

REVOGAÇÃO DA PENA SUBSTITUTIVA E RECURSO DE REVISÃO — ANATOMIA DE UM ACÓRDÃO(*)

*Pelo Prof. Doutor André Lamas Leite(**)*

SUMÁRIO:

1. O problema. 2. Linhas argumentativas e tomada de posição. 3. Conclusão.

1. O problema

O acórdão para uniformização de jurisprudência (doravante, abreviadamente, AUJ) n.º 1/2024, de 8 de Novembro⁽¹⁾ (relatado pela Sra. Conselheira TERESA DE ALMEIDA)⁽²⁾, que se anota, mas, sobretudo, que serve de ponto de partida para reflexões sobre os temas aí tratados, debruçou-se sobre o conflito existente entre dois arestos do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) que, inequivocamente, davam respostas contrárias à questão de saber até que ponto a revogação⁽³⁾ de uma pena substitutiva [no caso, a

(*) Por expressa vontade do autor, o presente artigo não segue as regras do Acordo Ortográfico de 1990.

(**) Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Investigador integrado do CIJ — Centro de Investigação Interdisciplinar sobre Justiça. Advogado. *E-mail* para contacto: <aleite@direito.up.pt>.

(1) Publicado no *Diário da República*, I série, de 2/2/2024.

(2) E com os votos de vencido dos Srs. Conselheiros HELENA MONIZ e ANTÓNIO JOÃO LATAS.

(3) Como vem sendo quase unânime na nossa doutrina e jurisprudência, tem-se entendido que o juízo prognóstico que pode ser confirmado ou infirmado com a abertura da fase executiva da pena de substituição se justifica somente por razões preventivas. O acórdão que se anota também se faz eco

suspensão executiva da pena de prisão — arts. 50.º, ss., do Código Penal (CP)], mas aplicável a todo o catálogo das sanções aplicadas em vez das principais (arts. 43.º, ss., do CP) — importa a faculdade de o condenado lançar mão do recurso extraordinário de revisão. Mais propriamente, a hermenêutica que vinha dividindo aquele Alto Tribunal residia no art. 449.º, n.º 1, al. *d*), do Código de Processo Penal (CPP)⁽⁴⁾, ou seja, em face do elemento literal (*[a] revisão de sentença transitada em julgado é admissível quando se descobrirem novos factos ou meios de prova que, de per si ou combinados com os que foram apreciados no processo, suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação*), havia jurisprudência no sentido de que a revogação da pena de substituição importava o efeito de, se não directamente, por via de uma interpretação enunciativa, ao menos por interpretação extensiva, a dita revogação comportar a aquisição processual de *novos factos* que, por isso, implicavam que se pusesse em grave dúvida a condenação do agente. Em sentido contrário, outra corrente jurisprudencial negava a revisão, entendendo que o referido preceito do CPP não albergava situações como esta, não sendo possível, pelas regras da hermenêutica jurídica, atingir esse resultado.

Diga-se, antes de mais, que o AUJ reflectiu apenas sobre as hipóteses em que o juiz, ao abrigo do art. 56.º do CP, decide revogar a suspensão executiva da pena e, naturalmente, já se encontra executido o prazo para o recurso ordinário. Tanto assim é quanto a situação fáctica concreta agora trazida a apreciação pelo STJ dizia respeito a uma decisão de revogação ao nível da 1.ª instância, objecto de confirmação pelo Tribunal da Relação de Guimarães. Não tratou o aresto, portanto, ao menos *expressis verbis*, dos casos em que, após o trânsito, pode pôr-se em causa a justeza da decisão condenatória, aplicando uma pena principal (de prisão), facto que é de grande importância, como veremos, para a resposta que, cremos, deve ser dada ao problema.

desta posição. Não é a nossa, porquanto entendemos que o juízo de culpa releva igualmente para esse momento, visto que, para além da culpa como elemento do conceito material de crime, há ainda um efeito irradiante desse mesmo princípio da culpa que, tanto mais quanto estamos em face de *penas duais ou compósitas*, se projecta no juízo de substituição. Na verdade, no momento de decidir se se aplica a pena principal ou se esta é substituída, existe um raciocínio judicativo que se assemelha ao conteúdo de base do instituto da atenuação especial da pena. Desenvolvidamente, veja-se o nosso «Especificidades do juízo que preside às sanções substitutivas e o substracto da atenuação especial da pena», in: JOSÉ LOBO MOUTINHO *et al.* (coord.), *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Vol. I, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, pp. 167-218 e «O (eventual) papel da culpa no juízo de prognose nas penas de substituição», in: *Revista do CEJ*, II (2018), pp. 115-141.

