵⁹ Cfr. TRL, Ac. nº 469/13.3PBAMD.L1-9 “... referira-se que o artigo 2º do protocolo nº. 7 à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República 22/90 de 27.9 e ratificado pelo Decreto do Presidente da República 51/90 da mesma data, dispõe 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. O exercício deste direito, bem como os fundamentos pelos quais ele pode ser exercido, são regulados por lei; este direito pode ser objecto de excepções em relação a infracções menores, definidas nos termos das leis, 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. Esta tese foi defendida no Ac. Tribunal Constitucional 49/03, relatora Maria Belezza, que com a devida vénia vimos seguindo de perto, com transcrição. Tal como na 1ª instância o arguido teve a oportunidade de se defender, exercendo o direito ao contraditório, perante a acusação deduzida pelo MP, também, nesta instância de recurso, teve a mesma possibilidade de se defender, exercendo o mesmo direito do contraditório, porventura com mais 1 oportunidade (a do artigo 417º/2 C P Penal) perante a motivação do recorrente. Também na tese que fez vencimento se ponderou que ao determinar

a espécie e medida da pena em via de recurso, se estaria a impedir o arguido de participar na escolha de algumas penas de substituição, que reclamam o seu consentimento. Não cremos relevante tal argumento, pois que o tribunal de recurso, para quem entenda que a sua opinião tem que ser dada pessoalmente, sempre podia determinar a comparência em audiência, ao abrigo do artigo 421º/1 C P Penal. Assim, cremos que no caso, fora o caso de falta de factos provados que permitam - com justeza e adequação - a determinação da espécie e medida da pena, nos termos dos artigos 70º e 71º C Penal, sempre o tribunal de recurso pode e deve, na consideração da verificação dos elementos constitutivos do tipo legal, condenar o agente, que vinha absolvido. No caso, esta falta de factos – elementos a ponderar naqueles termos, não se verifica, o que a ocorrer, justificaria, então se determinasse a reabertura da audiência, nos termos dos artigos 369º, 370º e 371º C P Penal.”. E o citado Ac. n.º 49/2003 do Tribunal Constitucional, in www.tribunalconstitucional.pt/tc/acórdãos, relatado por Maria dos Prazeres Beleza, donde citamos: “Por outras palavras, o acórdão da relação, proferido em 2ª instância, consubstancia a garantia do duplo grau de jurisdição, indo ao encontro precisamente dos fundamentos do direito ao recurso. Dir-se-á – como faz a recorrente – que, tendo havido uma decisão absolutória na primeira instância, o direito ao recurso implicaria a possibilidade de recorrer da primeira decisão condenatória: precisamente o acórdão da relação. Tal entendimento, não só encara o direito ao recurso desligado dos seus fundamentos substanciais (como resulta do que já se disse), mas levaria também, em bom rigor, a resultados inaceitáveis, como se passa a demonstrar. Se o direito ao recurso em processo penal não for entendido em conjugação com o duplo grau de jurisdição, sendo antes perspectivado como uma faculdade de recorrer – sempre e em qualquer caso – da primeira decisão condenatória, ainda que proferida em recurso, deveria haver recurso do acórdão condenatório do Supremo Tribunal de Justiça, na sequência de recurso interposto de decisão da Relação que confirmasse a absolvição da 1ª instância. O que ninguém aceitará. A verdade é que, estando cumprido o duplo grau de jurisdição, há fundamentos razoáveis para limitar a possibilidade de um triplo grau de jurisdição, mediante a atribuição de um direito de recorrer de decisões condenatórias. Tais fundamentos são a intenção de limitar em termos razoáveis o acesso ao Supremo Tribunal de Justiça, evitando a sua eventual paralisação, e a circunstância de os crimes em causa terem uma gravidade não acentuada. Esta segunda justificação, aliás, explica a diferença entre as alíneas e) e f) do n.º 1 do artigo 400º do Código de Processo Penal; com efeito, se ao crime em causa for aplicável pena de prisão “não superior a oito anos” (alínea f)) – não sendo hipótese abrangida pela alínea e), naturalmente –, só não cabe recurso para o Supremo Tribunal de Justiça do acórdão condenatório proferido pela Relação se este confirmar “decisão de 1ª instância. Não se pode, assim, considerar infringido o n.º 1 do artigo 32º da Constituição pela norma que constitui o objecto do presente recurso, já que a apreciação do caso por dois tribunais de grau distinto tutela de forma suficiente as garantias de defesa constitucionalmente consagradas. A concluir, refira-se o artigo 2º do protocolo n.º 7 à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (aprovado, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 22/90, 27 de Setembro, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 51/90, da mesma data), cujo texto é o seguinte: Artigo 2º - 1 – 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. O exercício deste direito, bem como os fundamentos pelos quais ele pode ser exercido, são regulados por lei. 2 – 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. Como se vê, a parte final do n.º 2 ressalva,

Proibição que o legislador acaba por reforçar consubstanciando-se na existência de um regime próprio (vale para as sanções criminais aplicadas quer a “*arguidos imputáveis*” quer a “*arguidos inimputáveis*”⁶⁰; vale para a aplicação das “*agravantes qualificativas*”⁶¹; vale para as “*sanções acessórias*”⁶²; vale para o agravamento da “*pena conjunta*”; vale para cada uma das “*sanções parcelares*”; vale para a declaração do arguido como “*reincidente*” pelo tribunal do recurso; vale para aplicação de uma “*pena de prisão relativamente indeterminada*”⁶³; vale para a “*revogação do perdão*”⁶⁴; vale para o “*agravamento da condenação em indemnização civil*”⁶⁵; vale ainda para o “*agravamento da condenação em novo julgamento*”⁶⁶), aprovando-se assim na letra da lei, uma administração deste instituto e ao princípio que o enforma em particular em matéria de recurso, garantida expressamente na Constituição da República Portuguesa.

precisamente, a hipótese que está em apreciação no presente recurso.» ...”. Tal como na 1ª instância o Arg. teve a oportunidade de se defender, exercendo o direito ao contraditório, perante a acusação deduzida pelo MP, também, nesta instância de recurso, teve a mesma possibilidade de se defender.”, disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/99206075/details/normal?q=Ac.+n%C2%BA%20469%2F13.3PBAMD.L1-9>.

⁶⁰ Desde logo o impedimento, aplica-se no caso do tribunal de recurso aplicar uma pena de prisão mais longa, mas suspensa da sua execução.

⁶¹ Vide Acórdão do STJ, de 24.01.1990, processo nº040414, disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/86181275/details/maximized?q=Ac%C3%B3rd%C3%A3o+do+STJ%2C%20de+24.01.1990>.

⁶² Vide Acórdão do TRP, de 04.06.2003, in CJ, XXVIII, 3, 215 e CLAUS ROXIN/ HANS ACHENBACH, *Strafprozessrecht*, 2006, pág. 361, Beck.

⁶³ Vide Acórdão do STJ, de 28.09.2000, in CJ, Acs. do STJ, VIII, 3, 184, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0b2f493ae790914680256e8c0052c254?OpenDocument>.

⁶⁴ Vide Acórdão do TC nº499/1997, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970499.html>.

⁶⁵ No recurso dele interposto no processo penal pelo arguido demandado (Acórdão do STJ, de 07.07.1993m in CJ, XVIII, 3, 195).

⁶⁶ Vide Acórdão do TC nº236/2007, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070236.html>.

6. A previsão legal da proibição da “reformatio in pejus” no Código Processual Penal Português em comparação ao artigo 32º, nº1 da Constituição da República Portuguesa

A previsão legal da proibição da “*reformatio in pejus*” encontra-se prevista no artigo 409º do Código de Processo Penal, embora haja um efeito na delimitação do âmbito do objectivo do recurso, segundo o artigo 402º do CPP. A metodologia dos recursos ordinários tem uma delimitação objectiva, em que as conclusões do recorrente delimitam o âmbito do poder de cognição do tribunal do recurso, concentrando assim os pontos da sua discórdia com a decisão recorrida e com elas o recorrente fixa o objecto da discussão em tribunal⁶⁷. Resulta assim a delimitação objectiva do âmbito do recurso, das conclusões. Pode igualmente o recorrente proceder à delimitação do âmbito do recurso por referência às partes autónomas da decisão recorrida, nos termos do artigo 403º, nº2.

Atentos à circunstância de o recurso ter sido interposto pelo arguido, o reenvio do processo não pode submeter o arguido ao risco de um agravamento processual, pelo que vale no segundo julgamento a proibição da “*reformatio in pejus*”⁶⁸.

De acordo com o artigo 403º, nº3, é limitado pela proibição da “*reformatio in pejus*”, pelo que no caso de recurso interposto pelo arguido ou pelo MP em exclusivo interesse do arguido as “*consequências*” relativamente à parte não impugnada da decisão são apenas as “*causas*” que aproveitam ao arguido.

A propósito do recurso do Ministério Público, foi emitido pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa a Recomendação n. R (92) 17, de 19.10.1992 – relativa à coerência na aplicação da pena, cuja menção é a seguinte: “*Em alguns Estados Membros, o Ministério Público tem o poder de recorrer ou apresentar recurso incidental da sentença. Tal poder deve ser reservado geralmente para os casos em que há razões para crer que a sentença está fora do intervalo adequado. O Comité considerou que não era desejável que este poder fosse usado rotineiramente, uma vez que isso também pode ter o efeito de desencorajar os arguidos de exercerem o seu direito de recurso. No entanto, reconheceu que a ordem em que os recursos*

⁶⁷ In Acórdão do STJ, de 2.11.1995, CJ, XX, 3, 220, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/46f956685dfcf8b880256b1200383ec2?OpenDocument>.

⁶⁸ In Acórdão do TC nº 236/2007, disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070236.html>.

são apresentados pela acusação e defesa pode ser uma questão de sorte em alguns casos. De facto, na França, há prazos rígidos para recursos e recursos incidentais. O parágrafo D.2 prevê Estados em que o Ministério Público tem um poder adicional de recurso, ou seja, um poder que só surge depois de o arguido ter interposto recurso e que é dependente do recurso do arguido; tal poder deve ser usado também com moderação similar. O Comité fez estas recomendações sabendo que os recursos da acusação realmente contribuem para a coerência na aplicação da pena, permitindo a correcção de decisões excessivamente brandas, bem como de decisões excessivamente severas, mas considerou que o conflito entre apoiar os interesses do Ministério Público e apoiar os direitos da defesa deve geralmente ser resolvido em favor deste último, tendo em atenção o disposto na Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem”.

A jurisprudência obrigatória foi fixada pelo acórdão do STJ n.º 4/95⁶⁹, de forma que o tribunal superior pode em recurso alterar oficiosamente a qualificação jurídico-penal

⁶⁹ *Op.Cit. “I O presente recurso extraordinário para fixação de jurisprudência surge quando o ilustre representante do Ministério Público neste Supremo Tribunal, confrontando o acórdão desta mesma jurisdição em 22 de Junho de 1994, proferido no processo 45983, com aquéloutro que foi prolatado no processo 45100, se deu conta de que, enquanto o primeiro fora no sentido da admissibilidade da alteração oficiosa da qualificação jurídico-penal dos factos operada, que havia tido lugar na 1.ª instância, o segundo seguiu entendimento adverso, isto é, o de que, em via de recurso, não poderia o tribunal a quo alterar a qualificação jurídica que dos factos havia sido feita no tribunal a quo e que por estes tinham sido captados. Acrescentou o magistrado recorrente que as confrontadas decisões - acórdãos -, para além da evidente contradição que nelas se descobria, tinham tido lugar no domínio da mesma legislação, qual seja a do Código de Processo Penal. A legitimidade do mesmo magistrado era indiscutível, além do mais, face ao estatuído no artigo 437.º, n.º 1, do Código de Processo Penal. Admitido o recurso em causa, foi julgado em conferência não apenas a concorrência de todos os pressupostos requeridos pelo artigo 438.º, n.º 1, da citada lei processual como ainda reconhecida a tempestividade do recurso e que tanto o acórdão recorrido como o acórdão fundamento já haviam transitado em julgado. E tão evidente é a verificação de todo o requisito exigido para a admissibilidade do presente recurso para fixação obrigatória de jurisprudência que, neste momento, o plenário o reafirma uma vez, nos precisos termos em que o mesmo foi dado como existente no acórdão a fl. 46, proferido em conferência. II. Como já se anteviu, a questão a decidir resume-se tão-somente à de saber se o tribunal penal para que se recorre, máxime o Supremo Tribunal de Justiça, poderá ou não alterar oficiosamente a qualificação jurídico-penal dos factos recolhidos na instância recorrida e sobre os quais esta erigiu a decisão que, uma vez proferida, subiu em recurso à instância superior. A resposta, adianta-se, já não poderá deixar de ser afirmativa, face às múltiplas razões que adiante se irão alinhar. III Como é sabido, o actual Código de Processo Penal, no seu artigo 1.º, alínea f), define alteração substancial dos factos como aquela que tem por efeito imputar ao arguido um crime diverso ou a agravação dos limites máximos das sanções aplicadas, indicando, depois, o artigo 359.º daquele mesmo repositório legal como proceder quando se verificar semelhante alteração, a qual, em princípio, não poderá ser tomada em linha de conta para efeitos de condenação*

do arguido, a menos que haja concordância entre Ministério Público e acusado no prosseguimento da acção penal, melhor dizendo, do julgamento, e a alteração não interfira na comparência do tribunal. Na hipótese de a alteração com que se topa não ser essencial, rege o artigo 358.º do Código de Processo Penal. Não se vislumbra, no entanto, interesse na exegese dos conceitos em causa, uma vez que os mesmos se reportam a alteração substancial dos factos e que o que está em debate é a admissibilidade ou não da qualificação jurídica dos factos feita na instância em caso de recurso, quando a mesma qualificação não esteja em debate, ou seja, não constitua objecto da impugnação. IV Mais pertinente será uma mirada sobre o teor do "Assento" n.º 2/93 deste Supremo Tribunal, publicado no Diário da República, 1.ª série, de 10 de Março de 1993, que fixou a seguinte jurisprudência obrigatória: Para os fins dos artigos 1.º, alínea f), 120.º, 284.º, n.º 1, 303.º, n.º 3, 309.º, n.º 2, 359.º, n.os 1 e 2, e 379.º, alínea b), do Código de Processo Penal, não constitui alteração substancial dos factos descritos na acusação ou pronúncia a simples alteração da respectiva qualidade jurídica (ou convolação), ainda que se traduza na submissão de tais factos a uma figura criminal mais grave. Contudo, forçoso é reconhecê-lo, ainda aqui não é possível encontrar argumentação decisiva para a solução da problemática que se intenta resolver, isto não obstante se reconhecer que o citado "assento" é fortemente inspirado pela ideia de que, mais do que uma justiça meramente formal, o que importa é a recta justiça material, guardados que sejam certos limites legais inultrapassáveis pelo querer do próprio legislador, como quando não é fácil encontrar adequada justificação para eles. Tanto é assim que no artigo 2.º da Lei 38/87, de 23 de Dezembro - a chamada "Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais" -, se dispõe, por inspiração constitucional - cf. artigo 205.º, n.º 2, da Constituição da República - que "compete aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos" e a verdade é que a posição assumida no acórdão fundamento é essencialmente dirigida à defesa dos direitos dos arguidos e a função dos tribunais é garantir a defesa de todos os interesses legítimos cuja tutela e protecção lhes seja suscitada, sejam quais forem os respectivos titulares. A este propósito mais se dirá adiante. V É inaceitável que o julgador seja mero espectador em grande parte naqueles casos em que, não estando em debate uma qualificação jurídica errada dos factos ou até uma medida de uma pena indevida, ele se deva pronunciar tão-só sobre as questões suscitadas no recurso e que não tenham a ver com tal circunstancialismo. A solução em processo penal não pode - não deve - distanciar-se da que foi adoptada em processo civil e que se encontra condensada no artigo 664.º do Código desta última forma de processo nos termos seguintes: O juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito; mas só pode servir-se dos factos articulados pelas partes, salvo o que vai disposto nos artigos 514.º e 665.º Nas duas formas de processo pode dizer-se, como José Alberto dos Reis (Código de Processo Civil, vol. V, p. 92), que o citado artigo define a relação entre a actividade do juiz e a actividade das partes no tocante aos materiais do conhecimento; e define-a assim: "pelo que respeita ao direito, a acção do juiz é livre; pelo que respeita aos factos, a sua acção está vinculada". Daí que, desde o direito romano, se mostrem consagradas - e respeitadas - as máximas *jura novit cura* e da *mihi facta, dabo tibi jus*. Claro que, no actual processo penal, o respeito pela proibição da *reformatio in pejus* não consente uma agravação da pena nos casos que se explicitam no respectivo Código, embora seja bem mais razoável o sistema que vigorava nesta área no domínio do Código de 1929 - artigo 667.º -, que consentia uma justiça bem mais real do que a imposta pelo actual artigo 409.º do Código de Processo vigente. Do mesmo modo, não se poderá ultrapassar a limitação do recurso nos casos em que este é permitido - artigo 403.º -, embora se tenha de aceitar que a parte não impugnada contém erros que são autênticas denegações de justiça. E se o dever de obediência à

efectuada pelo tribunal recorrido, mesmo que para crime mais grave, sem prejuízo da “*reformatio in pejus*”, sendo submetida ao mesmo condicionamento que acontece na primeira instância.

