

## **Os poderes de cognição das Relações em matéria de facto em processo penal**

\*

*O presente texto, com algumas alterações, serviu de base à comunicação apresentada no colóquio sobre RECURSOS, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários no âmbito do programa de Formação Contínua, que teve lugar no Tribunal da Relação de Lisboa em 30.10.2012 e abarcou todas as Relações do país por via de vídeo-conferência.*

*Encontra-se publicado na revista jurídica “Terra de Lei”, ano 2, nº 3, 2013, e integra e.book sobre Recursos editado pelo CEJ.*

*Não é mais do que um conjunto de notas práticas para a discussão sobre a actuação da segunda instância em matéria de facto, que não tem outra pretensão que não a de contribuir para um diálogo que urge, volvidos quinze anos de prática do actual modelo do Código de Processo Penal.*

*Não pretende discutir o modelo, ao nível do questionamento das soluções de política legislativa que consagra, bem como deixa de fora questões importantes, como a da eventual relevância do “sentido” do recurso na avaliação da decisão de facto – condenação/absolvição, no caso de recurso interposto pelo arguido; absolvição/condenação, no caso do recurso interposto contra o arguido.*

*A comunicação desenvolveu-se em dois trechos, versando o primeiro sobre “o que temos feito”, o segundo sobre “o que pode ser feito”, deixando em aberto a pergunta final “o que pode ser feito, deve ser feito?”*

*Manteve-se o estilo coloquial do texto.*

\*

O processo, como forma de realização da jurisdição – jurisdição entendida como poder de fixar os factos e de dizer o direito – tem como objecto o facto humano.

Mas sabe-se, com Castanheira Neves, que o “objecto de uma determinada apreciação ou qualificação jurídica nunca é o facto puro, o acontecer fáctico em seu carácter imediato, mas uma imagem representativa já performada pela consciência, que se funda em percepções (do próprio julgador ou de outrem) mas que para além disso está já ordenada em categorias e interpretada em conformidade com a experiência. (...) Só é recolhido no relato, e afinal na situação de facto a julgar, aquilo que na opinião do julgador ou relator, apresenta alguma relação com o núcleo do acontecimento e está submetido a uma apreciação jurídica” (A Distinção entre a Questão-de-Facto e a Questão-de-Direito e a Competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de revista, Digesta, vol. I, pp 483-530).

Todos estamos de acordo em que o julgamento em primeira instância é o momento ideal do processo para averiguação e descrição da acção humana penalmente relevante.

É no julgamento que melhor se discute a causa penal, reconhecendo-se embora que “uma conclusão de facto inteiramente segura raramente é possível” e que o julgador “na maior parte dos casos tem que se contentar com uma probabilidade muito forte” (Castanheira Neves, loc. cit.).

No entanto, a *oportunidade* do julgamento em primeira instância, para indagação sobre essa probabilidade, não se repetirá no processo.

Também sabemos, com Perfecto Ibañez, que “a matéria-prima da sentença não é, afinal, constituída por factos mas antes por enunciados linguísticos relativos a acções, que podem ou não ter ocorrido e que por isso importa saber se são verdadeiros ou falsos”. E que “os factos, como parte do passado, não são constatáveis por alguém que, como o juiz, opera no presente e não pode experienciá-los” (Sobre a Formação Racional da Convicção Judicial, Rev. Julgar nº 13, pp. 155-173).

O Tribunal Constitucional tem afirmado o princípio da verdade material como valor constitucional e a indisponibilidade duma justiça material baseada na verdade dos factos. (entre muitos, TC 137/2002)

Nas palavras do legislador de 1987, com a autonomização dos recursos em processo penal visou-se “contrariar a tendência para fazer do recurso um labor meramente rotineiro executado sobre papéis, convertendo-o num conhecimento autêntico de problemas e conflitos reais, mediatizado pela intervenção motivada de pessoas. Por isso se submeteram os recursos ao princípio geral da estrutura acusatória, com a conseqüente exigência de uma audiência onde fosse respeitada a máxima da oralidade” (Exposição constante do Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de Fevereiro).