(4) Conjugado com o n.º 2 do preceito citado em texto, que equipara as sentenças ou acórdãos aos despachos. [Doravante, qualquer referência a uma norma jurídica sem indicação do diploma de onde promana deve entender-se por feita para o CPP].

O aresto sob anotação cruza duas temáticas: uma atinente à relação entre a pena substitutiva e a principal e o incidente executivo conducente à revogação da primeira, de uma banda e, por outra, a melhor interpretação a dar ao recurso de revisão no que contende com o fundamento da al. *d*) do n.º 1 do art. 449.º Com o objectivo de contribuir para um estudo sobre estas temáticas, aludiremos às linhas argumentativas expendidas, tomando posição.

2. Linhas argumentativas e tomada de posição

1. Como já deixámos claro noutros locais⁽⁵⁾ e aqui apenas trataremos em esboço, há uma *relação biunívoca ou umbilical* (como já lhe tínhamos chamado e o acórdão também assim a designa) entre a pena principal e aquela que se aplica em vez dela. Não se tratam de substitutos naturalísticos, atento o diferente conteúdo material de cada uma das sanções, mas de *equivalentes funcionais ou normativos*, no sentido em que a função ou a ligação jurídica entre as duas sanções importa que uma não viva sem a outra. E isto é assim particularmente — como acontece entre nós — em um regime que não conhece a ausência de determinação da pena principal na decisão final, que só surgiria se e na medida em que o condenado incumprisse as obrigações da pena de substituição. Logo por aqui, ao contrário do que se admitia na suspensão executiva da prisão na versão originária do Código Penal, em que uma das suas modalidades se aproximava da *probation*⁽⁶⁾, após 1995 e até aos nossos dias tal não existe, sendo a nossa tradição, neste ponto, de inspiração franco-belga, como se observa na *sursis*.

Neste sentido, escreve a Sra. Relatora do AUJ que a condenação *não se afigura como condicionalmente suspensa, à semelhança das “conditional sentences”*. É exactamente isto que vimos de escrever, ou seja, embora se possa discutir se a substituição, em si mesma, encerra uma *condição suspensiva ou resolutive*, a questão não tem assinalável importância prática. É verdade — isso sim — que a pena principal só se aplicará se e na medida em

(5) O tema geral das sanções substitutivas foi o escolhido para a nossa dissertação de doutoramento intitulada *As penas de substituição em perspectiva político-criminal e dogmática. Contributo para uma análise sistemática*, Porto: FDUP, 2015. Também sobre o que vai em texto, «As «penas de substituição» e figuras afins: traços distintivos», in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 30, 2 (2020), pp. 319-362, e «Contributo para a noção de penas substitutivas», in: MARIA FERNANDO PALMA (org.), *Livro em Memória do Professor Doutor João Amado Neves*, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 41-63.

(6) Veja-se o nosso «Pela elevação de penas de substituição ou acessórias a penas principais e por um verdadeiro sistema de *probation* em Portugal?», in: *Sombras e Luzes*, 2 (2019), pp. 117-139.

que um facto futuro e incerto (o incumprimento da sanção substitutiva) acontecer, mas tal em nada bolee com a própria condenação, cujo sentido está abrangido pelo efeito de caso julgado. Como se viu, de jeito perfunctório, na família anglo-americana existe a suspensão da condenação, como se diz no aresto, *rectius*, o resultado quanto à questão de culpabilidade está encontrado (o tribunal concluiu que o agente cometeu o delito), mas é a sanção que não é logo determinada, ficando — essa sim — condicionada ao comportamento do agente durante o período de adimplemento da pena substitutiva. Também por isto recolhe a nossa concordância o segmento em que a Sra. Conselheira Relatora escreve que *[a] medida da pena, o programa de cumprimento da pena suspensa, as consequências do incumprimento ou do cometimento de novos ilícitos tornaram-se conhecidos do condenado com a notificação da sentença*, o que importa — afirmamo-lo nós agora — que não há quaisquer expectativas legítimas do condenado que devam ser atendidas, pelo que o cumprimento da pena principal é um dado conhecido.