A proibição da “*reformatio in pejus*” é aplicável em recurso interposto apenas pelo arguido, em que se procede a alteração da qualificação dos factos em sentido abstractamente mais favorável (ao arguido de acordo por ele requerido)⁷⁰.

Seguindo a posição de SIMAS SANTOS, no acórdão do STJ, processo nº03P768, de 29.04.2003, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/33a56561eb21cd7480256d510027d469?OpenDocument>, “*só perante cada caso concreto se podem percepcionar as eventuais ultrapassagens daquela proibição, pelo que não acompanho a afirmação do acórdão de que, no caso se trate “ostensivamente” de uma proibida “reformatio in pejus” (...) face à*

lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo - artigo 8.º, n.º 2, do Código Civil -, tal não impede que o aplicador do direito não possa - nem deva - denunciar os defeitos da lei que conduzem ou podem conduzir a uma denegação da justiça que, como se disse, é função sua promover. Vem a propósito reproduzir o pensamento do Prof. Beza dos Santos, já citado pelo Exmo. Procurador-Geral-Adjunto no seu douto parecer, quando aquele extraordinário jurista considerou ser “injustificado e vexatório que se vinculasse o tribunal que tem de julgar a certa interpretação da lei seguida pelo mesmo juiz que pronunciou” e que seria “exorbitante e injustificado” que se atribuisse ao réu a vantagem de beneficiar com qualquer erro de apreciação jurídica feita no despacho de pronúncia ou equivalente. VI É de acentuar que os factos a que, em processo penal, o juiz está vinculado são os da acusação (ou pronúncia), os da defesa e os que resultem da discussão da acusação e tenham a virtualidade de diminuir ou a ilicitude de todos os demais enunciados nas várias alíneas do artigo 368.º do Código de Processo Penal. E não só, já que há que ajuntar àqueles os factos notórios, tal como o artigo 514.º do Código de Processo Civil os define, e que não só não carecem de prova como, contra o que os ilustres juristas sustentam (p. e., Eduardo Correia, RDES, t. XIV, n.os 1 e 2, p. 18, Cavaleiro de Ferreira, Curso II, p. 269, e Castanheira Neves, Sumários, p. 45), não precisam de ser alegados, já que se tem como inadmissível que o juiz não se possa servir para decidir de factos que são do conhecimento geral, assim podendo ficar impedido de administrar uma verdadeira justiça - o suum cuique dare -, tal como é seu dever - cf. artigo 1.º da Lei Orgânica dos Tribunais. A entender-se de outro modo, ficar-se-ia por entender por que é que o julgador pode conhecer oficiosamente do erro notório da prova e dela retirar as naturais consequências - cf. artigos 412.º, n.º 2, alínea c), e 426.º do Código de Processo Penal, na escassa medida em que lhe é consentido intervir na matéria de facto, e já não pode tomar conhecimento da mesma espécie de factos para o efeito da qualificação jurídica da situação jurídica sub judice. VII Por tudo quanto ficou exposto e sem necessidade de ajuntar outras considerações, fixa-se como obrigatória para os tribunais judiciais a seguinte jurisprudência: O tribunal superior pode, em recurso, alterar oficiosamente a qualificação jurídico-penal efectuada pelo tribunal recorrido, mesmo que para crime mais grave, sem prejuízo, porém, da proibição da reformatio in pejus.

⁷⁰ In Acórdão do TC nº15/99, disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990015.html> .

desagravação do crime. Seria eventualmente de esperar uma diminuição da pena pela Relação, mas daí a ter tal como inexorável, vai um passo que não nos atrevemos (ao menos, ainda) a dar. Resolvida a questão da qualificação jurídica colocava-se também a questão de saber se a pena infligida (agora no quadro de uma nova moldura) era justa e adequada aos fins das penas e à culpa dos agentes. E tem de admitir-se, em tese, que a Relação tivesse as penas aplicadas por justas, mesmo no novo quadro, o que importaria reforçada argumentação que, de algum modo, a Relação desenhou. Assim afigura-se-me excessivo o automatismo configurado no acórdão, que antecede, em que, além do mais, se utiliza uma “medida usada” na 1ª instância, sem escrutínio crítico autónomo do Supremo Tribunal de Justiça, para de algum modo ficcionar a decisão que a 1ª instância tomaria no caso de ter ponderado o enquadramento jurídico encontrado pela Relação. Penso que, no quadro dado, o Supremo Tribunal de Justiça deveria ponderar autonomamente os elementos a que manda atender o art. 71º do C.Penal e então sindicar a medida da pena, mantida pela Relação, no quadro de moldura penal diversa da considerada pela 1ª instância”.

A proibição da “*reformatio in pejus*”, diz somente respeito às sanções, de acordo com o artigo 378º do CPP; artigo 353º do CP; artigo 170º do CPP; artigo 188º do CPP; artigos 162º, 317º e 351º do CPP; artigo 66º, nº5, 69º nº4 e 5, 101º, nºs. 3 e 4 do C, valendo também como anteriormente referido, para as sanções criminais aplicadas quer a “*arguidos imputáveis*” quer a “*arguidos inimputáveis*”⁷¹; “*agravantes qualificativas*”⁷²; “*sanções acessórias*”⁷³ e “*pena conjunta e para cada uma das sanções parcelares*”; para a declaração do arguido como “*reincidente pelo tribunal de recurso*”; para a “*aplicação de uma sentença de prisão efectiva de 12 anos*”⁷⁴; para a “*aplicação à revogação do perdão pelo tribunal superior*”⁷⁵; para o

⁷¹ *Cifra* ROXIN, Claus / ACHENBACH, Hans, 2006:31.

⁷² In Acórdão do STJ, de 24.1.1990, CJ, XV, 1, 19, disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/86181275/details/maximized?q=Ac%C3%B3rd%C3%A3o+do+STJ%2C%20de+24.01.1990> .

⁷³ In Acórdão do TRP, de 04.06.2003, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/9c64cc702b6e367180256db70032c26c?OpenDocument> .

⁷⁴ In Acórdão do STJ, de 28.09.2000, CJ, Acs. Do STJ, VIII, 3, 184, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0b2f493ac790914680256e8c0052c254?OpenDocument> .

⁷⁵ In Acórdão do TC nº499/97, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970499.html> .

agravamento da condenação em indemnização civil”⁷⁶ e para o “*agravamento da condenação em novo julgamento*”⁷⁷.

Em “*curso de crimes*”, a proibição da “*reformatio in pejus*”, considera-se para o “*agravamento da pena conjunta*”, mas também para cada uma das “*sanções parcelares*” e para a “*declaração do arguido como reincidente pelo tribunal de recurso*”, para “*uma prisão relativamente indeterminada em recurso interposto pelo arguido de sentença de prisão efectiva de 12 anos*”⁷⁸, é igualmente aplicável “*à revogação do perdão pelo tribunal superior*”⁷⁹, é também aplicável por interpretação extensiva, ao “*agravamento da condenação em indemnização civil no recurso dela interposto no processo penal pelo arguido demandado*”⁸⁰ e ainda aplicável ao “*agravamento da condenação em novo julgamento a que se procedeu por o primeiro ter sido anulado na sequência de recurso unicamente interposto pelo arguido*”.

De acordo com o artigo 32º, nº1 da Constituição da República Portuguesa “*O processo criminal assegura todas as garantias do arguido, incluindo o recurso*”. Afirmam-se as garantias de defesa, formuladas neste artigo com uma expressão concentrada de todas as normas e de cláusula geral que detém todas as garantias que, de certa forma não estejam explícitas nos números seguintes, contemplam o princípio da protecção global e dos direitos da defesa do arguido, com todos os direitos e materiais para uma defesa completa, contrariando a sua acusação.

A CRP não salienta a partir de que altura do processo criminal se podem fazer valer as “*garantias de defesa do arguido*”, suponhamos desta forma que todos os direitos constituídos no direito constitucional poderão ser accionados a partir do momento em que o sujeito assume a qualidade de arguido. Previsto no artigo 57º do CPP no nº1, “*assume a qualidade de arguido todo aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo criminal.*”, sendo que o arguido é um sujeito processual, com um estatudo

⁷⁶ In Acórdão do STJ, de 07.07.93, CJ, XVIII, 3, 195, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5347c06fa40c7f2c80257514003b8052?OpenDocument>.

⁷⁷ In Acórdão do TC nº236/2007, disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070236.html>.

⁷⁸ In Acórdão do STJ, de 28.09.2000, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0b2f493ae790914680256e8c0052c254?OpenDocument>.

⁷⁹ In Acórdão do TC nº499/97, de 24.04.1997, disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970499.html>.

⁸⁰ In Acórdão do STJ, de 07.07.1993, in CJ, XVIII, 3, 195.

processual caracterizado pela titularidade de certos direitos e deveres. A “*personalidade*” e “*capacidade judiciária do arguido*” são “*pressupostos processuais*” de acordo com o artigo 277º do CP.

Conseguimos no presente estudo de dissertação, verificar que o DL nº 1/97, inclui expressamente como elemento positivo das “*garantias de defesa*”, o “*direito ao recurso*” pressupondo a existência de uma necessidade naturalmente assegurada em comparação ao princípio da proibição da “*reformatio in pejus*”, sendo fonte autónoma do processo penal revelando que pode ser neutro em relação aos direitos fundamentais e que não é alheio aos direitos do arguido, num processo em “*si.*”

A partir desta perspectiva elencamos que os pressupostos da garantia de defesa do processo criminal do Estado de direito democrático são vários, nomeadamente a “*independência dos tribunais e dos juízes*”, de acordo com os artigos 203^{o8182} e 216º da CRP, a “*autonomia do Ministério Público*” no artigo 219º da CRP e a “*reserva de lei parlamentar para regular o processo criminal*” previsto no artigo 165º-1C.

Porém, um Estado de direito democrático, relaciona-se também à democracia especificamente económica, social e cultural, cuja finalidade é a democracia política, de acordo com o artigo 2º, 2ª parte. Por isso, a CRP salienta o primado do Direito que organiza o Estado de Direito, aspirando a pessoas livres e iguais.

Como refere MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE⁸³, “*O princípio democrático, como “norma jurídica constitucionalmente positivada”, é conseqüentemente, um princípio processual penal. Pois, o direito processual penal é, “por excelência, direito constitucional aplicado”, pelo que jamais poderá apartar-se dos princípios constitucionais*

⁸¹ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo III*, Coimbra, p. 36: “*A norma remonta ao texto originário de 1976, tendo a disposição que a alberga constituído o objecto de sucessivas renumerações. Concretamente, o primitivo artigo 208º passou a artigo 206º, na revisão de 1989 e este, por sua vez, com a revisão de 1997, transformou-se no actual artigo 203º.*”

⁸² MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo III*, Coimbra, p. 37 e 38 : “*... I – Corolário do princípio da separação de poderes, a independência dos tribunais constitui uma exigência indeclinável do Estado de Direito acolhido constitucionalmente (cfr., expressamente no sentido de que sem a independência dos tribunais a existência do Estado de Direito sairia posta em crise, Acórdão nº581/100). O Estado de Direito postula o reconhecimento - e a garantia – da autonomia dos tribunais no exercício da sua tarefa de administração de justiça...*”

⁸³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal, Tomo I*, 2010, 1ª Edição, pgs. 184 e 185, Almedina.

quer na legislação processual penal, quer na aplicação das mesmas normas na fase do inquérito, na da instrução e na do julgamento.

O processo penal não tem por fim único a descoberta da verdade material “nua e crua”. A finalidade fundamental do processo penal é tutelar os direitos e liberdades fundamentais contra os abusos do jus puniendi do Estado. Nesse sentido, este poder não se pode arrogar de todos os meios e métodos ao seu dispor para perseguir os infractores. Os fins não podem justificar os meios. Quem se arroga da moral por exercer a perseguição contra os infractores não pode socorrer-se de meios desonestos, de meios nada deontológicos, embora apregoados como eficazes.

O processo penal tem de promover a materialização dos princípios e dos direitos dos cidadãos próprios de um Estado de Direito Democrático, ou seja, deve materializar o princípio democrático como “forma de legitimação do poder” de forma que se torne no “impulso dirigente de uma sociedade. O processo penal, ao materializar o princípio democrático, materializa, também os direitos fundamentais que, além de serem “elemento constitutivo do estado de direito são também, “um elemento básico para a realização dos princípios democráticos.

Os direitos fundamentais impõem uma postura contrária ao exercício de poder autoritário no sentido de que exigem que todo e qualquer processo se execute segundo as regras da transparência democrática. O processo penal deve basear-se na transparência democrática sem qualquer subterfúgio idóneo a induzir à prevaricação o cidadão mais incauto.” Já para ALEXIS DE TOCQUEVILLE “o sentido da democracia no mundo moderno assenta na igualdade de condições”⁸⁴.

JORGE MIRANDA⁸⁵, expressa o seu sentido de “...Estado de Direito Democrático traduz a confluência de Estado de Direito e Democracia. Se historicamente, surgiram sob influências e em momentos diversos, hoje uma democracia representativa e pluralista não pode deixar de ser um Estado de Direito – por imperativo de racionalidade ou funcionalidade jurídica e de respeito dos direitos das pessoas. [...]. Nem os direitos fundamentais podem ser assegurados e efetivados plenamente fora da democracia representativa, nem esta se realiza senão através do exercício de direitos fundamentais.”

⁸⁴ Apud OLIVER DUHAMEL e YVES MÉNY, E.Story-Scientia ,Op. Cit., p. 286.

⁸⁵ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Direitos Fundamentais, Tomo IV, 5ª Edição*, Coimbra, pgs. 250 e 251.

CAPÍTULO III

7. O sistema acusatório no Direito Processual Penal Português e o objecto do processo

De acordo com o artigo 32º, nº5 da CRP, “o processo criminal tem uma estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.”

Como acentuou o Prof. FIGUEIREDO DIAS, “a consagração na Constituição da estrutura acusatória do processo representou uma das mais significativas inovações e traduziu todo um programa de reforma do processo penal.”⁸⁶

No processo penal, a estrutura acusatória define o objecto do processo, de acordo com GERMANO MARQUES DA SILVA⁸⁷ “...o processo do tipo acusatório caracteriza-se essencialmente por ser uma disputa entre duas partes, a acusação e a defesa, disciplinada e decidida por um terceiro, o juiz ou tribunal, que ocupando uma situação de independência relativamente ao acusador e ao acusado, não pode promover o processo (*ne procedat iudex ex officio*), nem condenar para além da acusação (*sententia debet esse conformis libello*). A definição do *thema decidendum* pela acusação é, pois, uma consequência da estrutura acusatória do processo penal. O procedimento de julgamento tem por fim decidir se a pretensão formulada na acusação é fundada”.