Na mesma Exposição, alertou-se para que “é logo na primeira instância que se começa por dar expressão à garantia ínsita na existência de uma dupla jurisdição”.

Mais se disse que “o Código aposta confiadamente na qualidade da justiça realizada a nível da primeira instância”. E falou-se na necessidade de “reconverter, até certo ponto, as mentalidades de alguns dos protagonistas do sistema”.

Consagrou-se o que se veio a designar por *revista alargada*, traduzida no reexame da matéria de facto a partir do texto da decisão e das regras da experiência comum, para detecção de determinados vícios – os previstos no art. 410º, nº2 do Código de Processo Penal.

Em 2005, em comunicação apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do debate público sobre a reforma dos recursos em processo civil e processo penal, Maria João Antunes referia:

“Na tarefa de operar a concordância prática das finalidades do processo penal, irremediavelmente antinómicas e antitéticas, não pode deixar de se considerar, na esteira do que o Tribunal Constitucional tem vindo a decidir, que o direito ao recurso enquanto garantia de defesa do arguido é suficientemente tutelado através da consagração do grau único do recurso e da dupla jurisdição em matéria de facto, segundo o modelo da revista alargada, quando estão em causa acórdãos de tribunais colegiais.

O sistema de recursos da versão primitiva do CPP assentava no respeito por esse núcleo essencial e irreduzível do direito ao recurso do arguido, deixando espaço para o máximo conteúdo possível das outras finalidades do processo penal, pelo que qualquer alteração que venha a ser introduzida na matéria dos recursos não pode deixar de sopesar aquele sistema e o actualmente vigente” (Maria João Antunes, Nuno Brandão, Sónia Fidalgo, A Reforma do Sistema de Recursos em Processo Penal à Luz da Jurisprudência Constitucional, RPCC ano 15, nº 4, pp. 609-622).

Damião da Cunha, em comentário à proposta de revisão do Processo Penal de 1998, alertara: “A qualidade da administração da justiça penal mede-se nas decisões de primeira instância. (...) Se a qualidade das decisões de primeira instância parece merecer censura a questão que deve ser equacionada é exactamente se o remedeio para a doença é o recurso ou se, pelo contrário, este não deveria ser encontrado no processo de primeira instância. Acreditar que é num juízo posterior, baseado numa análise parcelar e documental ou mediata de prova produzida noutra local, que se pode precatur as deficiências do juízo de primeira instância, é aspecto que suscita fundadas dúvidas – pois a uma decisão injusta apenas se segue outra que não garante melhor justiça. (...) É questionável se uma eventual injustiça de decisão de primeira instância pode ser prevenida por um juízo efectuado por um tribunal que não tem acesso pleno à matéria de facto” (A Estrutura dos Recursos na Proposta de revisão do CPP – Algumas Considerações, RPCC, ano 8, pp. 251-275).

A reforma de 1998 veio assegurar o recurso efectivo da matéria de facto.

Damião da Cunha preveniu que “como é evidente, o recurso em matéria de facto tem de ser um efectivo recurso em matéria de facto e não pode ser subvertido numa qualquer forma de duplicação de recurso exclusivo de matéria de direito”.

Mais apontou que este recurso veio dar resposta a “uma reivindicação mais ou menos persistente na prática, reveladora de algum *mal-estar quanto à Administração da justiça penal*”.

Tal descontentamento persistia em 2007, tendo sido verbalizado pelo então Bastonário da Ordem dos Advogados (Rogério Alves), no Simpósio em Homenagem a Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal, da forma seguinte: “Uma vez mais o sistema não funcionou de acordo com o esperado. Pelo contrário. Permaneceu bloqueado, muito pela aliança férrea celebrada entre dois outros constrangimentos (...): o princípio da livre apreciação da prova, que se tem mostrado um filtro implacável posto em defesa da decisão em matéria de facto, e o princípio das exigências de forma sobre a análise do fundo, estribado numa orientação jurisprudencial adoptada na interpretação da lei vigente – mais do que decisões onde se discutisse a prova e as mudanças impostas (ou não) na factualidade apurada, assistimos a decisões sobre questões formais. Não deixa de impressionar o número de recursos rejeitados por razões formais, ligadas à motivação e às conclusões, e as fortes restrições impostas à procedência de recursos em matéria de facto. (...) – Estas duas linhas defensivas blindam a integridade da decisão de facto proferida pela primeira instância e inviabilizam a prevista e quase nunca usada renovação de prova. (...) Os recursos têm estado debaixo de fogo. Em vez de serem olhados como o meio de corrigir erros de julgamento e de aperfeiçoar a justiça, são exibidos como matéria dilatória, cujo uso representa, em regra, abuso” (Que Futuro Para o Direito Processual Penal, 2009, pp.127-134).