Donde, quando o tribunal se decide por uma sanção substitutiva, detentiva ou não — em sentido impróprio ou próprio, respectivamente —, fá-lo sabendo que a *unidade funcional* entre as duas penas importa que, se incumprida aquela que mereceu a prognose favorável, se abre um verdadeiro *incidente processual*, regulado no art. 495.º Há um conjunto encaixado de actos a praticar pelo MP (a quem incumbe a promoção da execução sancionatória, nos termos do art. 53.º, n.º 2, al. e) e pelo juiz que podem ou não conduzir à reversão de tal juízo favorável. Ora, se, p. ex., o condenado em pena de prestação de trabalho a favor da comunidade (arts. 58.º e 59.º, do CP) não comparecer na entidade beneficiária, comunicando esta tal facto ao tribunal, terá de se promover o contraditório⁽⁷⁾. Nesta sequência, o condenado apresenta motivo que, na sua óptica, é justi-

(7) Assim, veja-se o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10/11/2021, Proc. n.º 151/11.6GNPRT.P1, JOSÉ CARRETO: I — *Para a apreciação da possibilidade de revogação de pena suspensa a lei não exige ou impõe qualquer audiência presencial do arguido, mas apenas, como facto que o afecta e lhe diz respeito, a sua audiência através da observância do contraditório, que pode consistir naquela audiência.* II — *Estando a jurisprudência dividida sobre a necessidade ou não daquela audiência presencial, será sustentável afirmar a sua necessidade quando está em causa a pena de prisão, como forma de se assegurar ao arguido todas as garantias de defesa e atenta a necessidade de ser preenchido o requisito material para a sua revogação.* III — *No entanto, se uma tal audiência não for possível atenta a falta do arguido, apesar de devidamente notificado para o efeito, e não competindo ao tribunal, nesta fase, andar à procura do arguido que se ausentou para o estrangeiro e não cumpriu a obrigação emergente do TIR de indicar nova morada, impossibilitando assim o contacto do tribunal consigo próprio, restará o exercício do contraditório, daí não decorrendo uma qualquer nulidade ou irregularidade...* [disponível em <<http://www.dgsi.pt>> e, salvo indicação em contrário, todas as decisões judiciais foram acedidas neste sítio em Fevereiro de 2024].

ficativo da falta, mas que não o é pelo tribunal que, por isso, despacha nesse sentido. Em tais hipóteses em que o juiz se debruça sobre os factos novos trazidos ao processo pelo condenado, o despacho em que, como *ultima ratio*, se revoga a pena de substituição e se ordena o cumprimento da principal, eventualmente descontado o tempo trabalhado (art. 59.º, n.ºs 4 e 5, do CP), é passível de recurso — e ninguém duvida que o é — para um dos Tribunais da Relação. Nunca para o STJ.

Tal poderia, numa primeira aproximação, soar como errado, visto que a decisão judicial condenatória já transitou em julgado, pelo que não se poderia recorrer de modo ordinário. Contudo, é o que se retira das disposições conjugadas dos arts. 399.º e 400.º, *a contrario*. E bem, pois estamos, nas sanções em estudo, perante um caso julgado com cláusula *rebus sic stantibus*. A pena substitutiva aplica-se e conduzirá, no seu termo, a um despacho judicial de declaração da pena extinta pelo cumprimento se e na medida em que o seu conteúdo venha a ser observado pelo condenado. Não o sendo, existe já a pena principal com *quantum* fixado, à qual poderá ou não ter de se fazer operar o desconto. Como também já o ressaltámos, há aqui uma aproximação ao pensamento — e só a ele, pois estamos cientes das enormes diferenças entre os dois institutos — subjacente à *jurisdição voluntária*, em que as decisões tomadas ao abrigo desta — chamadas *resoluções* — também só abrangem a situação de facto que existia no preciso momento da sua prolação e não em alturas posteriores ou até contemporâneas ou anteriores, mas que eram desconhecidas e que, por isso, não faziam parte do objecto processual.

2. Destarte, para nós não resulta que um «normal» despacho de revogação seja subsumível ao recurso de revisão, pois os fundamentos em que o juiz se baseou para reverter a sua decisão inicial são, como regra, passíveis de recurso ordinário, porque objecto de toda a pena principal substituída. A circunstância de a pena principal só ser preche de sentido quando entendida em conjunto com a substitutiva e esta como dependente da primeira, importa que não se possa dizer que o despacho que põe termo à sanção de substituição é *complementar* da decisão condenatória. Ele está *co-envolvido na própria noção de substituição*, na medida em que há duas formas de pôr termo à pena principal (e simultaneamente à de substituição por integrar a primeira, como acabámos de ver): ou o condenado cumpre todas as exigências da pena aplicada em vez da principal e aí o termo do processo dá-se com o despacho judicial que o declara e considera a pena extinta, ou com o despacho em que reconhece o seu inadimplemento e, por consequência, ordena o cumprimento da pena principal.