Para HENRIQUE SALINAS⁸⁸ “I. A estrutura acusatória, ao assegurar a imparcialidade do julgador, constitui, em última análise, uma garantia de defesa do arguido. Do mesmo modo, a delimitação e tendencial rigidez do objecto do processo, corolário do acusatório, devem ser inspirados pelo mesmo objectivo. Por esta razão se afirma uma estreita relação entre o objecto da acusação, que se há-de manter essencialmente idêntico até à decisão e as garantias de defesa do arguido.”

⁸⁶

⁸⁷ SILVA, Germano Marques da, *Direito Processual Penal Português, Nocões Gerais Sujeitos Processuais e Objecto*, Universidade Católica Editora, p.367.

⁸⁸ SALINAS, Henriques, *Os limites Objectivos do Ne Bis In Idem e a Estrutura Acusatória no Processo Penal Português*, Universidade Católica Portuguesa.

De acordo com o artigo 283º, nº3 do CPP, a acusação deve conter as “*indicações tendentes*” à identificação do arguido, todos os elementos disponíveis nos autos que permitam a identificação e localização do arguido, ainda que não haja certeza dos mesmos. A acusação deve ainda conter os factos relevantes para a imputação do crime e a determinação da espécie e da medida da sanção.

O objecto do processo é a matéria de que o processo trata, tal com em Direito Processual Civil, sendo constituído pelos factos alegados na acusação e a pretensão formulada na acusação. Conforme HENRIQUE SALINAS profere, “*...A questão da delimitação do objecto ao longo do processo, incluindo as possibilidades de alteração posteriores à acusação, está assim intimamente relacionada com o direito de defesa do arguido. A impossibilidade de conhecimento de factos novos, que não foram descritos na acusação, constitui uma garantia de defesa, pois impede que o arguido venha a ser surpreendido com a imputação de factos com o qual não pode contar. Só assim, de resto, se dá integral cumprimento ao princípio da presunção de inocência.*”

A caracterização do objecto do processo, para GERMANO MARQUES DA SILVA é concretizada de forma “*...qualitativa, faz-se através da pessoa acusada, do arguido dos factos típicos descritos. A quantitativa pela pena pedida para o caso, pedido que é formulado expressamente pela indicação concreta da sanção proposta (art. 394º, nº2) ou implicitamente na acusação (neste caso mediante a indicação das disposições legais incriminadoras aplicáveis) ou em requerimento posterior, nos termos do art.16º do Código de Processo Penal. A pretensão que a acusação traduz respeita à submissão do arguido a julgamento pelos factos nela descritos e à sua punição ou aplicação de medida de segurança criminal nos termos da lei. O Ministério Público, pode subsidiariamente, usando da faculdade que lhe é conferida pelo art. 16º, nº3, concretizar o pedido, não apenas pela remissão para as disposições aplicáveis, como é de regra, mas pela determinação dos limites máximos da pena de prisão a aplicar no caso, quando esta seja em abstracto superior a cinco anos e o Ministério Público entenda que não deve ser aplicada em medida superior a cinco anos. Também a pena proposta é concretamente indicada no requerimento de decisão em processo sumaríssimo (art. 394º).*

A Aplicação de uma pena para além do pedido, nos casos em que esta pode ser concretizada, constitui nulidade, por incompetência do tribunal nulidade que pode ser conhecida até ao trânsito em julgado da decisão final, nos termos do art. 32º, nº1, e 397º, nº 3.”

Importante é referir que poderá haver uma alteração do objecto do processo, sendo que a regra é irrelevante na fase do inquérito porque neste momento, estamos somente a

averiguar a notícia do crime, procurando os elementos de prova, para que haja possibilidade de reconstruir o crime que dê seguimento à formulação da acusação. Relevante na fase da instrução segundo o artigo 303º, dado que a alteração significa a alteração do objecto do processo em caso de pronúncia e na fase do julgamento de acordo com o artigo 358º e 359º, é importantíssimo todas e quaisquer alterações, pois qualquer que seja a natureza da alteração pode ter relevância na punição e na medida da pena, sendo que actos são diferentes, já que as alterações não substanciais apenas têm de ser comunicadas ao arguido para que se possa defender, de acordo com o artigo 358º do CPP e quando for de acordo com as alterações substâncias o tribunal não pode recebê-las em conta para efeito de condenação, segundo o artigo 359º do CPP.

Existe também a raiz lógica da proibição, no interesse em impugnar, ou seja, no “*interesse em agir*”, o que afectaria um princípio geral da exclusão da sentença mais desfavorável para o arguido, caso apenas este tenha impugnado a decisão⁸⁹. É assim indispensável, ter interesse para se poder impugnar a decisão, havendo um processo equitativo que está constitucionalmente consagrado no artigo 20º da CRP, decorrendo igualmente de tratados internacionais que vinculam o ordenamento jurídico nacional e da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Como refere FIGUEIREDO DIAS, “*a estrutura acusatória do processo penal significa (...) duas coisas: por um lado, o reconhecimento da participação constitutiva dos sujeitos processuais na declaração do direito do caso, por outro lado, reconhecimento do princípio da acusação, segundo o qual terá de haver uma diferenciação material (e não simplesmente formal) entre o órgão que instrui o processo dá a acusação e o órgão que a vai julgar.*”

Define-se com a acusação e é fixada perante o tribunal o objecto do processo e citando FIGUEIREDO DIAS, pode dizer-se que “*o objecto do processo penal é o objecto da acusação, sendo este que, por sua vez, delimita e fixa os poderes de cognição (...) e a extensão do caso julgado. É a este efeito que se chama a vinculação temática do tribunal e é nele que se consubstanciam os princípios da identidade ou indivisibilidade e da consunção do objecto do processo penal*”.

⁸⁹ Cf. VANNINI, O. *Manuale do Diritto Processuale Penale*, Milano, 1956, p.211, apud MASSA, Carlo. Op. cit, p. 2.

8. *A importância dos direitos constitucionais do arguido, principalmente o princípio do contraditório e o direito à defesa*

O arguido é a figura mais importante de todo o processo penal, dado que por causa do mesmo, se agitam todos os demais intervenientes processuais, e é o sujeito processual onde se verificam os indícios imperativamente seguros de que cometeu um ilícito criminal.

O respeito pelas garantias de defesa do arguido tem influência na admissibilidade e nos termos em que podem ser conhecidos factos novos após a dedução da acusação⁹⁰.

A orientação da Comissão Europeia dos Direitos do Homem e de acordo com o seu artigo 6º, nº3, obriga a que o acusado seja informado de todos os elementos necessários para que possa preparar a defesa, pelos factos materiais que lhe são imputados, que são da causa da acusação, mas também a sua qualificação jurídica, este caso a natureza da acusação, o que implica que o acusado seja também informado de toda a qualificação jurídica⁹¹.

Como defende CASTANHEIRA NEVES, “*É ao Estado que cumpre zelar pelo respeito das formas procedimentais e princípios processuais, pois são as regras do direito que devem garantir que determinada acção seja ela punível ou não possa ser decidida, respeitando as formalidades da justiça para a descoberta da verdade.*”⁹²

Também, a nossa CRP, consagra no artigo 20º, nº1 “*A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para a defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.*” e nº4 “*Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-*

⁹⁰ In Ac. 674/99, de 15 de Dezembro. “*A directa relação entre o princípio do acusatório e os direitos da defesa do arguido está presente ainda na parte acusatório deste aresto, ao declarar-se a inconstitucionalidade das normas contidas nos artigos 358º e 359º do CPP, quando interpretados no sentido de se não endender como alteração dos factos – substancialmente ou não substancial – a consideração, na sentença condenatória, de factos atinentes ao modo de execução do crime, que, embora constantes ou decorrentes dos meios de prova juntos aos aoutos, para os quais a acusação e a prnúncia expressamente remetiam, no entanto aí não se encontravam especificadamente enunciados, descritos ou discriminados, por violação das garantias de defesa do arguido e dos princípios do acisatório e do contraditório assegurados no artigo 32º, nº1 e 5, da Constituição da República.*”, disponível em: <https://dre.tretas.org/dre/1756470/acordao-674-99-T-de-25-de-fevereiro> .

⁹¹ Cf. STAVROS, Stephanos, *The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Conventio of Human Rights*, p. 168 e ss. , disponível em: <http://www.brill.com/guarantees-accused-persons-under-article-6-european-convention-human-rights> .

⁹² NEVES, Castanheira, *Sumário de processo criminal*, Coimbra, 1968, p. 3 e ss.

se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.” É igualmente pela CRP, o princípio do contraditório, no Processo Penal, e em particular durante a audiência de julgamento e actos instrutórios que a lei assim demarca nos seus termos ou limites, sendo que as provas produzidas neste momento, neste caso na audiência e julgamento, estarão em condições de suportar uma eventual condenação⁹³.

O “*princípio do contraditório*” tem consagração constitucional, no artigo 32º, nº 5 da Constituição da República Portuguesa e, significa que “*nenhuma prova deve ser aceite em audiência, nem nenhuma decisão (mesmo interlocutória) deve ser tomada pelo juiz, sem que previamente tenha sido dada ampla e efectiva possibilidade ao sujeito processual contra o qual é dirigida de a discutir, de a contestar e de a valorar*”⁹⁴. Este princípio, decorre do “*princípio da igualdade das partes*”, concedendo à parte o direito à informação de que contra ela foi proposta uma acção ou requerida uma providência, tendo assim, em linha recta, por direito à audiência antes de ser tomada qualquer decisão, igualmente um direito a conhecer todos os comportamentos assumidos pela outra parte, neste caso, a contraparte e a tomar uma posição sobre as mesmas, usufruindo de um direito a resposta, fundando-se este direito à resposta, numa capacidade, acedida a qualquer das partes, de responder a um acto processual da contraparte⁹⁵.

Este princípio, transpõe-se para uma garantia da participação efectiva das partes no decorrer de todo o processo mediante a possibilidade de, em plena igualdade, imbuírem em todos os elementos, sejam eles a alegação, a prova e o direito, que se encontrem em ligação com o objecto da causa, e que em qualquer fase do processo surjam como relevantes para a decisão.

Passamos a estar perante um princípio de ascendência, que não afasta o direito de defesa intrínseco a este princípio, dado que partes têm o direito de expor as suas razões antes que o juiz tome orientação sobre a causa. Conluímos assim, que este princípio deixa de ser visto apenas como garantidor de defesa de cada parte sobre a causa, mas como através dessa mais valia de defesa, de as partes poderem persuadir a decisão do juiz, sobre a causa em litígio.

Este princípio é entendido como, a possibilidade de contradizer os factos alegados por uma parte, pela outra no plano da alegação, a capacidade de, em igualdade, as partes ofertarem todos os meios de prova importantes para o apuramento da realidade dos factos da

⁹³ RISTORI, Adriana, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Coimbra, Almedina, 2007, p.65.

⁹⁴ In Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17.03.2009, processo nº63/07.8SAGR.D.C1.

⁹⁵ In Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27.10.2010, processo nº832/09.4TAOAZ.P1.

causa no plano da prova, a possibilidade das partes, antes da sentença, se proferirem sobre os fundamentos de direito em que se alicerce a questão.

Para SIMAS SANTOS e LEAL HENRIQUES, o “*princípio do contraditório*”, “*confere aos intervenientes processuais, segundo certas regras, a possibilidade de discussão do objecto do processo permitindo a uns que forneçam os motivos ou razões do direito que julgam assistir-lhes e a outro que contestem esses mesmos motivos ou razões.*”⁹⁶

Já para FIGUEIREDO DIAS, o “*princípio do contraditório*” revela que aquelas “*máximas que emergem das múltiplas constelações de normas de ordenamento jurídico-processual penal para constituírem, verdadeiramente, os princípios constitucionais do processo penal respectivo.*”⁹⁷

O “*princípio do contraditório*” indissociável do princípio constitucional da igualdade das partes, não é criado sem a garantia do direito à defesa, tendo sido compreendido “*como garantia da participação efectiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, em termos de, em plena igualdade, poderem influenciar todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação, directa ou indirecta, com o objecto da causa e em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão.*”⁹⁸

Existem assim regras para acautelar o respeito por princípios estruturantes do processo, nomeadamente o “*princípio do contraditório*”⁹⁹.

⁹⁶ SANTOS, Simas, HENRIQUES, Leal, *Código de Processo Penal Anotado*, 3^{ed.}, 2008, Rei dos Livros, p.92.

⁹⁷ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal I*, Coimbra, 1974, p.83.

⁹⁸ FREITAS, Lebre de, *Código de Processo Civil Anotado*, vol.I, Coimbra, pág. 8.

⁹⁹ In Acórdão do STJ, de 07.11.2007, processo nº 07P3630 “*O princípio do contraditório tem no moderno processo penal o sentido e o conteúdo das máximas audiatur et altera pars e nemo potest inauditu damnari (cfr. Figueiredo Dias, “Direito Processual Penal”, 1974, p. 149 e segs). O princípio, que deve ter conteúdo e sentido autónomos, impõe que seja dada a oportunidade a todo o participante processual de ser ouvido e de expressar as suas razões antes de ser tomada qualquer decisão que o afecte, nomeadamente que seja dada ao acusado a efectiva possibilidade de contrariar e contestar as posições da acusação. A construção da verdadeira autonomia substancial do princípio do contraditório impõe que seja concebido e integrado como princípio ou direito de audiência, dando «oportunidade a todo o participante processual de influir através da sua audição pelo tribunal no decurso do processo» (cfr. idem, pág. 153). O princípio tem assento constitucional – artigo 32º, nº 5, da Constituição. A densificação do princípio deve, igualmente, relevante contributo à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que tem considerado o contraditório um elemento integrante do princípio do processo equitativo, inscrito como direito fundamental no artigo 6º, par. 1º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Na construção convencional, o contraditório, colocado como integrante e central nos direitos do acusado (apreciação contraditória de uma acusação dirigida contra um indivíduo), tem sido interpretado como*

exigência de equidade, no sentido em que ao acusado deve ser proporcionada a possibilidade de expor a sua posição e de apresentar e produzir as provas em condições que lhe não coloquem dificuldades ou desvantagens em relação à acusação. No que respeita especificamente à produção das provas, o princípio exige que toda a prova deva ser, por regra, produzida em audiência pública e segundo um procedimento adversarial; as exceções a esta regra não poderão, no entanto, afectar os direitos de defesa, exigindo o artigo 6º, § 3º, alínea b), da Convenção, que seja dada ao acusado uma efectiva possibilidade de confrontar e questionar directamente as testemunhas de acusação, quando estas prestem declarações em audiência ou em momento anterior do processo (cfr., v. g., entre muitas referências, o acórdão VISSIER c. Países Baixos, de 14 de Fevereiro de 2002). Os elementos de prova devem, pois, em princípio, ser produzidos perante o arguido em audiência pública, em vista de um debate contraditório. Todavia, este princípio, comportando exceções, aceita-as sob reserva da protecção dos direitos de defesa, que impõem que ao arguido seja concedida uma oportunidade adequada e suficiente para contraditar uma testemunha de acusação posteriormente ao depoimento; sendo apenas os direitos da defesa limitados de maneira incompatível com o respeito do princípio sempre que uma condenação se baseie, unicamente ou de maneira determinante, nas declarações de uma pessoa que o arguido não teve oportunidade de interrogar ou fazer interrogar, seja na fase anterior, seja durante a audiência. São estes os princípios elaborados pela jurisprudência de Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a respeito do artigo 6º, §§ 1 e 2, alínea d), da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (cfr., v. g., acórdãos CRAXI c. Itália, de 5 de Dezembro de 2002, e S. N. c. Suécia, de 2 de Julho de 2002). Em certas circunstâncias, com efeito, pode ser necessário que as autoridades judiciais recorram a declarações prestadas na fase do inquérito ou da instrução, nomeadamente quando a impossibilidade de reiterar as declarações é devida a factos objectivos, como sejam a ausência ou a morte, ou por circunstâncias específicas de vulnerabilidade da pessoa (crimes sexuais); se o arguido tiver oportunidade, adequada e suficiente, de contraditar tais declarações posteriormente, a sua utilização não afecta, apenas por si mesma o contraditório, cujo respeito não exige, em termos absolutos, o interrogatório directo em cross-examination. O princípio do contraditório tem, assim, uma vocação instrumental da realização do direito de defesa e do princípio da igualdade de armas: numa perspectiva processual, significa que não pode ser tomada qualquer decisão que afecte o arguido sem que lhe seja dada a oportunidade para se pronunciar; no plano da igualdade de armas na administração das provas, significa que qualquer um dos sujeitos processuais interessados, nomeadamente o arguido, deve ter a possibilidade de convocar e interrogar as testemunhas nas mesmas condições que ao outros sujeitos processuais (a “parte” adversa). O modo de prestação de declarações para memória futura respeita, e não vem invocado que não tenha respeitado, os elementos essenciais do contraditório, dadas as garantias que o nº 2 do artigo 271 do CPP estabelece: o arguido pode estar presente na produção, e assegura-se a possibilidade de confrontação em medida substancialmente adequada ao exercício do contraditório (artigo 271, nºs 2 e 3 do CPP). Também não é necessária para o exercício do contraditório, nem a validade da prova para memória futura depende da leitura das declarações em audiência. A prova está validamente produzida e pode ser administrada independentemente da leitura em audiência, tal como vem desenvolvidamente argumentado e foi decidido pelo acórdão do tribunal da Relação.”, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/134027f113c83ddb802573a000501952?opendocument> .