Esta tensão entre *o momento do julgamento* e *o momento do recurso*, bem como a desconfiança na possibilidade de *reparação posterior* de um erro de facto, mantêm-se actuais.

A fundamentação da sentença garante a possibilidade do seu controlo endoprocessual e extraprocessual. Mas uma sentença *bem motivada*, na parte que nos interessa aqui – da motivação da matéria de facto –, apenas explica adequada e suficientemente *porque é que o juiz se convenceu*.

Não garante, por si só, que o juiz se convenceu *bem*.

É este controlo – o de averiguar se o juiz se convenceu *bem* – que o recurso da matéria de facto viabiliza.

Distingue-se da *fiscalização através do texto*, dirigida essencialmente a testar a capacidade do juiz se expressar devidamente, sendo antes uma *fiscalização através das provas*.

É esta a sindicância que se pede ao tribunal de recurso que conhece de facto, e que, se aligeirada ou mal percebida, pode transformar o recurso numa duplicação da revista alargada.

É que o erro de facto não é o erro *notório* de facto.

O erro notório está patente no texto. Ocorre quando o juiz *não soube explicar porque se convenceu*; é sindicável por via do art. 410º- nº2 do CPP, que trata dos vícios *da decisão*.

Estamos aqui a falar de outro erro, do *não notório*. Não notório, e, como tal, mais difícil de detectar, o que exigirá maior empenho na actividade desenvolvida pelo tribunal de recurso.

*Erro de difícil detecção não é ausência de erro.*

O erro de facto ocorre sempre que o episódio de vida descrito na sentença *não aconteceu*, ou não aconteceu *assim*.

No recurso da matéria de facto competirá às Relações – sempre de acordo com o pedido do recorrente – detectar e reparar o erro de facto, não apenas o notório, o evidente ou o grosseiro.

O que temos feito:

O Supremo Tribunal de Justiça pronuncia-se sobre o conhecimento da matéria de facto pelas Relações, em inúmeros acórdãos, dizendo, quase textualmente:

- Que o reexame da matéria de facto pelas relações não corresponde a um segundo julgamento, como se não tivesse havido o da primeira instância;
- Que visa a correcção de erros de julgamento;
- Que a sindicância dos erros de julgamento exige que o tribunal de recurso aprecie de forma completa os concretos fundamentos do recurso;
- Que o recurso em matéria de facto (...) não pressupõe uma reapreciação total do complexo da prova produzida que serviu de fundamento à decisão recorrida, mas apenas uma reapreciação autónoma sobre a razoabilidade da decisão tomada pelo tribunal a quo quanto aos «pontos de facto» que o recorrente considere incorrectamente julgados;
- Que se se não exige uma avaliação global, impõe-lhe, todavia, que confronte o juízo sobre os factos do tribunal recorrido com a sua própria convicção determinada pela valoração autónoma das provas que o recorrente identifica nas conclusões da motivação, não bastando uma referência mais ou menos genérica à fundamentação da decisão recorrida;
- Que lhe é exigível que demonstre que, no caso concreto, a matéria de facto, tem efectivo suporte na fundamentação, avaliando e comparando especificadamente os meios de prova

indicados na decisão recorrida e os meios de prova indicados pelo recorrente e que este considera imporem decisão diversa;

- Que a fundamentação consistente em “estereótipos perfeitamente adaptáveis a qualquer processo e a qualquer recurso (...) sem a consideração de qualquer elemento concreto susceptível de a indexar àquele concreto processo e àqueles concretos factos impugnados” não satisfaz as exigências de fundamentação;