3. Assim, cremos que a questão está colocada de modo distorcido no AUJ que se anota. Uma coisa é a existência de *factos de que se tem conhecimento superveniente* (objectiva ou subjectivamente)⁽⁸⁾ e que põem ou podem pôr em crise séria a justeza da decisão. E por decisão entendemos, por coerência lógica do que deixámos afirmado, a atinente à pena principal, mas também os factos que estiveram na base do juízo prognóstico favorável que se acham recobertos pelo art. 50.º, n.º 1, do CP — e que para nós devem ser aplicáveis a todas as penas de substituição. Quanto *aos factos que temporalmente vão para além do momento do trânsito em julgado da decisão condenatória*, iniciando um incidente processual, para a sua impugnação, o mecanismo adequado é o recurso ordinário e nunca o extraordinário de revisão. Qualquer outra posição faz tábuas rasas da especificidade com que se apresenta o caso julgado nas penas substitutivas, sujeitas a uma cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, só não se aplica a sanção principal se e na medida em que as obrigações da substitutiva forem cumpridas. Por outras palavras, o caso julgado abrange a pena principal na medida em que, findo o prazo para recorrer ordinariamente, a mesma se torna inatacável no ordenamento jurídico e tendencialmente também a pena substitutiva aplicada nessa mesma decisão condenatória. Dizemos *tendencialmente* porque, como sucede no art. 55.º do CP, a primitiva pena substitutiva pode ser alterada, introduzindo ou modificando outras obrigações ou até permitindo que, na prática, se passe de uma sanção de substituição para outra (art. 59.º, n.º 6, do CP), no que é conhecido por *interchangeability*⁽⁹⁾, muito discutida nos países do *common law*.

O que vai dito não implica que, se após o trânsito da decisão principal (e de substituição), esgotado o prazo de recurso ordinário, houver notícia de factos — *por acção ou omissão* — que abalem os fundamentos da decisão de julgar incumprida a pena de substituição, não possa acontecer que *novos factos* (diversos dos que estiveram na base do juízo de prognose e do juízo revogatório) importem a revisão da sentença enquanto o tempo de prisão (ou a multa como pena principal) está a ser efectivamente cumprido. Se, p. ex., foi aplicada ao condenado a pena do art. 45.º do CP e ele não a cum-

(8) E não [n]o sentido de não terem sido apresentados no processo que conduziu à acusação, embora não fossem ignorados pelo arguido no momento em que o julgamento teve lugar — MANUEL MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal anotado e comentado*, 12.ª ed., Coimbra: Almedina, 2001, p. 846. Defendendo a posição para a qual propendendo, se bem vemos, HENRIQUE SALINAS e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (org.), *Comentário do Código de Processo Penal*, Vol. II, 5.ª ed., n. 12, pp. 757-758.

(9) «Levamos a sério as penas de substituição? Algumas propostas de *iure condendo*», in: *Revista do Ministério Público*, 159 (2019), pp. 111-154.

priu nem deu qualquer justificação para tal dentro do prazo do incidente processual de incumprimento, nada mais resta ao juiz que declará-lo e ordenar a emissão de mandados de detenção e condução. Como sabemos, esta última decisão tem de transitar em julgado. Figure-se que o condenado permanece silente. Após os 30 dias (art. 411.º), quando já se encontra em cumprimento da pena principal de prisão, conhecem-se *factos supervenientes* que poriam em causa a justeza da revogação da pena principal. Aqui já faz sentido e temos por recoberto pelo art. 449.º, n.º 1, al. *d*) o recurso de revisão.

A fronteira estabelece-se temporalmente no momento do conhecimento dos factos que podem perturbar a bondade da pena de substituição: *se antes do trânsito em julgado* do despacho que a revoga existe apenas o recurso ordinário como meio impugnatório; *após esse trânsito*, havendo conhecimento de factos que ponham em crise a justeza da revogação, então sim, a revisão está aberta ao condenado. Já no que diz respeito à decisão condenatória — chamemos-lhe *stricto sensu* — que resolve a questão da culpabilidade e também da sanção (arts. 368.º e 369.º), pode haver revisão com base em algum dos pressupostos do art. 449.º, com a limitação de que a actividade processual atinente à verificação do cumprimento ou incumprimento da pena principal deve ser impugnada ordinariamente, só sendo admitida a revisão em casos extraordinários em que, subjectiva ou objectivamente, haja *factos novos* conhecidos após o trânsito e que, de forma cumulativa, ponham em causa o resultado desse mesmo incidente.

4. Não é objectivo deste trabalho empreender qualquer estudo aprofundado sobre o recurso de revisão, por óbvias limitações de espaço e porque se trata de um tema já profundamente tratado⁽¹⁰⁾. Destarte, veremos apenas o que é essencial para o problema que nos ocupa e que se deixou recortado.