De um processo justo e equitativo, surge o direito à defesa, está outorgado pela CRP, no seu artigo 32º, nº1, constituindo uma categorial na qual devem ser fixados todos os direitos que o indivíduo tem à sua disposição de determinar ou conformar a decisão final do processo¹⁰⁰.

¹⁰⁰ *In Acórdão do Tribunal Constitucional, de 16.12.2009, processo nº648/09 “1. A. vem arguir a nulidade do acórdão (acórdão n.º 590/2009) que julgou improcedente reclamação para a conferência da decisão sumária de não conhecimento do recurso, por não ter sido notificado da resposta do Ministério Público à reclamação. Sustenta que tem direito a conhecer e contestar tal resposta, constituindo a omissão de notificação nulidade por violar a alínea b) do n.º 1 do artigo 61.º do Código de Processo Penal bem como as garantias de defesa e o princípio do contraditório, constitucionalmente consagrados e por se tratar de processo crime o disposto nos artigos 413.º e 417.º do Código de Processo Penal. Alega que o princípio do contraditório, traduz-se no dever de o juiz ouvir as razões das partes, em relação a assuntos sobre os quais tenha de proferir uma decisão. No caso do arguido, de o ouvir por último e depois de todos os intervenientes. Tal omissão de notificação da resposta do Ministério Público ao reclamante, bem como a falta de concessão de um prazo para sobre ela se pronunciar, constituem preterição de formalidades legais essenciais e violação do direito do contraditório e violação das garantias de defesa e do processo criminal reconhecido ao arguido, impedindo-o de cabalmente se defender. Com tal falta de notificação negou-se ao reclamante o direito, assegurado pelo artigo 20.º n.º 4 da nossa Constituição, a um processo equitativo e leal, designadamente por violação do princípio do contraditório, princípio este que vem sendo considerado pela jurisprudência insito no direito fundamental de acesso aos tribunais, consagrado no n.º 1 desse mesmo artigo 20.º da Lei Fundamental. Acrescenta que as normas do artigo 69.º da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, a norma da alínea b) do n.º 1 do artigo 61.º e do artigo 413.º n.º 3 do Código de Processo Penal são inconstitucionais – por violação das garantias constitucionais de defesa em processo criminal, violação do princípio do contraditório, violação do direito de acesso aos Tribunais (consagrados no artigo 32.º e 20.º da Constituição) – se interpretadas no sentido que permitisse considerar que em matéria de recurso, requerimento de arguição de nulidade, reclamação ou pedido de esclarecimento não deva ter lugar a audição do arguido, por último, para exercício do contraditório, sempre que sobre ele, o Tribunal tenha de tomar uma decisão que pessoalmente o afecte. O Ministério Público responde que, para o que interessa, à tramitação dos recursos de constitucionalidade são subsidiariamente aplicáveis as normas do Código de Processo Civil, em especial as respeitantes ao recurso de apelação e não as normas do processo penal. E que não assiste razão ao reclamante porque o Ministério Público se limitou a responder à reclamação, não suscitando quaisquer questões a que tivesse direito de responder. 2. O reclamante configura como nulidade do acórdão a falta de notificação da resposta deduzida pelo Ministério Público à sua reclamação contra a decisão sumária. Sendo as causas de nulidade dos acórdãos as que estão previstas no artigo 668.º do Código de Processo Civil (CPC), ex vi dos artigos 716.º da mesma lei adjectiva e 69.º da Lei do Tribunal Constitucional (LTC), em nenhuma das quais se compreende a preterição de actos processuais prévios à sentença, poder-se-ia discutir a idoneidade do meio escolhido para reagir contra a tal pretensa omissão. Efectivamente, a alegada violação do contraditório, traduzida na falta ou omissão de notificação das respostas dos reclamados à sua reclamação contra a decisão sumária, a verificar-se, apenas consubstanciaria uma nulidade processual, com enquadramento no artigo 201.º do CPC, pelo que é maioritariamente entendido que o interessado apenas pode arguir a nulidade processual (de tramitação), podendo a sentença vir a ser anulada mas somente enquanto acto subsequente que*

dependesse absolutamente da formalidade omitida (n.º 2 do mesmo artigo). Tem sido, porém, controvertido o regime de arguição de nulidades processuais, geralmente decorrentes de preterições do contraditório, quando elas emergem ou se materializam na própria prolação da decisão. A resposta à questão é decisiva quando se esteja perante meios (escolher entre o recurso ou reclamação para o próprio tribunal) ou prazos distintos. No caso, é irrelevante, uma vez que o meio e prazo de arguição da nulidade processual e o meio e o prazo de arguição da nulidade do acórdão podem dizer-se coincidentes. De facto, só com a notificação do acórdão toma o recorrente conhecimento de que a decisão foi proferida sem que tivesse sido notificado, pelo que a partir daí se começa a contar o prazo de reclamação, que é o prazo geral, seja o vício qualificado como nulidade processual, seja qualificado como nulidade da decisão. 3. A tramitação dos recursos de fiscalização concreta de constitucionalidade, seja qual for a natureza do processo de que o recurso emerge, rege-se pelas normas estabelecidas na respectiva Lei de organização, funcionamento e processo (Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, alterada por último pela Lei n.º 13-A/98, de 26 de Fevereiro (LTC) e subsidiariamente pelas normas do Código de Processo Civil, em especial as respeitantes ao recurso de apelação (artigo 69.º da LTC). Assim e desde logo por não serem aqui aplicáveis, as disposições do Código de Processo Penal que o recorrente refere não podem considerar-se violadas pelo facto de o recorrente não ter sido notificado da apresentação de resposta pelo Ministério Público à reclamação que deduzira. Poderia tal omissão violar outras disposições legais, mas não seguramente estas que o reclamante indica. Mas, mesmo em substância, o reclamante não tem razão, assentando a argumentação que desenvolve quanto à violação do contraditório num equívoco evidente. Efectivamente, o recorrente deduziu reclamação ao abrigo do n.º 3 do artigo 78.º-A da LTC. Desencadeou uma fase de tramitação, mediante a formulação de uma pretensão dirigida ao Tribunal, a que a “parte contrária”, no caso o 29/07/2017 pesquisa constitucional e imprime http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_print_busca.php?buscajur=&nid=9215 2/2 de tramitação, mediante a formulação de uma pretensão dirigida ao Tribunal, a que a “parte contrária”, no caso o Ministério Público, tem o direito de opor as suas razões. A resposta é que materializa o exercício do contraditório neste “incidente”. Só quando nela forem suscitadas questões novas assiste ao reclamante direito de contraresposta. Como o Ministério Público se limitou a contrariar as razões do reclamante, sem introduzir quaisquer outras questões na discussão, não tinha o recorrente direito de apresentar resposta à resposta. O contraditório exige que não sejam tomadas decisões que afectem a posição jurídica de uma das partes a pedido de outra sem que aquela seja ouvida, com efectiva oportunidade de apresentar as suas razões e discorrer sobre as do adversário, oferecer prova e contra-prova e discreterar sobre o valor de umas e outras. Mas não impõe que quem suscita determinada questão, ainda que seja o arguido, tenha a palavra final, pronunciando-se sobre a resposta da outra parte, seja qual for o conteúdo desta. 4. E é manifesta a falta de razão do reclamante quando alega a inconstitucionalidade das normas do artigo 69.º da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, a norma da alínea b) do n.º 1 do artigo 61.º e do artigo 413.º n.º 3 do Código de Processo Penal – por violação das garantias constitucionais de defesa em processo criminal, violação do princípio do contraditório, violação do direito de acesso aos Tribunais (consagrados no artigo 32.º e 20.º da Constituição) – se interpretadas no sentido que permitisse considerar que em matéria de recurso, requerimento de arguição de nulidade, reclamação ou pedido de esclarecimento não deva ter lugar a audição do arguido, por último, para exercício do contraditório, sempre que sobre ele, o Tribunal tenha de tomar uma decisão que pessoalmente o afecte. No recurso de fiscalização concreta de constitucionalidade não está em apreciação a responsabilidade penal do arguido, mas a constitucionalidade de normas jurídicas. O acesso ao Tribunal Constitucional em fiscalização

Como refere Henriques Gaspar, o “*princípio do processo equitativo (enunciado no artigo 6º, nº1, da Convenção Europeia dos Direitos do homem, e no artigo 14º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, e, particularmente densificado pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem) também impõe que a proibição da reformatio in pejus seja avaliada e confrontada neste âmbito de compreensão: a lisura, o equilíbrio, a lealdade tanto da acusação como da defesa, que constituem, ao lado do contraditório, da igualdade de armas e da imparcialidade do tribunal, momentos de referência da noção do processo equitativo, impõem que o arguido, o caso de único recorrente e que usa o recurso como uma das garantias de defesa constitucionalmente reconhecidas não possa ser em nenhuma circunstância, surpreendido no processo com a decorrência de uma situação desequilibrante; o recurso, inscrito como meio de defesa, não pode, quando a acusação a não requerer, produzir, sem desconformidade constitucional, um resultado de gravame (neste sentido interpreto a doutrina subjacente à decisão do Tribunal Constitucional nos acórdãos nºs 499/97 e 498/98)”. O princípio desta proibição é compreendido como “*relevante constituto do processo justo (due process; fair trial) do processo equitativo*”.*

Um “*processo equitativo*” e leal deve garantir a cada uma das partes poder mostrar as suas razões de facto e de direito perante o tribunal, antes e que por sua vez, o tribunal tome a sua decisão.

Esta garantia compõe um decurso do direito de acesso aos tribunais e a um processo equitativo julgado por um órgão imparcial e independente, por isso, só esteja claramente

concreta integra a garantia de constitucionalidade das leis, seja qual for a natureza do processo de que a questão emerge, não as garantias específicas do processo criminal. Deste modo, ainda que se concebesse que da exigência de que o processo criminal assegure todas as garantias de defesa decorre que o arguido deva ter sempre a última palavra em quaisquer debates, mesmo quando seja ele que desencadeia o incidente, reclamação, ou recurso e os seus opositores processuais se tenham movido no estrito âmbito problemático por ele traçado – e não se vê que as garantias de defesa exijam uma tal estruturação de todas as fases, incidentes e actos processuais – nunca uma tal concepção se aplicaria ao recurso de fiscalização concreta de constitucionalidade, que não integra o “processo criminal”. De todo o modo, as garantias de defesa não sofrem qualquer limitação pelo facto de o arguido que formulou desencadeou um (sub)procedimento com determinado requerimento ou reclamação não ter a faculdade de responder à resposta em que o Ministério Público se limite a rebater as razões apresentadas pelo reclamante. O seu acesso aos tribunais e a sua defesa realizam-se, precisamente, através do requerimento em que desencadeia a reclamação. Nenhuma norma ou princípio constitucional, seja relativo às garantias do arguido em processo criminal, seja às exigências do processo equitativo, impõe que o arguido seja ouvido sempre em último lugar qualquer que seja a estrutura do procedimento e a natureza da decisão, designadamente nos incidentes e reclamações que ele próprio suscita.”, disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090648.html> .

previsto na constituição no âmbito do processo penal, apresenta-se como norma de encaixe geral. Será assegurado, portanto, que cada uma das partes seja chamada a dizer a sua justiça, devendo ser reconhecido aos interessados o direito a que os seus interesses não sejam perpassados sem que tenham tido oportunidade de ser escutados.

De acordo com CATARINA VEIGA “*ao prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados o arguido reveste as características do meio de prova (em sentido material) e a sua correcta produção e valoração apresenta indiscutível importância mas, também, alguma dificuldade: importância derivada de especial situação que o arguido ocupa relativamente ao “thema decidendum” aliada ao relevante contributo que os interrogatórios podem constituir para se alcançar a verdade material: dificuldade face à dupla característica de meio de prova e meio de defesa que revestem os interrogatórios do arguido com o conseqüente “direito ao silêncio” e o direito de, querendo prestar declarações, lhe não ser exigível dizer a verdade sobre os factos que lhe são imputados*”¹⁰¹.

O nosso processo penal contempla outros princípios constitucionais em relação ao arguido, como a presunção de inocência, o direito à informação, o direito à integridade pessoal e à intimidade privada, fazendo assim estes princípios do nosso Estado parte dos direitos, liberdades e garantias pessoais do arguido, no Processo Penal Português.

¹⁰¹ VEIGA, Catarina, *Considerações sobre a relevância dos antecedentes criminais do arguido no processo penal*, Coimbra, Almedina, 2000, p.42.

CAPÍTULO IV

9. Direito Comparado: Jurisprudência Argentina, Colombiana, Espanhola, Húngara, Italiana, contrapondo com a disposição legal Portuguesa acerca da proibição da “reformatio in pejus”

Importante é referir que a utilidade do Direito Comparado revela um método de um fenómeno jurídico para a comparação e aplicação da ordem jurídica e não se extingue num mero confronto, ou de fazer comparação de uma coisa com outra ou outras coisas, ou entre, neste caso, ordenamentos diversos, mas sobretudo como elemento para futuras políticas legislativas, além da compreensão dos ordenamentos nacionais e estrangeiros.

As diversas utilidades do Direito Comparado atingem um destino pragmático da ciência, uma recepção legislativa, cuja ordem jurídica se alinha com o que existe de mais recente no campo do Direito.

Significa assim uma comparação de direitos, estabelecendo parecenças e diferenças, interligando-as e relacionando-as segundo um método adequado a um objectivo que é aquele que nos propomos neste caso estudar “Direitos”, sistemas jurídicos diferentes. Neste caso e segundo a doutrina¹⁰² *“O direito comparado pressupõe o estudo de, pelo menos, uma ordem jurídica estrangeira (em comparação com o direito nacional), mas não se confunde com o simples conhecimento de direitos estrangeiros, porque dele se distingue pela utilização do método comparativo e pela apresentação de conclusões (síntese comparativa). É, portanto, incorreto denominar como direito comparado a simples justaposição de informações sobre diferentes ordens jurídicas ou sobre o regime jurídico de institutos jurídicos afins em diferentes ordens jurídicas. Quando muito, será aceitável qualificar ainda como direito comparado a exposição sucessiva de institutos comparáveis pertencentes a diversos ordenamentos, desde que a sua descrição tenha subjacente critérios homogéneos de decomposição. O resultado será algo que se pode designar por direito comparado imperfeito, incompleto ou implícito, porque, embora esteja salvaguardado o método analítico, se omite a síntese comparativa.”* Na

¹⁰² ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *CARVALHO, Jorge Morais, Introdução ao Direito Comparado, 2017 – 3ª Edição*, Almedina, p.14.