- Que o art. 32º, nº1 da CRP que consagra (...) o direito ao recurso exige uma apreciação substantiva e não meramente formal da decisão de facto (ver entre muitos, STJ 20-09-2006 e 23.05.2007, Henriques Gaspar, STJ 08.11.2006, Sousa Fonte, STJ 23-11-2011, STJ Oliveira Mendes, STJ 14-04-2011, Souto Moura, todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

O Tribunal Constitucional deu sempre relevância aos poderes de cognição das Relações em matéria de facto, quer sindicando negativamente a inadmissibilidade deste recurso no Código de Processo Penal de 1929 e também no Código de Processo Penal de 1987 quando ainda inadmissível relativamente a decisões do tribunal colectivo e de júri, quer actualmente, nas decisões em que o tribunal superior se fica pela constatação de que os elementos de prova constantes do exame crítico da sentença resultaram da prova produzida *sem proceder à avaliação crítica dessa mesma prova* (TC 116/2007).

Na leitura do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, embora o direito ao recurso não resulte do disposto no art. 6º da Convenção, devem os recursos obedecer às regras mínimas exigíveis a um processo equitativo (o duplo grau de jurisdição em matéria penal está consagrado no art. 2º do protocolo nº 7, de 1984).

Como temos presente, a segunda instância tem vindo a reconhecer que os seus poderes de decisão da matéria de facto sofrem limitações decorrentes da ausência de imediação e de oralidade, o que, associado à margem de livre apreciação da prova do juiz de julgamento, reduz *consideravelmente* as possibilidades de escrutínio da decisão de primeira instância. Conclui, então, só poder alterar o decidido em primeira instância se as *concretas provas* indicadas pelo recorrente *impuserem decisão diversa da proferida*.

#### O que pode ser feito

Tem havido acordo em que o recurso da matéria de facto não é um segundo julgamento e visa apenas a detecção e reparação do erro de facto.

Não é um segundo julgamento desde logo porque o objecto do recurso é definido pelas conclusões do recorrente e este selecciona e escolhe os pontos de facto que considera incorrectamente julgados, assim formatando e confinando os poderes de cognição

da Relação. O objecto (da decisão) do recurso dificilmente coincidirá com o objecto da sentença recorrida.

Não é um segundo julgamento – igual ou como se não tivesse havido o da primeira instância – porque aquilo que se pede à Relação é que syndique o juízo de apreciação de prova já efectuado por outro tribunal, e não que decida – directamente – da verosimilhança dos factos de uma acusação e de acordo com a totalidade das provas.

Pede-se-lhe que efectue um *controlo do julgamento (de facto)*, e não que repita ou reproduza *esse julgamento*.

Mas a sindicância deste juízo sobre a prova – sindicância de uma convicção alheia, do juiz de julgamento – só se concretiza (re)apreciando a mesma prova, prova esta sempre mediadora entre o facto e o juiz .

Implica, mediadamente, um (re)exercício sobre a prova produzida em julgamento, agora de acordo com o pedido do recorrente - a especificação de concretas provas, reapreciadas a se e/ou ainda no conjunto das restantes.

Tendo-se pretendido com a Revisão de 1998 que o recurso da matéria de facto seja “um efectivo recurso em matéria de facto” e não “uma duplicação ou imitação de recurso exclusivo de matéria de direito”, qualquer decisão estritamente formal, estereotipada, adaptável a qualquer processo e a qualquer recurso, desindexada do concreto caso e das concretas provas, não assegura o direito ao recurso, na leitura insistente do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal Constitucional.

O primeiro enunciado adiantado – o de que *o recurso da matéria de facto não é um segundo julgamento e serve apenas a detecção/reparação do erro de facto* – coloca novas interrogações: em que se traduz a detecção do erro de facto? O que pode fazer o Tribunal da Relação para cumprir o mandado de detecção deste erro? Quais as exigências e os limites de cognição das Relações em matéria de facto? Qual a sua margem de actuação, colocando-nos agora no plano da valoração e da apreciação da prova? Qual o *quantum* de apreciação *efectiva* consentido e exigido?