Um verdadeiro Estado de Direito democrático não pode viver sem a previsão normativa de um recurso que, mesmo depois do trânsito em julgado, permita acorrer às situações fácticas que possam, *ao menos em abstracto*, trazer ao espírito do aplicador do Direito a dúvida fundada quanto à justeza do decidido (daí o amparo do art. 29.º, n.º 6, da CRP e do art. 4.º, n.º 2, do Protocolo n.º 7 à Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH))⁽¹¹⁾. É por

⁽¹⁰⁾ JOÃO CONDE CORREIA, *O “mito do caso julgado” e a revisão* propter nova, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, *passim*.

⁽¹¹⁾ Aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 22/90, de 27/9 e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 51/90, de 27/9. A norma refere-se à quebra da autoridade de caso julgado não apenas quando surgirem, posteriormente ao trânsito, novos factos, ou que tenham sido «recentemente revelados», o que só pode ser interpretado como as duas formas habituais (objectiva e subjectiva) de conhecimento superveniente. Por outro lado, diz-se que haverá lugar a

isso mesmo que o art. 449.º, recorrendo a uma indicação taxativa, o admite. Julgamos que o inciso prevê fundamentos que se podem reunir em dois grupos⁽¹²⁾. Um primeiro conjunto de fundamentos (as alíneas *a*), *b*), *d*) e *e*) do n.º 1) diz respeito à falsidade de meios de prova ou utilização de provas proibidas (*Beweisverboten*) ou prática de crimes que, por si e conjugado com a decisão proferida, tornem intolerável a vigência no ordenamento jurídico do acto judicial decisório, porque manifestamente injusto. Falamos, para além da al. *d*), de casos em que *[u]ma outra sentença transitada em julgado tiver considerado falsos meios de prova que tenham sido determinantes para a decisão; de [u]ma outra sentença transitada em julgado tiver dado como provado crime cometido por juiz ou jurado e relacionado com o exercício da sua função no processo e [s]e descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos dos n.ºs 1 a 3 do art. 126.º*. As alíneas *f*) e *g*) tratam de hipóteses de inconciliabilidade entre decisões judiciais, ou seja, situam-se ao nível da subsunção do Direito à realidade segregada pela vida social, a saber, *[s]eja declarada, pelo Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de norma de conteúdo menos favorável ao arguido que tenha servido de fundamento à condenação e [u]ma sentença vinculativa do Estado Português, proferida por uma instância internacional, for inconciliável com a condenação ou suscitar graves dúvidas sobre a sua justiça (é o caso das decisões proferidas pelo TEDH)*⁽¹³⁾.

esse recurso — cuja denominação depende da tradição jurídica de cada Estado-Membro — quando os ditos factos «puderem afectar o resultado do julgamento». A uma primeira vista parece que o legislador convencional exigiu menos que o seu congénere português. Assim, bastaria que os novos factos conhecidos pudessem influir na decisão, não apenas no sentido da condenação ou da absolvição, mas também no seu conteúdo material, p. ex., dando determinados factos como provados quando deveriam ser tidos por não provados e vice-versa ou influenciando na espécie e medida da pena. O que retiramos do nosso art. 449.º, n.º 1 é que apenas nas suas alíneas *c*) e *d*) se refere expressamente à «justeza» ou «justiça» da condenação. Nestes casos, ao menos em abstracto, a superveniência objectiva ou subjectiva de factos tem de influir no sentido último e global da decisão, ou seja, se ela foi de condenação, os novos factos devem poder apontar para uma absolvição e vice-versa. Quanto às demais hipóteses de revisão, embora a gravidade das factuais constantes no art. 449.º, n.º 1 tenha uma forte probabilidade de conduzir a esta modificação, pode não o fazer, alterando-se sim a espécie e medida da pena. Assim, e em conclusão quanto a este ponto, julgamos que a circunstância de «afectar o resultado do julgamento» a que alude o Protocolo n.º 10 à CEDH abrange ambas as hipóteses: mudança do sentido da decisão final e alteração ao nível da espécie e medida da pena, pelo que o instituto da revisão está conforme àquele instrumento de Direito convencional.

(12) Para PEREIRA MADEIRA, «Anotação ao art. 449.º», in: ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR *et al.*, *Código de Processo Penal*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, p. 1437, as alíneas *a*) a *c*), *e*) a *g*) do n.º 1 justificam-se por uma ideia *pro reo* e *pro societate*; as demais são apenas *pro reo*.