Argentina¹⁰³, o Código de Processo Penal Argentino¹⁰⁴, disposto no artigo 445¹⁰⁵, entende-se de uma forma clara e de acordo com casos concretos¹⁰⁶, de que somente poderá existir uma

¹⁰³ In <http://www.iprofesional.com/adjuntos/documentos/08/0000892.pdf> “1. La “reformatio in peius”:
El sistema democrático es una de las tantas formas de gobierno que persiguen que las decisiones de los órganos políticos reflejen la voluntad popular. Sin embargo, el grado de fidelidad es obviamente distinto en una democracia directa (donde los gobernados toman las decisiones por sí mismos mediante plebiscitos y referendos) que en una democracia representativa (como la argentina) donde los gobernantes son quienes toman las decisiones que (se supone) deben reflejar la voluntad del pueblo. En lo que nos atañe, el antropólogo Moreira destaca la creencia popular de que los jueces son infalibles. A nosotros, nos llama la atención que la opinión pública se muestre tan extremista –en este aspecto– al variar (según los casos y las épocas) entre confiar en el acierto de las decisiones judiciales (es decir, en la justicia intrínseca de determinada sentencia) y el prevaricato; la minoría la constituyen –precisamente– las opiniones de legos que denuncian “errores” judiciales. Continuando con esta digresión, cuando los periodistas hablan de “errores judiciales” se refieren más a casos en los que el magistrado no contaba al momento de la sentencia con los elementos que conducirían a modificar la decisión adoptada, (p.ej., pruebas halladas con posterioridad) que lo que técnicamente llamaríamos “errores de juicio”. Se advierte el contraste con lo que ocurre en materia deportiva, donde –salvo que los errores del árbitro sean reiterados– tanto la opinión pública como el periodismo sí admite que el “juez” pueda haberse equivocado; pero otra vez, fundan la resignación que asumen en que el umpire no cuenta, en el desempeño de su labor, con los sofisticados recursos tecnológicos con que sí cuenta, por ejemplo, “la televisión”. El magistrado judicial, en cambio, tiene a su alcance todos los elementos del caso, debe oír y oye a todas las partes involucradas, las que a su vez gozan de amplitud de defensa, prueba y alegato, sumado a lo cual el juez (los jueces de nuestro dilema) tomará tranquilo una decisión, con cinco días para expresar sus fundamentos (art. 400, Cód. Proc. Penal de la Nación). El error popular entonces, se muestra justificado: rodeado de todas esas ventajas es lógico suponer que el juez no puede equivocarse. Como un caso más en el que las decisiones de los representantes no coinciden con la creencia popular (aunque en este caso, “afortunadamente”) las normas de procedimiento prevén precisamente el supuesto del error judicial. Parten de la premisa de que el juez sí puede equivocarse por lo que arbitran remedios conocidos como “recursos” que se brindan a la parte afectada y que permiten la revisión de la decisión judicial para el caso de que el error se hubiera efectivamente cometido. En el reverso de la moneda nos encontramos con la expectativa de la parte favorecida por la decisión. El laudo judicial persigue poner fin a la contienda, por ello es que –en determinadas condiciones– se le atribuye el efecto de “cosa juzgada” a fin de evitar una incesante reiteración de cuestiones y planteos que despojaría de certeza jurídica a las partes litigantes en el proceso. Así, entran en conflicto dos valores admitidos en nuestro ordenamiento procesal: por un lado la seguridad jurídica, amparada por el principio de la cosa juzgada; por el otro el valor justicia, contrario a admitir la estabilidad de una sentencia pronunciada en virtud de dolo, fraude o (precisamente, aunque con mayores limitaciones) error judicial. El conflicto entre ambos principios configura una de las situaciones que doctrinariamente (Hart - Dworkin) son conocidas como casos difíciles (hard cases). La opción por uno u otro principio (incluso cuando es ejercida por el legislador) no es sencilla. Si admitimos en forma absoluta la prevalencia del valor justicia, la parte que triunfó en el proceso jamás podrá tener la certeza de que no se volverá sobre el asunto, pues siempre (per secula seculorum) la contraparte podrá plantear que ha hallado nuevas pruebas o tomado conocimiento de nuevos hechos que conducirían a variar la decisión adoptada en el caso. Si,

en cambio, damos prioridad a la seguridad jurídica como valor absoluto e impedimos revisar una sentencia por cualquier causa que fuere, el condenado debería continuar cumpliendo prisión por homicidio, incluso cuando la supuesta víctima fuere hallada con vida. Como se advierte, cualquiera de ambas posturas lleva al absurdo si se la defiende a ultranza. El principio general consagrado por el legislador argentino (y que refleja una garantía constitucional vinculada al derecho de propiedad) es que la sentencia definitiva que recae en una causa hace cosa juzgada en la medida en que no sea recurrida, a la vez que sólo puede ser atacada por las vías que expresamente prevea el legislador, quien determina –en ese marco– quiénes pueden cuestionar la decisión, en qué casos y con qué efectos (art. 432, Cód. Proc. Penal de la Nación). Va conformándose así el escenario de nuestro dilema, el cual queda virtualmente completo si agregamos un elemento más. Si una decisión judicial es cuestionada (recurrida) sólo por una de las partes, queda firme para la otra (salvo los casos en que ésta se adhiera al recurso –art. 439, Cód. Proc. Penal de la Nación–). De acuerdo al art. 445 del Cód. Proc. Penal de la Nación la competencia del tribunal de alzada queda limitada a lo que fue materia de recurso (tantum devolutum quantum appellatum). Consecuentemente, si sólo una de las partes objetó la sentencia la decisión que se adopte no puede perjudicar a la única parte que recurrió (prohibición de la reformatio in peius).

¹⁰⁴ In Código Procesal Penal República Argentina, 1991.

¹⁰⁵In <http://derecho.laguia2000.com/derecho-procesal/reformatio-in-peius#ixzz4rBAQSF19>: “La prohibición de la “reformatio in peius” es un antiguo principio negativo (pues implica un no hacer) de Derecho Procesal, con vigencia desde el Derecho Romano, que establece que el órgano “ad quem”, o sea el que conoce el caso en segunda instancia, tiene prohibido cambiar el fallo dictado en la instancia inferior en detrimento del impugnante, si es que la contraparte no impugnó también la resolución de primera instancia. Es una consecuencia del principio general de la defensa en juicio, del de congruencia y del de la cosa juzgada sobre lo no atacado en la apelación. Autores como Fairén Guillén se oponen a la vigencia de este principio con el argumento de que el interés social puede requerir en ciertos casos que el “ad quem” modifique el pronunciamiento en contra del vencedor, si el fallo es erróneo. Legislaciones como la alemana permitían la “reformatio in peius” en el proceso penal atendiendo al interés público que va más allá de la petición de las partes. Esto se denomina “reformatio in melius”. Argentina (al igual que España, Perú, Venezuela, Colombia, Chile, entre otros) acepta este principio tanto en materia civil como penal, tanto por la jurisprudencia, incluyendo la Corte Suprema Nacional, quien le otorgó raigambre constitucional sustentado en los artículos 17 y 18 de la Ley Suprema. El Código Procesal Civil y Comercial guarda silencio al respecto pero se infiere del artículo 266 que establece que si no hay expresión de agravios el recurso de considera desistido. En el ámbito penal el artículo 445 del Código Procesal Penal de la nación argentina establece como competencia del tribunal de alzada el conocimiento de los puntos contenidos en la expresión de agravios. Si interpuso recursos el agente fiscal, puede la resolución revocarse o modificarse aún a favor del imputado, pero si no hay impugnación más que por parte del imputado, no podrá la resolución modificarse en su perjuicio.”

¹⁰⁶ In <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=30,497,0,0,1,0> : Agravante por la intervención de un menor del art. 41 quater del Código Penal. Edad del partícipe mayor. Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala II, causa N° 29.013 caratulada " J. J. CH. ó R. M. G. s/recurso de casación", rta. 5/6/08. En la ciudad de La Plata a los 5 días del mes de junio del año dos mil ocho, reunidos en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Fernando Luis María Mancini, Jorge Hugo Celesia y Carlos Alberto Mahiques, bajo la

contestação do acusado ou de outrém em favor deste, sendo que a resolução conferida pelo Tribunal não poderá alterar nada em seu detrimento:

“Competencia del tribunal de alzada: Art. 445. – El recurso atribuirá al tribunal de alzada el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los motivos del agravio. Los recursos interpuestos por el ministerio fiscal permitirán modificar o revocar la resolución aun a favor del imputado. Cuando hubiere sido recurrida solamente por el imputado o a su favor, la resolución no podrá ser modificada en su perjuicio.”.

No seu artigo 31º, a Constituição Colombiana, mais propriamente na obra *Constitución de Colombia, 1991*, também faz uma previsão do instituto da proibição da “*reformatio in pejus*”:

“Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.”

presidencia del primero de los nombrados para resolver en la causa Nro. 29.013 seguida a J. J. CH. ó R. M. G. el recurso de casación interpuesto; practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: CELESIA –MAHIQUES - MANCINI.- A N T E C E D E N T E S. Los magistrados miembros del Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 2 del Departamento Judicial la Matanza resolvieron en la causa N° 2197/1560-06 con fecha 16 de marzo de dos mil siete, mediante trámite de juicio abreviado, condenar a J. J. Ch. ó R. M. G. a la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de utilería, conforme los arts. 166 inc. 2do, último párrafo y 41 quater del C.P. Contra dicho resolutorio interpuso recurso de casación el Defensor Oficial del imputado, Dr. Sergio Javier Babino, a fs. 13/15. Efectuadas las vistas correspondientes, y hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes: C U E S T I O N E S Primera: ¿Es admisible el recurso de casación interpuesto? Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Celesia dijo: El recurso impetrado resulta admisible, al haberse observado los recaudos de tiempo y forma que regulan su interposición conforme lo previsto en el art. 451 del C.P.P., abasteciendo además los requisitos de impugnabilidad, tanto en el plano objetivo como subjetivo, pues se trata la resolución recurrida, por la que se condena al imputado, de una sentencia definitiva y el impugnante se encuentra legitimado en virtud del art. 401 del C.P.P. Ahora bien, para recurrir es necesario tener el interés que proviene de un perjuicio causado a la parte por la decisión jurisdiccional.

A legislação Espanhola¹⁰⁷, neste caso a Constituição Federal Espanhola¹⁰⁸ de 1978, manifesta uma abordagem à reforma para pior:

“Artículo 24: 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.” Destina-se assim a proibição, a prevenir a resolução de um processo iniciado a pedido de uma parte, agravando a situação inicial do requerente. O seu escopo de aplicação tem por base os recursos. Como salienta a doutrina, JOSÉ MARÍA

107

In

http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAXMjIzNjtbLUouLM_DxbIwNDIwMTIzOQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAwHPaHzUAAAA=WKE

“La reformatio in peius es una figura jurídica que tiene lugar cuando el recurrente, en virtud de su propio escrito de impugnación, ve empeorada o agravada la situación jurídica creada o declarada en la resolución jurídica impugnada, de modo que lo obtenido con el pronunciamiento que decide el recurso es un efecto contrario al perseguido, que era precisamente eliminar o aminorar el gravamen sufrido por la resolución recurrida. En este sentido, la reformatio in peius es una modalidad de incongruencia procesal producida en la segunda instancia que tiene lugar cuando la situación del recurrente se empeora a consecuencia exclusiva de su propio recurso.”

¹⁰⁸ In <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/derecho-tutela-judicial-efectiva-382082634> *“El derecho a la tutela judicial efectiva tiene, en palabras del T.C., un contenido complejo⁶⁰ que incluye, a modo resumen, los siguientes aspectos: El derecho de acceso a los Tribunales; El derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente; El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; y El derecho al recurso legalmente previsto. En consecuencia, no debe confundirse este primer apartado del art. 24 C.E. con el segundo, en el que se establecen múltiples garantías procesales. Así, por ejemplo, ya la STC 46/1982 de 12 de julio (f.j. 2º), señala: “El artículo 24 de la Constitución, en sus dos epígrafes, previene dos supuestos íntimamente relacionados entre sí, pero que merecen un tratamiento diferenciado, ya que el segundo de ellos apunta preferentemente a las llamadas «garantías procesales»-así el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, asistencia letrada, información de la acusación, proceso público, utilización de los medios de prueba pertinentes y presunción de inocencia-, mientras que el primero, al proclamar el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos previniendo que nunca pueda producirse indefensión, establece una garantía, previa al proceso, que lo asegura, cuando se dan las circunstancias requeridas al efecto. Dicho de otro modo, el artículo 24.1 también asegura la «tutela efectiva», pero lo hace a través del concreto juego de los instrumentos procesales, mientras que el 24.2 asegura la tutela efectiva mediante el acceso al mismo proceso”.*

RUIZ MORENO, professor na Universidade de Jaén “*La interdicción de reforma en perjuicio del recurrente, o prohibición de reformatio in peius, es una institución procesal que incorpora para el sujeto que recurre (y que ha resultado perjudicado) una ventaja añadida, un “plus” o matiz de predicción en la fase del recurso, lo que sin duda contrasta con la característica que, por antonomasia, acompaña al proceso: la incertidumbre de su resultado. A través de la prohibición de reformatio in peius, conforme a su régimen legal y jurisprudencial, una parte procesal ve asegurado un concreto resultado cuando impugna la resolución que le inflige gravamen. Esta característica, se mire como se mire, para el perjudicado o condenado que recurre, supone jugar con cierta ventaja al añadir un elemento nuevo que le permite controlar, aunque sólo sea en cierta medida, su suerte de cara a la decisión del recurso; le garantiza un determinado resultado que no tiene parangón con ninguna otra institución procesal. El presente trabajo analiza tan singular institución procesal en el marco del proceso civil, y trata de distinguirla de otros conceptos con los que, a menudo, incorrectamente se entremezcla y confunde”*

Na Húngria o primeiro Código de Processo Penal de 1896¹⁰⁹ introduziu a proibição da “*reformatio in peius*”, vigente até 1949. A Lei XI de 1949 sobre Processos Penais aboliu essa

¹⁰⁹ *The expression reformatio in peius was mentioned for the first time in a Roman law case related to the procedural law. This thesis refers to the passage of L 1 pr. Cod. de appellationibus et relationibus, 49, 1 Digest, which reads as follows: ‘Appellandi usus quam sit frequens quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe cum iniquitatem iudicantium vel imperitiam recorigat: licet nonnumquam bene latas sententias in peius reformet, neque enim utique melius pronuntiat qui novissimus sententiam laturus est. The expression was unknown to the criminal procedure law in the 18th century. Gönner (1804) mentioned it for the first time at the beginning of the 19th century and was of the opinion that alteration of a judgment to the detriment of the accused through ordinary legal remedy (reformatio in peius) should not be required. These two sources led to ineffective debates regarding the origin of the expression. The ‘in peius reformare’ as mentioned by the passage of the Digest was understood as a satiric observation that the judges who decide on legal remedies are not necessarily the best judges. In the quoted passage, there is no reference to whether the judges are entitled to revise judgments of courts of a lower instance in the course of the appeal procedure, or if they have the right to do so, to what extent and in which direction they can exercise it. The debates over the origin of the expression only reveal that the term was overrated. Linde (1850) has already objected to the fact that the expression has neither theoretical nor practical consequences, only the designation of the expression is of great significance to the procedural law. According to Kapsa (1976), the influence of being overrated nowadays can still be seen in the understanding of reformatio in peius. Every legal institution has homogeneous dogmatic grounds based on which every problematic case could be solved in the same way when the law does not include an explicit provision, and this is also applicable to the reformatio in peius (to its prohibition). Frequently mentioned theoretical grounds are the right of disposal and the nature of legal remedy. Connection to motions (the principle of disposition) can also refer to reformatio in peius, and it can justify the application of reformatio in peius in the course of the appeal procedure, therefore the*

instituição, porque o principal objectivo do recurso legal era, segundo o raciocínio, a execução de uma justiça substancial e não a salvaguarda do cargo do acusado a "*justiça substancial prevalece sobre todos*", Cséka, 1984. Király criticou este sistema afirmando que um sistema