Na vertente dos *resultados*, sabemos que a Relação tem *poderes para modificar a matéria de facto*, desde que se esteja perante *alguma* das hipóteses previstas no art. 431º do Código de Processo Penal – se do processo constarem todos os elementos de prova que serviram de base à decisão, se a prova tiver sido impugnada nos termos do art. 413º- n.º3 ou se tiver havido renovação da prova.

Mas na vertente da apreciação (das provas), o recurso da matéria de facto não é um segundo julgamento.

Esta *afirmação*, ou melhor, *negação*, pode revelar-se falaciosa na forma como se apresenta formulada.

É que *segundo julgamento* nunca o poderia ser, no modelo legal instituído.

Falar de segundo julgamento pressuporia, em simultâneo, quer uma repetição de toda a prova, quer uma reapreciação da prova repetida.

E não podem confundir-se os planos da *produção* da prova e da *valoração* da prova.

Sendo legalmente *irrepetível* o desenvolvimento em contraditório da audiência de julgamento que teve lugar em primeira instância, também as perguntas que o juiz ali colocou, deixou de colocar, permitiu ou não fazer, *condicionam posteriormente* a decisão das Relações.

Na expressão de Perfecto Ibañez, “na ausência de perguntas bem orientadas o cenário do crime permanece silencioso” (loc. cit.).

Mas quando afirmamos que o recurso da matéria de facto não é um segundo julgamento estamos também a querer dizer que não é uma reapreciação das provas produzidas e examinadas na audiência em primeira instância.

Este segundo enunciado – *afirmar que “o recurso da matéria de facto não é um segundo julgamento” é declarar que não é uma (segunda) reapreciação da prova* – sugere novas interrogações: porque é que o recurso da matéria de facto não pode consentir uma ampla reapreciação da prova na segunda instância?

Existe obstáculo legal a que o Tribunal da Relação, na sua missão de detecção do erro de facto, possa reapreciar toda a prova, e que o faça numa posição muito próxima da do juiz de julgamento, cuja convicção lhe é pedido que sindique?

A sindicância de uma convicção não exige, na prática, que se refaça o mesmo percurso das provas deslindado no exame crítico da sentença?

Será inevitável que “a matéria de facto só possa ser alterada se contrariar de forma *notória* as regras da experiência, da lógica, do senso comum, dos conhecimentos científicos; se assentar em métodos proibidos de prova ou em meios de prova subtraídos à livre apreciação do tribunal” (Maia Gonçalves, Código de Processo Penal anotação art. 431º), como continuamente afirmamos?

Não evidenciará esta posição a duplicação da revista alargada? Não seria tudo aquilo detectável e escrutinável logo através da análise do texto da sentença? E será de aceitar que a matéria de facto não deva ser alterada “quando estamos em presença *apenas* de duas versões sobre os factos e o julgador tenha optado por uma delas que seja plausível segundo as regras da experiência”? (Maia Gonçalves, loc. cit.)



Sabemos que, por vezes, o recorrente indica como concretas provas todas (ou quase todas) as provas, o que, também muitas vezes, é pelas Relações considerado como *mero pedido de segundo julgamento como se não tivesse havido julgamento em primeira instância* e como *motivo de rejeição do recurso*.

Considera-se, então, que o tribunal de recurso não pode substituir-se ao tribunal de julgamento porque, tendo embora acesso a todas as (mesmas) provas, não dispôs da *imediação*.

E será esta ausência de relação de proximidade entre o julgador e as provas – aliada a um princípio de livre apreciação das provas (art. 127º do Código de Processo Penal) – que justificará a *compressão* do alcance da segunda instância para conhecer de facto.

Costumam focalizar-se nesta ausência de imediação as limitações à capacidade de apreciação das provas pelo tribunal de recurso.

No mais, a segunda instância reger-se-ia pelos mesmos princípios, obedeceria às mesmas regras e disporia dos mesmos meios de (e para) valoração da prova e formação da convicção. Actuando sempre, embora, no *desvio* relocalizador de “decisão sobre a acusação” para “decisão sobre a sentença”.

Se é certo que o Tribunal da Relação syndica uma convicção – a do juiz de julgamento – não pode deixar de, para tanto, formar, também ele, um juízo sobre as provas.