(13) Em face da grande amplitude desta norma, introduzida em 2007, o Supremo tem adoptado uma interpretação restritiva, (...) *no sentido dos princípios consignados na mencionada Reco-*

Abra-se aqui um parêntesis para tecer algumas considerações sobre a afirmação constante do AUJ, no sentido em que *[a] revisão visa exclusivamente a declaração de culpabilidade e não, expressamente, a matéria da pena*. O essencial da frase está no advérbio de modo, pois se tal aí não estivesse, mereceria a nossa discordância. Várias são as hipóteses do art. 449.º, n.º 1 em que a procedência da revisão pode não alterar o sentido último de condenar ou absolver, mas implicar que se aplique uma nova pena, na espécie ou medida⁽¹⁴⁾. Por outras palavras, este recurso extraordinário abrange as matérias dos arts. 368.º e 369.º, desde logo nas hipóteses, que acabámos de ver, em que se mostra necessário conformar a decisão nacional com a do TEDH, o que não importa, obrigatoriamente, que o sentido da decisão mude de condenatória para absolutória ou vice-versa. Donde, diríamos, de modo que temos por mais exacto, que *a revisão pode abranger a questão da culpabilidade ou a da sanção*, embora as hipóteses mais comuns sejam as primeiras.

Pelo exposto, a questão que o Supremo dirimiu é a de saber se o despacho que revoga uma pena de substituição de uma pena principal cabe ou não no âmbito do art. 449.º, n.º 1, al. *d*), ou seja, se o que conduziu àquele despacho integra o conceito de «novos factos» e se tal suscita «graves dúvidas sobre a justiça da condenação». Ligado a esta problemática está o recurso ordinário da revisão que julga incumprida a sanção substitutiva e, em conformidade, ordena a execução da principal já constante da decisão final. Assim, se bem vemos as coisas, para não tratar da mesma questão através de duas vias jurídicas distintas, o que nunca faria sentido e perigaria a certeza e segurança na aplicação do Direito, a questão em análise visa não apenas pôr em causa o despacho ordenador do adimplemento da prisão (ou multa) — pois, para isso, sempre haveria o sobredito recurso ordinário —, mas visa também alterar os factos e/ou a subsunção que lhe foi atribuída pela decisão condenatória, agora já depois do trânsito em julgado desta última. Por rectas contas, sob pena da já assinalada confusão entre

mendação, concretamente o princípio segundo o qual a reabertura de processos só se revela indispensável perante sentenças em que o TEDH constate que a decisão interna que suscitou o recurso é, quanto ao mérito, contrária à CEDH, ou quando constate a ocorrência de uma violação da CEDH em virtude de erros ou falhas processuais de uma gravidade tal que suscite fortes dúvidas sobre a decisão e, simultaneamente, a parte lesada continue a sofrer consequências particularmente graves na sequência da decisão nacional, que não podem ser compensadas com a reparação razoável arbitrada pelo TEDH e que apenas podem ser alteradas com o reexame ou a reabertura do processo, isto é, mediante a restituição in integrum (ac. do STJ de 15/11/2012), Proc. n.º 23/04.0GDSCD-B.S1, OLIVEIRA MENDES).

⁽¹⁴⁾ Em sentido contrário, entendendo que a revisão não comporta estas últimas hipóteses, SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES, *Código de Processo Penal anotado*, II Vol., 2.ª ed., 2000, Lisboa: Editora Rei dos Livros, p. 1045.

dois mecanismos impugnatórios, o que está em causa, na revisão, é o despacho revogador da pena substitutiva, mas sempre e só na medida em que ele contenda com factos posteriores ao trânsito deste despacho. Se, p. ex., no âmbito de uma pena suspensa com regras de conduta (art. 52.º do CP), uma ou mais não forem cumpridas pelo condenado, seguindo-se o incidente processual em que se promoverá a sua audição, para além de outras diligências, se o sujeito apenas pretende pôr em crise a justeza da avaliação judicativa sobre se é legalmente correcto entender que a pena de substituição já não tem condições fáctico-jurídicas para se manter, então o único meio processualmente admissível é o *recurso ordinário*. Se, ao invés, se deixa a decisão transitar em julgado, que entendeu verificados os requisitos para a revogação da pena substitutiva, tendo esta última decisão igualmente transitado, mas depois surgem factos que podem pôr em causa a justiça desse despacho de 1.ª instância ou da Relação, aí — mas só nestas hipóteses — haverá legitimidade legal para se questionar da aplicabilidade ou não do art. 449.º, n.º 1, al. d).