application of reformatio in peius can only be considered as permissible for the reason of the lack of adequate definition. Legally, it seems to be easy to explain the prohibition of reformatio in peius by means of the nature of legal remedies. If the prohibition of reformatio in peius is part of the nature of legal remedies then it will prevail in the cases which are not regulated by the legislator. If this reasoning was correct, there would not be any exception to the prohibition of reformatio in peius. Most of the dogmatic grounds which were used in order to define the concept of reformatio in peius are inclined towards the procedural law, or seem to be too general when referring to the nature of legal remedy. This is the reason, according to Kapsa (1976), for all of the difficulties arising in the (criminal, civil, administrative) procedural law and related to the prohibition of reformatio in peius. The procedure of appeal has no aliud connection to the basic procedure according to the above-mentioned opinion, but apparently it differs from the basic procedure by means of the institutional assurance of the deciding body. The designation of reformatio in peius is not a normative, but a descriptive expression, and its content is determined differently. In a wider sense, it describes the right of state organs which permits the alteration of a decision to the detriment of the receiver. In the procedural law, reformatio in peius is mentioned in the case when a higher-level body passes a decision to the detriment of the accused, while a more favourable decision was expected to be passed by it. In the course of time, more and more subsequent restrictions needed to be drafted regarding the content of this definition. These different opinions were summarized, and the reformatio in peius was determined (from the point of view of the prohibition) as follows: the alteration of every single decision which was passed by a new court ex officio and related to the main question of the case to the detriment of the person in favour of whom the appeal had been filed. The detrimental alteration of questions of secondary importance, such as the injurious disposition of expenses, was not even regarded by these authors to pertain to the question of reformatio in peius. Therefore, the restriction of reformatio in peius focused only on the main questions. However, not even Kapsa (1976) thought that it was necessary to make the main question one part of the definition of the permissibility of reformatio in peius. According to him, only questions, such as to what extent the existing decision of a public authority can be altered to the detriment of the accused and who is entitled to do so, should be examined. In the course of the appeal procedure, the usage of the reformatio in peius doctrine can be hazardous on account of being overrated. According to Hess (1990), a person convinces himself easily to adopt a definition of the content of the procedural law, and to search for a solution for the procedural law in a similar manner, albeit the first thing which should be examined is where the reformatio in peius legally belongs to in the course of the appeal procedure. As it is evident from the above, the prohibition of reformatio in peius has two meanings in the Hungarian legal professional terminology: the prohibition of the increasing punishment, and the prohibition of reformatio in peius. This is because of the German influence, since the German legal professional terminology uses the same expressions ('Das Verschlechterungsverbot'; 'Das Verbot der reformatio in peius'). The English legal professional terminology uses an expression derived from the Latin language ('prohibition of the reformatio in peius', 'ban of the reformatio in peius'), and this is typical of the terms used by other countries (in Italian, obviously, an expression of the Latin origin is applicable: 'Il divieto della reformatio in peius'), disponível em: <http://www.herke.hu/tan/11litv.pdf>.

onde o aumento da punição é permitido no decurso do procedimento de recurso representa um grande perigo de que uma decisão mais prejudicial só possa ser aprovada com base em uma moção do advogado da defesa. O motivo mais comum para a regulamentação da proibição da “*reformatio in pejus*” sempre foi impedir a omissão, em parte da defesa, de interpor recurso contra uma decisão¹¹⁰. Considerado prejudicial essa omissão pode ocorrer pelo medo de que o tribunal do segundo pretender. O caso pode alterar a decisão do tribunal de primeira instância em detrimento do acusado assim neste sistema judicial¹¹¹. De acordo com a doutrina húngara

¹¹⁰ Cfr. Ac. do TRL, 15.02.2013 “ *I - As conclusões da motivação do recurso são extraordinariamente importantes, exigindo muito cuidado, devendo ser concisas, precisas e claras, porque são as questões nelas sumariadas que serão objecto de decisão; II - A repetição nas conclusões do que é dito na motivação, traduz-se em falta de conclusões, pois é igual a nada repetir o que se disse antes na motivação, equivalendo a falta de conclusões à falta de motivação; III - Não havendo indicação concisa dos fundamentos explanados e desenvolvidos nas alegações, não há conclusões, pelo que, em conformidade, deve o recurso ser rejeitado... Não é caso de dificuldade de concisão, que terá sempre algo de subjectivo, uma vez que o recorrente tinha inicialmente apresentado 18 conclusões, mas uma clara intenção de não apresentar conclusões, pois convidado a corrigir as iniciais quanto a aspectos concretos, além de não proceder a essa correcção, optou por não as voltar a apresentar, substituindo-os pela repetição das motivações. A peça apresentada após convite revela que não houve a mínima preocupação de responder positivamente ao convite de aperfeiçoamento das conclusões, tentando cumprir o que a lei determina quanto à forma como os recursos devem ser elaborados, motivados e concluídos, omissão que o tribunal não pode suprir, já que só ao recorrente cabe delimitar o objecto do recurso, delimitação que, como referimos, é feita pelas respectivas conclusões que, tal como a lei as define, não foram apresentadas. A repetição nas conclusões do que é dito na motivação, traduz-se em falta de conclusões, pois é igual a nada repetir o que se disse antes na motivação, equivalendo a falta de conclusões à falta de motivação, motivo para rejeição do recurso.”, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/39429bf711ec921380257b2000385e98?OpenDocument> .*

¹¹¹ In ISSUES OF BUSINESS AND LAW VOLUME 3 (2011) ISSN 2029-1094: “The issue of *reformatio in peius* can be traced back even to the Roman law, however in the past centuries neither the *reformatio in peius* nor its prohibition was examined in detail, and even some countries still are unaware of this legal institution. In the course of the appeal procedure, a court may alter the judgment appealed again in favour of the accused (*reformatio in melius*), which will not raise any theoretical problem; it will be permitted in the case of an appeal filed either in favour or to the detriment of the accused. However, several problems may arise if a detrimental alteration of the judgment (*reformatio in peius*) needs to be done. The legal remedies, at the time of their appearance, served only the purpose of correcting the mistakes of authorities, and on the grounds of a legal remedy, a judgment could only be altered in favour of the accused. Later, the prosecutor could earn more possibilities to appeal the judgment to the detriment of the accused, and a court of the second instance altered the judgment in this way. Thus, the requirement to set a limit for such actions was raised, otherwise the defence would not dare to file an appeal if the court of the second instance passed a disadvantageous decision regarding the accused on the basis of an appeal filed only in favour of the accused. The prohibition of *reformatio in peius* is of

NICHOLAS MÓLNAR (1956) enumera uma lista com vários argumentos contra a proibição da “*reformatio in pejus*”, como: “*Busca excessiva do princípio da acusação; Violação da legalidade; Violação da justiça material; Custo do procedimento; O procedimento torna-se muito burocrático; As diretrizes escritas sob a forma de cassação violam a independência do juiz; Expressão do liberalismo extremo; Aumentar o número de recursos frívolos; Aumento da formalidade do procedimento.*”

Por fim, o Código de Processo Penal Italiano, revela uma previsão expressa, no seu artigo 597^{o112}, “*Cognizione del giudice di appello: 1. L'appello attribuisce al giudice di secondo*

two main types: the absolute and the relative prohibition of reformatio in peius. In the case of the absolute prohibition of reformatio in peius, a court of the second instance will never pass a decision which is more disadvantageous for the accused, even if an appeal had been filed to his detriment: if the court believes that a more severe punishment needs to be imposed than the one in the judgment of the court of the first instance, the court of the second instance will repeal the judgment of the first instance and order the court of the first instance to examine the case in new proceedings. In the case of the relative prohibition of reformatio in peius, the power of decision of a court of the second instance depends on the appeal: if an appeal was also filed to the detriment of the accused, then a more severe judgment may be imposed, but if the appeal was filed only in favour of the accused, then a more severe judgment cannot be imposed. In Hungary, usually the relative prohibition of reformatio in peius prevails. Furthermore, the prohibition of reformatio in peius can be distinguished according to the provisions at issue, so complete prohibition and partial prohibition exist. The complete prohibition of reformatio in peius means that every decision which is detrimental to the accused is forbidden. The partial prohibition means the effective criminal procedure code determines exactly the provisions which are concerned by the prohibition. Last but not least, the prohibition of reformatio in peius can be divided into cogent prohibition and exceptional prohibition. In case of cogent prohibition of reformatio in peius, no exception exists when the prohibition is effective. On the contrary, in case of exceptional prohibition the law may give permission not to act according to the main rule of the prohibition of reformatio in peius in certain cases. The Hungarian criminal procedure law is characterised by a different regulation of provisions of the prohibition of reformatio in peius according to the stage of proceedings when the question of the prohibition of reformatio in peius may arise. Therefore, the Criminal Procedure Code has provisions regarding the procedure of the second (third) instance, the retrial, omission of the trial, military criminal proceedings, waiver of the trial and the extraordinary legal remedies. The main principle of reformatio in peius, that the court of a higher instance can alter a decision of the court of a lower instance to the detriment of the receiver of the decision, should be limited in order to let the law somehow balance the disadvantaged position of the accused. It can be called the prohibition of increasing punishment or simply the prohibition of reformatio in peius, either way it will refer to several advantages of the defence prevailing in the criminal procedure, especially since about 75% of the appeals filed by the prosecutor happened to be capable of aggravating the sentence.”

¹¹² Julgamentos relacionados com este artigo: “*Cass. n. 7994/2015 - De acordo com o princípio devolutivo que caracteriza o acórdão de recurso e as regras relativas às formalidades do recurso, que exigem, entre outros requisitos para a inadmissibilidade do processo, o da especificidade dos fundamentos (artigo 581,*

grado la cognizione del procedimento limitatamente ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti. 2. Quando appellante è il pubblico ministero: a) se l'appello riguarda una sentenza di condanna, il giudice può, entro i limiti della competenza del giudice di primo grado, dare al fatto una definizione giuridica più grave, mutare la specie o aumentare la quantità della pena, revocare benefici, applicare, quando occorre, misure di sicurezza e adottare ogni altro provvedimento imposto o consentito dalla legge; b) se l'appello riguarda una sentenza di proscioglimento, il giudice può pronunciare condanna ed emettere i provvedimenti indicati nella lettera a) ovvero prosciogliere per una causa diversa da quella enunciata nella sentenza appellata; c) se conferma la sentenza di primo grado, il giudice può applicare, modificare o escludere, nei casi determinati dalla legge, le pene accessorie e le

alínea c), e 591, primeiro parágrafo, lett. C), cod.proc. Deve excluir-se que o recurso do julgamento de primeira instância no ponto de responsabilidade também possa ser implicitamente entendido pela queixa relativa à sanção. (Na sua fundamentação, o órgão jurisdicional de reenvio salientou ainda que, na ausência de um motivo específico, o tribunal de recurso não pode proceder por sua própria iniciativa à redução da sentença, também porque o poder que lhe é conferido pelo artigo 597, quinto parágrafo, do Código A caneta é limitada à aplicação dos benefícios e agentes atenuantes aqui indicados); **Cass. n. 4123/2015** Não viola o princípio da devolução, o tribunal de apelação que, ao examinar o pedido de culpabilidade do arguido sobre a credibilidade do infractor, reconhece este último, mesmo que esteja ausente no ponto de recurso específico do PM Como testemunha e não investigada nos procedimentos conexos, tal como realizada pelo tribunal de primeira instância, que procedeu a julgamento em conformidade com o art. 197 bis cod. proc.caneta. **Cass. n. 3214/2015** “No que diz respeito à proibição de "reformatio in peius", o tribunal de recurso, aceitando o pedido de ação judicial proposto pelo arguido por si só em relação a um processo complementado por vários crimes unidos pelo vínculo de continuação, reconhece a existência de uma circunstância atenuante anteriormente negada E, influenciando tanto o castigo básico como outros fatores relevantes para o cálculo, deve necessariamente reduzir a punição total imposta em relação à ofensa básica e infrações satélites, a menos que esta última seja confirmada com a devida motivação pelo aumento anteriormente aumentado E enquanto o resultado final da operação termina com a imposição de uma penalidade total que decresce correspondentemente em relação à anteriormente imposta. (Fatos relativos a ofensas sexuais, em que o Tribunal de Justiça declarou que a aplicação da mesma pena máxima pelo primeiro tribunal, sem qualquer justificação, era ilegal pelo Tribunal de Recurso, mesmo na presença do advogado do menor Gravidade aplicável a todos os crimes ofensivos unificados pela restrição nos termos do artigo 81, segundo parágrafo, cp). **Cass. n. 2884/2015** “O órgão jurisdicional de reenvio pode proceder à reparação legal do caso, em conformidade com o princípio do devido processo previsto no art. 6 CEDH, tal como interpretado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, mesmo sem a renovação total ou parcial do julgamento, desde que a redefinição do encargo inicial seja suficientemente previsível, que o condenado esteja em condições de confiar no Os motivos para a nova definição legal do fato e que isso não resulta em uma modificação "peius" da sanção e limitação da receita médica. (São casos em que o Tribunal considerou suficientemente previsível o resgate unificado das acusações originais de roubo e resistência a um público oficial no crime de roubo impróprio).

misure di sicurezza. 3. Quando appellante è il solo imputato, il giudice non può irrogare una pena più grave per specie o quantità, applicare una misura di sicurezza nuova o più grave, prosciogliere l'imputato per una causa meno favorevole di quella enunciata nella sentenza appellata né revocare benefici, salva la facoltà, entro i limiti indicati nel comma 1, di dare al fatto una definizione giuridica più grave, purché non venga superata la competenza del giudice di primo grado. 4. In ogni caso, se è accolto l'appello dell'imputato relativo a circostanze o a reati concorrenti, anche se unificati per la continuazione, la pena complessiva irrogata è corrispondentemente diminuita. 5. Con la sentenza possono essere applicate anche di ufficio la sospensione condizionale della pena, la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale e una o più circostanze attenuanti; può essere altresì effettuato, quando occorre, il giudizio di comparazione a norma dell'articolo 69 del codice penale.” Querendo isto dizer, “que se encontra a afirmação do princípio de tantum devolutum quantum appellatum, segundo o qual o juiz decide sobre todos os assuntos que são abstractamente concebíveis no caso em questão, uma vez que o objecto do recurso é o ponto das decisões e não os fundamentos, ocorrendo no apelo. Quando o apelante é O Ministério Público, em princípio, o acusado pode ser deteriorado. No entanto, como não há proibição da reformatio in melius, deve-se presumir que o tribunal também pode tomar medidas mais favoráveis contra o acusado dentro dos limites do efeito devolutivo. É identificado o princípio da proibição da reformatio in pejus, de modo que o tribunal de recurso não pode impor uma penalidade mais grave, culpar um caso menos favorável daquele estabelecido no julgamento apelado, nem de revogar os benefícios. Esta proibição, portanto, refere-se apenas ao dispositivo e não ao raciocínio e não diz respeito às disposições civis, que podem ser reavaliadas pelo juiz.”¹¹³

Outra doutrina¹¹⁴, ensina que o recurso tem como alicerce vários princípios e direitos fundamentais, dentro de muitos a proibição da “*reformatio in pejus*”.

Para JAMES GOLDSCHMIDT¹¹⁵, o recurso tem como base uma decisão de explicação livre e de garantia.

¹¹³ “*Ratio Legis*”: “O recurso chegou à conclusão de que é a função do processo, uma vez que o tribunal é chamado dentro dos limites estabelecidos pelos motivos apresentados pelas partes para confirmar ou reformar a decisão impugnada, tanto o processo nullitatis, uma vez que o tribunal pode anular o acórdão inválido e, em seguida, devolver os arquivos ao tribunal.”

¹¹⁴ SANCHÉZ, Suárez Alberto, *El Debido Proceso Penal*. 2 ed. Bogotá, Universidade de Columbia, 2001. p.43.

¹¹⁵ GOLDSCHMIDT, James, *Derecho Procesal Civil, Traducción de la segunda edición alemana y del código procesal civil alemán, incluindo como apêndice por Leonardo Pietro Castro*, Barcelona, Labor, 1936, p.399.

Verifica-se que as legislações provenientes da Europa, transmitiam a vedação para que não se pudesse afectar o arguido recorrente e, com isso causar impedimento ao recurso.

Conclusão

O nosso propósito foi claramente definido, não tínhamos como ponto aduzir novas respostas para questões omissas ou controversas, mas sim o de dar um aporte para uma melhor penetração e compreensão clara de um direito que tem uma periferia cortês, tanto na doutrina como na jurisprudência.