Daí que o Supremo Tribunal de Justiça já tenha também entendido que “em sede de conhecimento do recurso da matéria de facto, impõe-se que a Relação se posicione como tribunal efectivamente interveniente no processo de formação da convicção, assumindo um reclamado «exercício crítico substitutivo», que implica a sobreposição, ou mesmo, se for caso disso, a substituição, com assento nas provas indicadas pelos recorrentes, da convicção adquirida em 1.<sup>a</sup> instância pela do tribunal de recurso, sobre todos e cada um daqueles factos impugnados, individualmente considerados, em vez de se ficar por uma mera atitude de observação aparentemente externa ao julgamento” (30-11-2006, Pereira Madeira).

Fixado o 3º enunciado – *a capacidade de reapreciação da matéria de facto pelo Tribunal da Relação sofre limitações decorrentes da falta de imediação* – cumpre, então, questionar: a que falta (de imediação) nos referimos? A uma privação *total*, como genericamente se parece afirmar? E quais as consequências dessa privação, ou em reverso, qual o *plus* concretamente acrescido por via da imediação?

Mesmo para além dos casos de renovação da prova (art. 430º CPP), as Relações não estão totalmente desprovidas de imediação. Têm-na desde logo, e aqui na exacta

medida do juiz de julgamento, relativamente a todas as provas reais (no sentido de todas as *outras* provas, não pessoais: documentos, exames, perícias, apreensões, vigilâncias...). Têm-na relativamente à prova gravada/*escutada* – por via do acesso directo à documentação da prova, potenciado com o fim das transcrições que até 2007 mediatizavam o acesso. Ou seja, mesmo relativamente à prova *pessoal* existe uma imediação *parcial*.

A prova pessoal ou oral revela-se, ao que aqui interessa, em duas componentes: de voz e de imagem. O tribunal ad quem fica privado da relação de proximidade com a *imagem* da pessoa que intervém no julgamento, na qualidade de arguido, testemunha ou declarante. Mas dispõe do acesso directo à voz do autor dos relatos, e pode apreender tudo o que, no processo comunicacional, é transmissível através da voz (gravada).

Não deve falar-se por isso de uma total ausência de imediação, mesmo na parte referente à prova pessoal.

E alguns autores têm vindo até a defender que o juízo sobre as potenciais valências da *imediação* deve ser mais contido. E que deve combater-se alguma crença exagerada no que através dela se pode obter, questionando tanto a aposta nas capacidades do juiz que vê directamente a prova, para ler os sinais que assim pode apreender directamente, como na incapacidade do juiz que já não pode ver e, logo, apreender directamente esses mesmos sinais.

Alertam para que *esta* sobreavaliação do papel da imediação, *desta forma ou neste sentido*, poderá assentar numa concepção de juiz “leitor iluminado”, de juiz “sobredotado ou treinado para distinguir a verdade da mentira”. Parecendo para tanto bastar encontrar-se em contacto directo com a prova pessoal.

Aposta-se num juiz com conhecimentos psicológicos de interpretação sobre a credibilidade do declarante e a fiabilidade do declarado, próximo de um juiz-adivinho.

Ibañez questiona este “conhecimento de base subliminar que seria relevante na mística da imediação”, considerando até que “*deve privilegiar-se o que é recebido sob a forma verbal*”, mais do que sob a forma visual, “muito mais objectivável no imprescindível cruzamento de toda a informação probatória procedente das diversas fontes” (loc. cit.).

Este autor (que é também juiz, do Supremo Tribunal de Justiça de Madrid) considera que a linguagem gestual – a tal que o juiz da Relação não vê – tem um valor.

*Mas essa valia não é a que lhe damos.*

É, sim, a de “relevar como orientador de quem efectua o interrogatório ou a inquirição, que em função da atitude do inquirido ou interrogado, poderá orientar ou modelar as suas perguntas, persistindo ou não em determinada linha”.

E aí sim, a imediação revelar-se-ia como um *plus* em primeira instância.

O juiz deve apreciar a declaração ou o depoimento, cotejando-os com o conjunto das outras provas, mas “abstendo-se de extrair arriscadas conclusões de psicólogo”.