De novo um exemplo a beneficio de ilustração: o juiz cumpriu na íntegra todas as normas de Direito substantivo e adjectivo e, em conformidade, concluiu que não mais se pode elaborar o juízo de prognose favorável em que repousam todas as sanções de substituição, pelo que a revoga e, consequentemente, ordena que se cumpra a pena principal. Desse despacho pode, nos prazos do art. 411.º, recorrer-se da decisão. O Tribunal da Relação não concede provimento ao recurso e, com isto, o condenado inicia o cumprimento da pena principal. Mais tarde, o condenado descobre novos factos que nenhuma das instâncias conhecia, mas que contendem com o objecto do processo, os quais abalam ou podem abalar a justeza da decisão. Mas que decisão é esta? De acordo com a jurisprudência fixada no aresto que anotamos, é a do despacho revogador da pena de substituição, o que ainda vai afunilar mais as concretas situações às quais este pronunciamento se aplica, dado que não será o corpo dos factos lidos sob a lente do Direito que serão impugnados, mas sim os eventuais factos constantes do despacho que revoga uma pena de substituição, se e na medida em que factos posteriores desta natureza importem um juízo sobre a justeza da decisão que é insuportável pelo ordenamento jurídico.

5. Assim enquadrados, continuemos a desfiar as linhas argumentativas favoráveis ao recurso de revisão do despacho revogador de uma sanção substitutiva.

Esta tese parte do princípio que o despacho de revogação da pena de substituição *põe termo ao processo*. Como se tem entendido, tal acontece

quando existe uma decisão final ou interlocutória — independentemente do *nomen iuris*: despacho, sentença, acórdão — que termina com a relação jurídico-penal controvertida, ou seja, quando afere da existência ou não de crime ou de facto ilícito-típico (para os inimputáveis) e/ou determine a condenação ou absolvição do(s) seu(s) agente(s). Também serão finais as decisões em que, por obstáculo de Direito substantivo ou adjectivo, não se pode julgar o mérito do objecto processual, como sucede com as causas negativas de punição (prescrição do procedimento criminal, manifestações do direito de graça) ou com todas as causas de impossibilidade de perseguição criminal por falta de preenchimento de um pressuposto processual (como a falta de apresentação tempestiva de queixa nos crimes particulares *lato sensu*).

Ora, assim postas as coisas, é nossa convicção que o *despacho revogatório de uma pena substitutiva não põe termo ao processo*, por coerência com o que já neste texto escrevemos, uma vez que, como visto, formando a pena principal e a de substituição uma *unidade funcional*, tudo o que contenda com o cumprimento desta última ainda é abrangido pela própria natureza da pena aplicada e ainda implica actividade processual nos autos até ao despacho que julga a pena extinta pelo cumprimento ou que a revoga e aplica a pena principal. Até estes momentos temporais inexistente, ainda, uma *estabilização da instância penal* que permita concluir-se que o despacho de revogação põe fim ao processo. O que se pode dizer com propriedade é que a dita revogação faz iniciar o cumprimento da sanção principal, dado que a mesma estava condicionada ao que sucedesse na substitutiva. Nunca poderia dizer-se que tal despacho põe termo ao processo, também pela natureza já vista da própria pena de substituição: o adimplemento ou inadimplemento são suas partes integrantes. No primeiro caso, conclui-se que resultou o juízo de prognose favorável e assim se evitaram as penas principais de prisão ou multa. No segundo, ao invés, verifica-se o seu falhanço, que não queda sem consequências. A pena principal nunca deixou de existir e estava só num *estado de latência ou quiescência* enquanto o tempo nos dizia se e como o condenado a havia ou não cumprido. Em bom rigor, a principal não «renasce», como por vezes se lê, visto que ela nunca «morreu». Simplesmente encontra agora, no incumprimento da sanção substitutiva, todos os requisitos legais que lhe permitem avançar na prática.

O que se abre — isso sim — é uma *fase eventual e oficiosa* para o Ministério Público. Eventual porque a pena de substituição, quando cumprida, não dá lugar a qualquer incidente e *ex officio* por se tratar de uma das competências que a CRP e a Lei acomete àquela magistratura,

enquanto representante do *ius puniendi* do Estado. Do mesmo modo, como temos sempre defendido⁽¹⁵⁾, as penas de que curamos têm de ser dotadas de efectividade e eficácia, não podendo ser um arremedo de pena ou mesmo uma descriminalização encapotada. Tal é exigido, de um prisma dogmático, pela sua *natureza dual* (sanção principal e de substituição formam um bloco normativo único) e, numa óptica político-criminal, dado que se tratam de verdadeiras penas, como desde sempre se tem considerado entre nós, ao invés de outros ordenamentos como o germânico.