Aproximados ao fim da vereda que nos tínhamos cumprido em atingir, guardaremos o que demais fundamental foi abordado, dando importâncias às questões que emergem com mais veemência.

A presente dissertação teve como tarefa descortinar, qual terá sido a motivação do legislador para entender ser admissível a proibição da “*reformatio in pejus*”, garantindo a observância dos princípios constitucionais e da ampla defesa, não descuidando a possibilidade de corromper o princípio da voluntariedade dos recursos, capaz de gerar inúmeros efeitos. Não decorre da nossa Constituição Portuguesa da República uma proibição que não tem peias, nem restrições da “*reformatio in pejus*”, dado que seria conflitual com o direito ao recurso da acusação e com a realização da justiça.

A expressão latina deste princípio em causa – reforma para pior, surge, no Direito, ligada à impugnação das decisões judiciais. Os primeiros passos nesta obra, saíram de posições que avaliamos que sejam fulcrais para o nosso estudo, especialmente, à compreensão histórica do surgimento da proibição da “*reformatio in pejus*”, à sua actual fundamentação, e à compreensão do direito do recurso do arguido enquanto garantia de defesa adoptada como direito fundamental. Na verdade, é em nossa opinião que o alicerce que introduziu este princípio, foi o de evitar que o arguido, com receio da agravação da pena, não recorresse da decisão, impedindo-se desta forma, que o exercício de um direito de defesa, sucede-se em dano da própria defesa. Se fosse ao contrário, potenciar-se-ia a não correção do erro judiciário e, em consequência a condenação injusta, não cabendo ao arguido um efetivo direito ao recurso.

Pelas garantias de defesa e princípio do contraditório é assim que a proibição da “*reformatio in pejus*” é proclamada, podendo não ter susceptibilidade de ser contrariada pela defesa, dado que se contrariam cláusulas de um livre desempenho, do direito ao recurso. Desta forma é fixado assim um princípio constitucional de jurisprudência obrigatória no sentido de que o tribunal superior pode em recurso alterar officiosamente a qualificação jurídico-penal

concretizada pelo tribunal recorrido¹¹⁶, tendo em conta, mesmo para um crime mais grave, sem prejuízo da “*reformatio in pejus*”.

O direito ao recurso incluído na Lei Constitucional nº1/97, de 20 de Setembro, sendo a quarta revisão constitucional, destaca como um concorrente a um cargo com sucesso no que diz respeito às garantias de defesa. Interpreta-se assim que o direito ao recurso, faz-se passar na reapreciação da questão por um tribunal superior, quer quanto à matéria de direito e no que diz respeito à matéria de facto, recomendando-se a leitura da jurisprudência do Tribunal Constitucional, nos Acórdãos 638/98, 202/99 e 415/01. Chegamos à conclusão que no presente estudo de dissertação, verifica-se que o a LC nº 1/97, inclui expressamente como elemento positivo das garantias de defesa, o direito ao recurso pressupondo a existência de uma necessidade naturalmente assegurada em comparação ao princípio da proibição da “*reformatio in pejus*”, sendo fonte autónoma do processo penal revelando que pode ser neutro em relação aos direitos fundamentais que não é alheio aos direitos do arguido, num processo em “*si*”.

O assunto suscitou várias questões que foram abordadas e reflectidas com o apoio do regime jurídico, que nos ofereceu um vasto material de estudo. Obrigou-nos a seleccionar e a dar resposta de entre várias questões às que mais interesse desencadeiam e às que do ponto de vista jurídico mais incitações apresentaram. Várias poderiam ter sido as perspectivas e vários os olhares, lançados sobre diferentes ângulos, através dos quais poderíamos ter refletido sobre a *reformatio in pejus* e a sua aplicação. Respondendo às questões por nós colocadas:

Resposta à 1ª Questão: o primeiro aspecto que ganha destaque ao analisar o regime da proibição da *reformatio in pejus* é realmente a sua origem, a sua previsão legal, no Código Processual Penal Português enquanto princípio constitucional, com a tradução do artigo nº32º nº1, da Constituição da República Portuguesa. A “*ratio*” da proibição, vem sendo uma medida tolerante do direito de recursos em favor do arguido, aplicando-se assim nas suas garantias. O direito ao recurso concebido como garantia de defesa consagrada no nº1, do artigo 32º da CRP, aglomerando-se os mais importantes princípios materiais do processo criminal, contudo, este artigo serve igualmente de cláusula de todas as garantias, que não tem restrições de expressão nos números seguintes, do preceituado artigo.

Como refere DAMIÃO DA CUNHA, in “*O Caso Julgado Parcial*”, “*se se quiser, o princípio da proibição de reformatio in pejus é um princípio da função jurisdicional, enquanto garantia do direito de defesa, que vale para qualquer Direito e processo sancionatório público*”, que “*corresponde a um princípio geral do processo penal que garante, a nosso ver,*

¹¹⁶ In Acórdão do STJ, de 06. 07.1995, processo nº4/95, disponível em: <https://dre.tretas.org/dre/67507/acordao-4-95-de-6-de-julho> .

a plena liberdade do arguido no exercício dos seus direitos de defesa e que se assume como consequência directa da específica intenção que à função jurisdicional é cometida no âmbito do processo penal, nos quadros de um Estado de Direito”. Acrescenta ainda que a “razão para a manutenção deste princípio deriva, seguramente, da história do Direito nacional estar orientada num sentido claramente desfavorável a este instituto. Neste aspecto não se pode criticar o legislador”.

Pode ser este preceito uma procedência independente de garantias de defesa, levando-nos a uma direcção para a defesa no processo penal, induzindo-nos assim que o processo não pode ser inactivo ou indiferente aos direitos fundamentais do arguido e afirmando ao mesmo tempo os pressupostos de garantia de defesa, do processo criminal, estruturantes do Estado de direito democrático constitucionalmente representando, destacando a independência dos tribunais e dos juízes nos artigos 203º e 216º da CRP, a autonomia do Ministério Público no artigo 219º, a reserva de lei parlamentar para regular o processo criminal no artigo 165º-1/c. Embora a nossa Constituição não nos informe a partir de que altura o arguido possa fazer-se valer das garantias de defesa, julgamos que seja no momento em que o sujeito processual assume a qualidade de arguido. O centro essencial do artigo 32º da CRP, é muito rico e abarca totalmente a concretização constitucional no processo penal onde é admitida igualmente a possibilidade de uma norma incriminadora a alguém que adquire o estatuto de arguido.

O arguido é a figura mais importante de todo o processo penal, dado que por causa do mesmo, se agitam todos e os demais intervenientes processuais, e é o sujeito processual onde se verificam os indícios imperativamente seguros de que cometeu um ilícito criminal.

Pode-se constatar que a proibição é somente aplicável quando existe a interposição de recurso. O inconformismo dos ligantes diante de decisões proferidas em detrimento dos seus interesses por norma, exterioriza-se pela via da interposição dos recursos, com vista à reforma da decisão de que o arguido considere que lhe foi desfavorável. É sabido que a eventualidade de recorrer, desenrola-se através da liberdade, quer seja pelo inconformismo da parte vencida, quer pela possibilidade de erros decisórios, ou até mesmo pela possibilidade de ocorrência de nulidades, entre outros factores.

Portanto e, diante deste posicionamento existem correntes a favor deste dispositivo legal. Julgamos desta forma que a permissão da referida proibição poria em questão, o corolário do devido processo legal, admitindo assim a violação à ampla defesa e ao direito do contraditório, não havendo oportunidade para o arguido fazer-se merecedor de tal direito, viria porquanto a sua situação agravada. Seria uma permissão, alvo de acesa polémica.

Resposta à 2ª Questão: em nossa opinião, caso fosse permitida a proibição da “*reformatio in pejus*”, o arguido sentiria receio de recorrer, uma vez que poderia ter a sua situação agravada, ocasionando-se assim insegurança jurídica, dado que O direito à defesa do arguido estende-se a qualquer situação e grau do processo, concluindo um motivo para aplicação imediata, não necessitando de regulamentação pela lei ordinária para a sua aplicação.

O arguido sentiria receio de recorrer, uma vez que poderia ter a sua situação agravada, ocasionando-se assim insegurança jurídica. Pode-se constatar que a proibição é somente aplicável quando existe a interposição de recurso. O inconformismo dos ligantes diante de decisões proferidas em detrimento dos seus interesses, por norma, exterioriza-se pela via da interposição, e, por conseguinte, o direito ao contraditório aparece como conduta orientadora da produção pelo tribunal, que tome parte com o arguido e defesa dos seus direitos. Praticar actos com infracção, pela permissão da proibição da “*reformatio in pejus*”, tornando-se clara a violação do princípio do contraditório, um carácter do Estado de direito democrático com matéria de recursos penais, identificando as regras constitucionais. A proibição da chamada “*reformatio in pejus*” constitui por fim, um princípio que enforma todo o processo penal e que se traduz na proibição de reforma da sentença para pior, no sentido de, em recurso, a pena aplicada ao arguido não poder ser agravada. A “*ratio*” do instituto incide em várias razões, mas uma mais antiga pondera uma ideia de equidade, não fazendo sentido reformar para pior uma sentença se só o arguido recorre, não o fazendo o Ministério Público, transitando em julgado quanto a ele o decidido; uma outra na ideia de “*favor reo*”, de benefício, de concessão de uma garantia última dos seus direitos de defesa, como contrapeso da sua debilidade posicional no processo. Em concurso de crimes, a proibição da “*reformatio in pejus*”, considera-se para o agravamento da pena conjunta, mas também para cada uma das sanções parcelares e para a declaração do arguido como reincidente pelo tribunal de recurso, para uma prisão relativamente indeterminada em recurso interposto pelo arguido de sentença de prisão efectiva de 12 anos, é igualmente aplicável, por interpretação extensiva, ao agravamento da condenação em indemnização civil no recurso dela interposto no processo penal pelo arguido demandado e ainda aplicável ao agravamento da condenação em novo julgamento a que se procedeu por o primeiro ter sido anulado na sequência de recurso unicamente interposto pelo arguido.

Como se escreveu na fundamentação do Acórdão nº173/92, “*o direito de defesa tem que ser assegurado pela intervenção de um defensor livremente escolhido pelo arguido, pela conjugação dos princípios relativos ao ónus da prova em sentido material, pela determinação da máxima liberdade de produção de prova compatível com uma justiça eficaz e expedita, pela*

colocação de limites precisos aos métodos de prova incriminadora, pela estrutura acusatória do processo e pela tramitação contraditória de determinadas fases; e tem de ser assegurado, enfim, pelas garantias de imparcialidade do tribunal que se exprimem, por exemplo, nos princípios do juiz natural e da independência dos tribunais. Todas essas faculdades ou possibilidades são instrumentais do direito da defesa, e justamente por isso é que se integram as garantias de defesa.”

Desta forma se possa entender a garantia constitucional em causa, que deverá ter como base o princípio da protecção global e completa os direitos de defesa do arguido em processo criminal. Englobam-se, sem qualquer margem de dúvida todos os instrumentos necessários para o arguido contrariar a sua posição e acusação.

Incluem-se como dado positivo, que das garantias de defesa do arguido, estão o direito ao recurso, no art.º 32º nº1, II parte, traduzindo-se na reapreciação da questão por um tribunal superior, quer quanto à matéria de direito quer quanto à matéria de facto, sendo uma posição defendida e acolhida pela doutrina e jurisprudência do Tribunal Constitucional, desde sempre.

Resposta à 3ª Questão: sendo uma resposta que aceitamos estar de algum modo relacionada com as duas já avançadas, reportando-se à natureza, à “*rácio*” desta norma. Como se afirmou, qualquer que seja o fundamento da proibição, cfr., GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, 2ª edição, III, págs. 336/7), ele tem o alcance de obstar a que o tribunal superior, possa agravar a pena imposta ao arguido recorrente ou em situação equiparada, acontecendo o mesmo nos países assinalados”.

A construção de um modelo processual penal próprio de um Estado de Direito, coincide com o grau de civilização, cultura e respeito pelos direitos humanos que uma comunidade jurídica detém. À luz da Constituição República Portuguesa, é de todos os tempos, a preocupação dos juristas, políticos, filósofos, e demais pelos direitos do Homem.

Constitui uma forma dos políticos se fazerem respeitar em relação aos povos e elites, dos juristas se imporem, e dos religiosos defenderem os seus princípios. Hoje, na sua generalidade, os Direitos Humanos constituem um conceito de direito constitucional e direito internacional, cuja função é defender, de forma institucionalizada os direitos da pessoa humana contra excessos cometidos pelos órgãos de Estado e promover, paralelamente, o estabelecimento de condições ao desenvolvimento da personalidade humana.

Considerando que os Direitos Humanos sejam protegidos em regime de direito e se tornem uma realidade jurídica, devem estar revestidos da existência de uma sociedade bem organizada e sobre a forma de um Estado de Direito, que os Direitos Humanos se exerçam num quadro jurídico pré-estabelecido, embora variável consoante as circunstâncias ou natureza dos

direitos; que exerçam acompanhados de garantias jurídicas precisas, a fim de imporem respeito no seu cumprimento.

O homem só pode ser livre num Estado Livre. O Estado de Direito supõe um Estado Livre e um Estado de Direito é aquele em que todas as autoridades e todos os indivíduos se encontram interligados por regras gerais de vários conteúdos, pré-estabelecidos pela lei. Acreditamos que os Direitos do Homem devem ser regulamentados pela Constituição da República Portuguesa, pelo poder político ou na lei civil (entre outros códigos), tornando assim os direitos no seu todo, solidários, formando assim uma instituição de um direito positivo, uma realidade jurídica, um efeito social preponderante na sociedade.

A doutrina portuguesa produziu, de muitas circunstâncias das decisões judiciais serem contestadas com base em fundamentos não aceitáveis pelos cidadãos, ferramentas para que essas mesmas decisões sejam passíveis de recorribilidade, respeitando assim parâmetros constitucionais e princípios estruturantes, bem como procurar realizar, no direito processual penal, a máxima concordância entre valores conflituantes.

As garantias de defesa do arguido têm assim influência na admissibilidade e nos termos em que podem ser conhecidos factos novos após a dedução da acusação, com base no princípio do contraditório que tem a sua consagração constitucional, no artigo 32º, nº 5 da Constituição da República Portuguesa. Por outro lado, do princípio da igualdade das partes, concede à parte o direito à informação de que contra ela foi proposta uma acção ou requerida uma providência, tendo assim, em linha recta, por direito à audição antes de ser tomada qualquer decisão, igualmente um direito a conhecer todos os comportamentos assumidos pela outra parte, neste caso, a contraparte e a tomar uma posição sobre as mesmas, usufruindo de um direito a resposta, fundando-se este direito à resposta, numa capacidade, acedida a qualquer das partes, de responder a um acto processual da contraparte, como referimos anteriormente.

Transpõe-se assim, para uma garantia da participação efectiva das partes no decorrer de todo o processo mediante a possibilidade de, em plena igualdade, imbuírem em todos os elementos, sejam eles a alegação, a prova e o direito, que se encontrem em ligação com o objecto da causa, e que em qualquer fase do processo surjam como relevantes para a decisão. Estamos assim perante um princípio de ascendência, que não afasta o direito de defesa intrínseco deste princípio, que é então indissociável do princípio constitucional da igualdade das partes.

A análise destas ferramentas de recorribilidade teórica e prática, poderá ser concretizada por referência à própria evolução história da proibição da “*reformatio in pejus*”, como a comparação das garantias de defesa na Constituição da República Portuguesa com o

regime essencialmente jurisprudencial e de bibliografia existente, e inclusive, através da recolha de experiências legislativas de outros sistemas que dispõem de padrões nas quais se podem encontrar influências ou modelos de comparação. Esclarecemos, que é a partir da origem do princípio da “*reformatio in pejus*” combinando com um enquadramento devidamente no direito sancionatório, como se comporta esta previsão legal, em jurisprudência Argentina, Colombiana, Espanhola, Húngara e Italiana, comparando-a com a disposição legal portuguesa. Questão que aceitamos estar de algum modo relacionada com as duas já avançadas, reportando-se à natureza, à “*rácio*” desta norma.