O que nos alerta, afinal, para a fragilidade da segurança da leitura dos tais sinais gestuais e de mímica, para a debilidade da decisão de facto dependente desta (in)capacidade do juiz, pretensamente apto a avaliar sinais de verdadeiro e de falso, quando (ou porque, ou desde que) em contacto directo com as testemunhas.

Dá Mesquita fala mesmo na “existência de estudos empíricos que apontam até para a mais valia no plano da capacidade analítica da experiência de audição de um testemunho vídeo por comparação com o testemunho ao vivo”. E alerta para que “a tese de que através das regras da experiência comum e do comportamento não verbal se podem extrair conclusões fiáveis sobre a veracidade do testemunho é objecto de profundas dúvidas” e que “por outro lado, a percepção dos sinais emitidos pela testemunha (alegadamente reveladores da sua integridade e segurança) releva-se carecida de relevo gnoseológico relativamente a testemunhas honestas e confiantes mas enganadas” (A Prova do Crime e o Que se Disse Antes do Julgamento, Coimbra Editora, 2011).

Assim, se o que limita os poderes de cognição do Tribunal da Relação em matéria de facto é a ausência de imediação, e se a ausência de imediação se verifica apenas no que é dado pela *imagem* da prova pessoal – sendo que, em relação a tudo o mais, a segunda instância mantém uma relação de proximidade com as provas muito semelhante à do juiz de julgamento – podemos completar que o Tribunal da Relação pode reapreciar as provas com uma limitação decorrente da privação do acesso à *imagem* da prova pessoal. Acesso este de valia não absoluta, mas relativa e ainda questionável.

Há agora que reconhecer que a Relação *não intervém* na produção da prova. Não interroga, não inquire, não pode colocar a questão que eventualmente tenha ficado por colocar.

O juiz que decide o recurso é nesta medida um juiz-espectador, por contraposição ao juiz-actor de primeira instância.

E esta limitação não pode deixar de condicionar, também por esta via, ou sobretudo por esta via, as capacidades de cognição da Relação em matéria de facto.

Formulado o 4º enunciado – *O Tribunal da Relação reaprecia as provas com a limitação decorrente da privação do acesso à imagem da prova pessoal e da possibilidade de interagir na produção da prova* – passamos a ler a al. b) do nº 3 do art. 412º do Código de Processo Penal, no segmento “provas que *impõem* decisão diversa da recorrida”.

Diz o preceito: “quando impugne a decisão proferida sobre a matéria de facto, o recorrente deve especificar as concretas provas que *impõem* decisão diversa da recorrida”.

Esta norma dirige-se *ao recorrente* – “quando impugne... o recorrente deve”. Visa impor-lhe um *ónus de especificação para a impugnação* da matéria de facto. É uma norma de conduta processual ou de procedimento, cujo desrespeito acarreta consequências para quem recorre. Não visa reduzir as condições de acesso ao recurso, mas antes orientar o recorrente na formulação de um pedido *claro*.

Não visa também imediatamente disciplinar, nem directamente limitar, os poderes de cognição da Relação. Não é uma norma *de definição* ou *de limitação* de poderes, sem prejuízo de resultar dela, *mediatamente*, um *indicador de sentido interpretativo* dos poderes de cognição da Relação em matéria de facto, limitando-os para menos.

Limitando-os para menos quanto à posição (perante as provas) em que se encontrará o juiz de julgamento – posição de vantagem na vertente da imediação, mas apenas no sentido que referimos; posição de vantagem, sobretudo, na vertente da própria intervenção na produção contraditória das provas.

Limitando-os relativamente ao que a cada uma das Instâncias é pedido, permitindo inferir a dissemelhança de *planos* em que estas se situam, competindo à Relação apreciar da razoabilidade da convicção exteriorizada na sentença.

Mas a norma não proíbe que o tribunal ad quem possa (re)julgar a matéria de facto (sempre com a amplitude resultante do pedido do recorrente).

Se, por exemplo, a primeira instância incorreu em erro de facto por via de uma deficiente análise de *todas as provas no seu conjunto* – o que pode ocorrer no caso de valoração de prova(s) indirecta(s) –, e não de uma concreta prova individualizável no conjunto das restantes, nada impede também aqui a possibilidade de escrutínio da decisão de facto.