Outro aspecto de relevo para a discussão que nos ocupa consiste em saber se o processo até à revogação de uma pena de substituição é, como se adiantou, um *facto novo*. Para o saber, é essencial compreender — repetimo-lo — que, chegando aos autos a notícia de um putativo incumprimento pelo condenado, o Ministério Público deve promover e o juiz ordenar a notificação do agente para, no prazo estipulado ou no supletivo legal de 10 dias (art. 105.º, n.º 1), o arguido venha, querendo, dizer o que se lhe afigurar conveniente para justificar o incumprimento. É hoje claro — e bem — que a lei apenas exige que se promova o contraditório, mas não exige que efectivamente o condenado seja ouvido. Assim que o domicílio conhecido nos autos, constante do termo de identidade e residência, constar da comunicação por via postal simples, é o suficiente para o cumprimento daquele princípio constitucional. Permanecendo silente, o Ministério Público promove, se não houver outras vias (como acontece na pena suspensa — art. 55.º do CP), que o juiz profira despacho de revogação da pena substitutiva, o qual tem de ser notificado ao condenado, que pode dele interpor recurso ordinário. Se o não fizer, findo aquele prazo, de novo se abrirá vista ao Ministério Público para que este promova a emissão de mandados de detenção e condução. É essencial seguir todos estes passos para não vulnerar o contraditório, para não atribuir o efeito de caso julgado a decisões que não o têm, para se salvaguardar o conteúdo útil do art. 61.º e os direitos de defesa do arguido do art. 32.º, n.º 1, da CRP.

É verdade que as circunstâncias que contendem com o incumprimento da pena de substituição são tecnicamente «factos» (v.g., o condenado não liquida a indemnização a favor da vítima, não comparece junto do técnico de reinserção social, não frequenta uma formação dirigida a

(15) «Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 7/2016, de 18 de Fevereiro, *Fórum Jurídico*, Almedina, 2017, disponível em <https://www.academia.edu/38007893/PENAS_DE_SUBSTITUI%C3%87%C3%83O_COMENT%C3%81RIO_A_AC%C3%93RD%C3%83O_UNI_FORMIZADOR_DO_STJ>, e «As penas de substituição: de “parente pobre” a “parente paritário”», in: *Julgare online*, 2019, disponível em <<https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/123905/2/365633.pdf>>.

uma determinada problemática), mas, como vimos atrás, o recurso de um despacho revogatório da sanção substitutiva opera nos quadros do recurso ordinário dos arts. 399.º e 400.º, *a contrario*. Se não existirem novos factos para além daqueles que eram conhecidos até ao trânsito em julgado do despacho que manda aplicar a pena principal, não se poderá nunca lançar mão do recurso de revisão. E isto também porque o incidente revogatório comporta uma série de factos que serão apreciados pelo Tribunal da Relação, atenta a forma já estudada que o caso julgado aqui toma de *rebus sic stantibus*. Diferente será se, depois desse momento temporal — 30 dias após a notificação ao condenado do despacho de revogação da pena substitutiva —, houver conhecimento de novos factos que incidam sobre a decisão final ou sobre o despacho revogatório e se preencham os demais pressupostos do art. 449.º, altura em que a revisão deve ser admitida.

3. Conclusão

O presente AUJ trata de matéria só na aparência simples, uma vez que implica a concatenação de várias matérias: a relação que intercede entre as penas principais e as de substituição, o recurso extraordinário de revisão na modalidade do art. 449.º, n.º 1, al. *d*), a questão de saber o que são, para esse efeito, «factos novos» e o sentido do despacho que revoga a pena suspensa (questão que pode ser aplicada em toda a matéria das sanções substitutivas).

Concluimos, antes de mais, que o problema, tal qual está colocado no aresto sob anotação se acha distorcido. Na verdade, uma coisa é a existência de factos que, no decurso temporal de aplicação de uma pena de substituição, conduzem a um despacho judicial de revogação e, por consequência, à aplicação da pena de prisão previamente fixada na sentença ou acórdão, e outra é a das hipóteses em que o condenado deixa este despacho transitar em julgado e visa pôr em causa os factos que conduziram à conclusão de que o juízo de prognose falhou. No primeiro caso, a via impugnatória da pena substitutiva é o recurso ordinário dos arts. 399.º e 400.º, *a contrario* e não a revista. No segundo caso, não há igualmente revista em face de qualquer das hipóteses taxativas do art. 449.º, em primeiro lugar porque não se tratam de «factos novos», mas sim de factos que já eram do conhecimento do condenado/recorrente, e na medida em que, como esperamos ter deixado vincado, o despacho revogatório não é nenhum comple-

mento ou adição à decisão condenatória, havendo sim uma *relação de unidade funcional* entre essa decisão e qualquer outra que, posteriormente, se tenha debruçado sobre o cumprimento da pena de substituição.

Assim, embora partindo de pressupostos algo diversos e com uma justificação nem sempre coincidente, é nosso parecer que bem andou o STJ ao decidir como decidiu.