O préstimo do Direito Comparado revelou um método de um fenómeno jurídico para a comparação e aplicação da ordem jurídica e não se extingue num mero confronto, ou numa comparação de uma coisa com outra ou outras coisas, ou entre, neste caso, ordenamentos diversos, mas sobretudo como elemento para futuras políticas legislativas, além da compreensão dos ordenamentos nacionais e estrangeiros.

No Direito internacional, o começo histórico do instituto nasce a um “*favor rei*”, na conjuntura de um processo penal de figura fortemente inquisitória, carenciado de garantias e em que o arguido era conduzido a mero objecto de investigação, sendo que a proibição era então concebida como um “*beneficium*” concedido ao arguido.

As diversas utilidades do Direito Comparado atingem um destino pragmático da ciência, uma recepção legislativa, cuja ordem jurídica se alinha com o que existe de mais recente no campo do Direito. O mesmo acontecerá nos países assinalados, verificando-se que as legislações provenientes da Europa transmitiam a vedação para que não se pudesse afectar o arguido recorrente e, com isso, causar impedimento ao recurso. Damos especial atenção para a legislação espanhola, que nos informa assim que a proibição da “*reformatio in peius*” a prevenir a resolução de um processo iniciado a pedido de uma parte, pode agravar a situação inicial do requerente.

Em Portugal, no código de 1929 foi discutida no seio da jurisprudência a admissibilidade do instituto em causa, tendo sido acatada pelo assento de 04 de Maio de 1950, acolhendo assim, a agravação da pena aplicada ao arguido em recurso interposto somente pela defesa. Só a 14 de Março de 1969, com a Lei 2.139, se anuiu este “*organismo*”, no que concerne ao recursos ordinários, em recurso interposto pelo arguido ou pelo Ministério Público no seu interesse.

O assento de 04.05.1950, em total ditadura política, admitiu a agravação da pena, no entanto com a Lei 2.139 de 14.73.1969, foi possível reaver a aplicação do princípio em causa honrando os princípios constitucionais em causa, como o princípio do acusatório e do processo

equitativo, estando consagrado desde a revisão constitucional de 1997, logramos em dizer que está consagrado no artigo 32º, nº1 da CRP, o direito ao recurso pela parte do arguido. Afirmamos também que o artigo 409º do Código de Processo Penal português veio ampliar cada vez mais esse direito ao recurso.

Sempre foram apontadas diversas fundamentações para a admissibilidade da proibição da “*reformatio in pejus*”, como a cooperação do Tribunal Constitucional que encontra a sua justificação dogmática, com base no Acórdão nº236/2007, Proc. 201/04, de 30.03.2007 que “*a base constitucional na conjugação da plenitude das garantias da defesa, do princípio do acusatório e das exigências do processo equitativo*”.

O Supremo Tribunal de Justiça, adopta os recursos como “*auxílio jurídico*”, para que se elimine os erros “*in judicando*” e erros “*in procedendo*” da decisão recorrida, estando conexas com a matéria constitucional dos direitos, liberdades e garantias.

Cumpramos igualmente salientar, que embora já tenhamos avançado na esfera dos efeitos processuais do instituto em causa, sempre que o Ministério Público interponha recurso, no interesse do arguido ainda que não recorrente vale a proibição. Porém, não se pode descorar que no recurso extraordinário para determinação de jurisprudência apenas não tem lugar a proibição quando o Ministério Público e o assistente hajam recorrido em desfavor do arguido no processo em que foi dito o acórdão recorrido.

A norma do artigo 409º prevê a proibição genérica, apenas estatuidando que não logram de ser alteradas as sanções em prejuízo do arguido na sua espécie ou medida, não instituindo nenhum critério para as seleccionar.

Vimos que este instituto é aplicado para as penas principais, penas acessórias e penas de substituição, medidas de segurança detentivas e não detentivas e nesta óptica, a proibição ocupa uma posição independente de as sanções aplicadas o terem sido a arguidos imputáveis e inimputáveis.

A proibição da “*reformatio in pejus*” tem que ser vista como um direito constitucional fundamental, estando esplanada no nosso Código de Processo Penal e que aponta rigorosamente evitar que o arguido tivesse receio em ver agravar a sua pena ao exercer o seu direito de defesa através do direito ao recurso.

Chegamos à conclusão através da tarefa realizada de averiguação, que os limites do instituto em causa, desde o seu início, da sua consagração legislativa até aos dias de hoje, se têm vindo a desenvolver, de forma a que a sua estatuição normativa é muito importante numa série de efeitos processuais na introdução metódica pelo legislador no âmbito dos recursos.

O Direito Processual Penal constitucional é um instrumento que se coaduna com a construção dum mundo económico, social, político, cultural, sempre em movimento, com autonomia do Direito com Ética.

Desejamos ter alcançado o objectivo de dar origem a uma discussão onde se procure um estabelecimento relativo à proibição da “*reformatio in pejus*” e às suas consequências jurídicas.

Bibliografia

AGUILAR, Francisco, *Direito ao recurso, graus de jurisdição e celeridade processual*, in *O Direito*, Volume II, Almedina, 2006.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, 2011.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, CARVALHO, Jorge Morais, *Introdução ao Direito Comparado*, 3ª Edição, Almedina, 2017.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1992.

ANTUNES, Maria João, BRANDÃO, Nuno, FIDALGO Sónia, *A reforma do sistema de recursos em processo penal à luz da jurisprudência constitucional*. Separata da Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 15, nº4 (Out./Dez. 2005).

ALTAVILLA, Enrico, *Psicologia Judiciária*, Coimbra, Almedina, 2003.

ALVES, Rogério, *Os Recursos em Processo Penal: Uma espécie em vias de extinção?* in: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Coord.) III Congresso de Processo Penal, Memórias. Coimbra, Almedina, 2010.

BARREIROS, José António, *Sistema e Estrutura do Processo Penal Português, II Volume*, Coimbra Editora, 1997.

BARROSO, Ivo Miguel, *Estudos Sobre o Objecto do Processo Penal*, Vislis, Janeiro, 2003.

BELEZA, Teresa, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *Prova Criminal e direito de defesa*, Coimbra, Almedina, 2010.

BELEZA, TERESA, «*Tão amigos que nós éramos: o valor probatório do depoimento do arguido no processo penal português*», in RMP, Lisboa, ano 19, nº 74, 1998.

BELEZA, TERESA E OUTROS, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, Volume II, Lisboa, Edição da AAFDL, 1992.

CAEIRO, PEDRO, *Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da justiça absoluta e o fetiche da gestão eficiente*, in RMP 84, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1º a 107º*, Vol. 1, 4ª Edição Revista, Coimbra Editora.

CARNEIRO, Alberto Soares, RODRIGUES, L. Barbosa, *Direitos Humanos Textos Fundamentais*, Quid Juris Sociedade Editora, 2011.

CASTRO, Aníbal de, *Impugnação das decisões judiciais*, 2ª ed., Lisboa, Petrony, 1984.

CHIAVARIO, Mario, *Favor Libertatis*, In: CALASSO, Francesco (Dir.) *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1968.

Código de Penal, Almedina, 7ª Edição, 2017.

Código de Processo Penal, Almedina, 4ª Edição, 2016.

CORREIA, Eduardo H. da Silva, *A Teoria do Concurso em Direito Criminal, Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz*, Reimpressão, Almedina, 1998.

COSTA, Adalberto, *Contra-Ordenações Laborais e da Segurança Social*. Porto: Vida Económica, 2010.

COSTA, José Gonçalves da, *Recursos*. In: *Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, Julho de 1995.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *História do Direito Português, Reimpressão da 3ª Edição Coimbra*: Almedina, Novembro, 2005.

CUNHA, Paulo, *Processo de Declaração (apontamentos de Artur Costa e Jaime Lemos)*, tomo II, 3ª ed., Tipografia Augusto Costa & C.ª, Braga, 1994.

DANTAS, António Leones, *Direito das Contra-Ordenações - Questões Gerais*. Coleção de Direito Judiciário. Braga: Aedum, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral Tomo I, Questões Fundamentais A Doutrina Geral do Crime*, 2ª Edição, Coimbra, 2012.

DIAS, Jorge Figueiredo, *A Nova Constituição da República e o Processo Penal*, Revista da Ordem dos Advogados, 1976.

DUARTE, Jorge Dias, *Proibição de reformatio in pejus – Consequências processuais*, *Maia Jurídica, Revista de Direito, Associação Jurídica da Maia*, a. 1, nº2, Jul./Dez. 2003.

ANDRADE, Manuel da Costa, SOUSA, Susana Aires de, ANTUNES, Maria João, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, 2010.

FERREIRA, Manuel Marques, *Da Alteração dos factos objecto do Processo Penal*. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, a. 1, fascículo 2, p. 221-239, abr./jun.1991.

FREITAS, José Lebre de, MENDES, Armindo Ribeiro, *Código de Processo Civil – Anotado*. 2. Ed. Setembro Coimbra, 2008.

GIURIDICA. Roma: *Instituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani*, 1989. V.14.

GRILLI, Luigi, *L'appello nel Processo Penale*. Padova: Cedam, 2001.

GOLDSCHMIDT, James, *Derecho Procesal Civil, Traducción de la segunda edición alemana y del código procesal civil alemán, incluindo como apêndice por Leonardo Pietro Castro*, Barcelona, Labor.

GOMES, Joaquim Correia, *As sentenças absolutórias, o recurso e o provimento condenatório na relação*, Revista do Ministério Público, Ano 31, Abr - Jun 2010.

GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Internacional Penal, Uma Perspectiva Dogmático-Crítica*, Almedina, 2015.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona: Bosch: Casa, 1084.

HENRIQUES, Manuel Leal, SANTOS, Manuel Simas, SANTOS, João Simas, *Noções de Processo Penal*, Rei dos Livros, 2010.

ISASCA, Frederico. *Alteração Substancial dos Factos e a sua Relevância no Processo Penal Português*. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

LOPES, Mara, *O princípio da proibição da reformatio in pejus como limite aos poderes cognitivos e decisórios do tribunal – sentido e verdadeiro alcance*, In: ANDRADE, Manuel da

Costa, ANTUNES, Maria João, SOUSA, Susana Aires de (Org.), *Ars Iudicandi, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, 2010, v.3, p. 949-996.

LOZZI, Gilberto, *Favor rei*, In: CALASSO, Francesco (Dir.), *Enciclopedia del Diritto*. Milano, Giuffrè, 1968, v. 17, XXV, p. 10-36.

Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Código de Processo Penal, Comentários e Notas Práticas*, Coimbra, Abril, 2009.

MARÇALO, Paula, *Estatuto do Ministério Público Anotado*, Coimbra Editora, 2011.

MASSA, Carlo, *Reformatio in peius (divieto di)*, In, PARADISI, Bruno (Dir.), *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, v.26.

MEDEIROS, Rui, MIRANDA, Jorge, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo II, Organização Económica, Organização do Poder Político, Artigos 80º a 201º*, Coimbra Editora, 2006.

MEDEIROS, Rui, MIRANDA, Jorge, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo II, Organização do Poder Político, Garantia e Revisão da Constituição, Disposições finais e transitórias, Artigos 202º e 206º*, Coimbra Editora, 2006.

MELLO, Alberto de Sá, *O objecto do Processo Penal – sua determinação*, *Revista da Ordem dos Advogados*, a.42, v.II, p.391-447, maio/ago.1982.

MENDES, António de Oliveira, CABRAL, José dos Santos, *Notas ao Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas*, 3ª ed. Coimbra, Almedina, Maio 2009.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *O Sistema de Recursos em Processo Civil e em Processo Penal*, Coimbra Editora, 2006.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Preliminares, O Estado e os Sistemas Constitucionais, Tomo I*, 9ª Edição, Coimbra Editora.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Vol. II, Tomo III, Estrutura Constitucional do Estado, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2014.

MONCADA, Cabral, *Estudos de história do direito. Acta universitatis conumbrigensis, Vol. I*, Coimbra, 1948.

MORENO, José María Ruiz, *La Prohibición de Reformatio in Pejus em el Processo Penal Español: su Consideración de Reformatio in Pejus em el Processo Pena Español: su Consideración a la Luz de la Jurisprudencia*, Ciuze Menor (Navarra), Aranzadi, 2010.

NETO, Manuela, *Dos Recursos*, 2ª Edição, Porto, Elcla, 1996.

NEVES, Castanheira, *Sumário de processo criminal*, Coimbra, 1967 – 1968.

PATRÍCIO, Frederico de Lacerda da Costa, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova (CMVM)*, Coimbra, Almedina, 2009.

Projecto de Lei 4/IX, *Actas da Câmara Corporativa*, n.85, IX Legislatura – 1969, 06 de Março, Disponível em: <http://debates.parlamento.pt/>

REIS, J. Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, Coimbra Editora, 2012.

REIS, Pedro, *Dever de verdade – Direito de mentir. História do pensamento jurídico*, in FDUL, Coimbra Editora, 2007.

RISTORI, Adriana, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Coimbra, Almedina, 2007.

RODRIGUES, José Narciso da Cunha, “Recursos”, in *O Novo Código de Processo Penal (Jornadas de Direito Processual Penal)*, Coimbra, Livraria Almedina, 1988.

ROXIN, Claus, *La evolution de la politica criminal, el derecho penal y el processo penal*, Valência: Tirant lo Blanch, 2000.

ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal, Traducción dela 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor revisada por Julio B. J. Maier*, Buenos Aires: del Puerto s.r.l., 2000.

ROXO, Manuel M., OLIVEIRA, Luís C, *O Processo de Contra-Ordenação Laboral e de Segurança Social*, Coimbra: Almedina, Novembro, 2009.

SÁ, Liliana da Silva, *O dever de contribuição no interrogatório no processo penal português*, un RMP, ano 27, nº107.

SANCHÉZ, Suárez Alberto, *El Debido Processo Penal. 2 ed. Bogotá, Universidade de Columbia*, 2001.

SALINAS, Henrique, *Os limites objectivos do ne bis in idem e a Estrutura Acusatória no Processo Penal Português*, Universidade Católica Editora, 2014.

SANTOS, Manuel Simas, *Nótulas sobre a revisão dos recursos em Processo Penal*, *Revista do Ministério Público*, a. 27, nº 108, p. 43-76, 2006.

SANTOS, Gil Moreira dos, *Princípio e Prática Processual Penal*, Coimbra Editora, 1ª Edição, 2014.

SEIÇA, Medina de, *O Conhecimento probatório do co-arguido*, Coimbra, 1999.

SILVA, Germano Marques da, *Direito Processual Penal Português, Nocções Gerais Sujeitos Processuais e Objecto*, Universidade Católica Editora, Vol. I, 2013.

SILVA, Germano Marques da, *Direito Processual Penal Português, Do Procedimento (Marcha do Processo)*, Universidade Católica Editora, Vol. III, 2014.

SILVA, Germano Marques da, *Direito Processual Penal Português, Parte Geral III, Teoria das Penas e Medidas de Segurança*, Editora Verbo, 2ª Edição, 2008.

SILVA, Sandra Oliveira, *A protecção de testemunhas no processo penal*, Coimbra Editora, 2007.

SILVEIRA, Noronha, *Pluralidade de partes na fase dos recursos em processo civil*, Coimbra, Almedina, 1981.

TEIXEIRA, Carlos Adérito, *Princípio da Oportunidade – Manifestações em Sede Processual Penal e a Sua Conformação Jurídico – Constitucional*, Reimpressão da edição de janeiro 2000, Coimbra, Almedina, Setembro, 2006.

TORRÃO, Fernando, *A Relevância da suspensão provisória do processo*, Almedina, 2000.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Do Ministério Público e da Polícia, Prevenção Criminal e Acção Penal como execução de uma Política Criminal do Ser Humano*, Universidade Católica Editora, 2013.

VELOSO, José António, *Pena Criminal*, *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 59, V. II, p.519-563, Abril, 1982.

VEIGA, Catarina, *Considerações sobre a relevância dos antecedentes criminais do arguido no processo penal*, Almedina Coimbra, 2000.