O Recorrente deve, então, indicar *todas as provas* como concretas provas. Pode também querer discutir *todos os factos* se forem esses os concretos factos incorrectamente julgados, de acordo com a sua definição do objecto do recurso. Bastando-lhe que o faça explicitando de uma forma *compreensível* em que consistiu, na sua visão, o erro de facto.

Discordamos, pois, de uma abstracta e rígida descredibilização desta forma de impugnação.

Dispondo, como dispõe, da documentação de toda a prova, o Tribunal da Relação pode vir a decidir que esta (toda a prova) conduz a resultado diverso, se for caso disso.

Também a falta de imediação, de oralidade, de contraditório, aliados a um princípio de livre apreciação das provas, não devem constituir abstracto e genérico, e sempre recorrente, *impedimento* de conhecimento de facto pelas Relações.

Esta mesma problemática coloca-se afinal em todos os recursos. Logo, ela tem de conviver com o modelo actual do Código de Processo Penal, sob pena de auto-demissão das Relações da função de decisoras do recurso de facto.

Haverá fundamento legal e sério para diferenciar *materialmente, a um nível tão elevado*, as possibilidades de cognição de facto do tribunal *a quo* e do tribunal *ad quem*?

Estará a Relação impedida de reapreciar *todas* as provas, se indicadas pelo recorrente como *concretas* provas que impõem decisão diversa da recorrida?

Poder-se-á simplesmente dizer que o recurso da matéria de facto não pode ser apreciado porque o recorrente pretende através dele «discutir a convicção que o tribunal formou quanto à prova, com base numa visão ou versão probatória do recorrente»?

Restará à segunda instância a mera triagem de eventuais violações de regras e princípios de direito probatório ostentadas na sentença?

As possibilidades de cognição da Relação em matéria de facto não podem ater-se a um simples exercício sobre o texto da sentença, nem cingir-se à vigilância através dele do cumprimento de regras e princípios de prova. Tudo isto se encontrava já, afinal, viabilizado pelo art. 410º, nº2 do Código de Processo Penal de 1987, e redundaria num esvaziamento prático do recurso da matéria de facto.

Intercalava ainda o seguinte:

O recurso efectivo da matéria de facto apresenta hoje uma outra virtualidade, que é a de permitir, no reverso, *preservar a sentença nos casos em que o juiz de julgamento não se soube exprimir devidamente*. Ou seja, naquelas situações em que a primeira instância  *julgou realmente bem* (de facto), mas *fundamentou deficientemente a convicção* (de facto).

Na análise das provas efectuadas em segunda instância, a Relação, porque também em contacto com as provas, pode hoje *confirmar a boa decisão* apesar de eventuais deficiências que o texto da sentença apresente. Oportunidade que, em certa medida, esvazia as valências das nulidades da sentença decorrente de imperfeito exame crítico (formal) da prova (arts 379º, nº1-al. a9 e 379º, nº 2 do Código de Processo Penal).

Chegamos à formulação do último enunciado: *o modelo actual do código do processo penal autoriza o reexame das provas em segunda instância, na vertente de reapreciação das provas produzidas em 1ª instância, faculdade que não pode deixar de aproximar o juiz de recurso do juiz de julgamento*.

A pergunta final permanece, no entanto, em discussão – o que pode ser feito, deve ser feito? E até onde deve ser feito?

Mantemos presentes as observações de Damião da Cunha – então céptico quanto a uma prevalência conferida à decisão do tribunal de recurso “alicerçada num inconcebível princípio de autoridade hierárquica” – ao alertar para os riscos do modelo que o legislador de 1998 veio, a final, a consagrar: “estranhamente, nas actuais estruturas processuais, quando alguma coisa vai mal no processo acusatório de 1º grau, entra em força, no 2º grau, o processo inquisitório para resolver a questão (...) um sistema de recursos que consinta em processos deste tipo, não é seguramente um bom sistema” (loc. cit.).

\*

*Ana Maria Barata de Brito*

Juíza Desembargadora do TRE