

A INCONSTITUCIONALIDADE DA “LEI DOS METADADOS” E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE REVISÃO. UMA CAIXA DE PANDORA?

Ana Teresa Carneiro*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.4>

“devagar, o tempo transforma tudo em tempo.
o ódio transforma-se em tempo, o amor
transforma-se em tempo, a dor transforma-se
em tempo.
os assuntos que julgámos mais profundos,
mais impossíveis, mais permanentes e imutáveis,
transformam-se devagar em tempo.
por si só, o tempo não é nada.
a idade de nada é nada.
a eternidade não existe.
no entanto, a eternidade existe.
os instantes dos teus olhos parados sobre mim eram eternos.
os instantes do teu sorriso eram eternos.
os instantes do teu corpo de luz eram eternos.
foste eterna até ao fim.”

José Luís Peixoto, *A Casa, A Escuridão*

0. Nota Prévia

Escrever numa obra de homenagem à Benedita é tarefa nobre, mas desafiante, bela, mas ingrata. Eternizar a Benedita numa das suas paixões é

*Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela (FDUSC) e Assistente Convidada na Universidade da Maia (UMaia) e na Faculdade de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa. Investigadora no IUSCRIM (FDUSC), na UICCC (UMaia) e no JusGov (Escola de Direito da Universidade do Minho).

uma manifestação de amor, ainda que sempre perdure a amargura de saber que não há texto que a traga de volta, nem palavra que preencha o vazio que a sua precoce partida deixou. Benedita, com um singelo texto celebro a tua vida, que com a minha se cruzou desde crianças, e tento marcar, neste breve momento, aquilo que sei ser a tua imortalidade.

1. Enquadramento

Pelo acórdão nº 268/2022, de 19 de abril de 2022¹, declarou o Tribunal Constitucional a inconstitucionalidade da Lei nº 32/2008, de 17 de julho (de ora em diante designada “Lei dos Metadados”), mais especificamente da conjugação dos respetivos artigos 4º e 6º e, ainda, do artigo 9º, por violação dos princípios constitucionais da proporcionalidade na restrição da reserva da intimidade da vida privada e à autodeterminação informativa e o direito a uma tutela jurisdicional efetiva.

A apreciação daquela Lei pelo Tribunal Constitucional foi requerida pela Exma. Senhora Provedora de Justiça no âmbito dum processo de fiscalização abstrata sucessiva [nos termos do artigo 281º, nº 2, al. d) da Constituição da República Portuguesa (CRP)]. E foi neste contexto que foi declarada a inconstitucionalidade da norma com força obrigatória geral, portanto, com a subsequente eliminação das normas em crise e o impedimento da sua aplicação, seja pelos tribunais, pela administração pública ou pelos particulares².

¹ Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220268.html> [01.09.2022].

² Na verdade, foi tardia esta iniciativa de levar ao Tribunal Constitucional a apreciação da Lei dos Metadados que, como se sabe, resultou da transposição para o direito português duma Diretiva Europeia (Diretiva 2006/24/CE), julgada inválida, já em 2014, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Assim, se para o futuro problemas não se levantam quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade³, todavia menos simples se afiguram os efeitos *ex tunc* da referida declaração de inconstitucionalidade⁴.

Ora, o artigo 282º da CRP estabelece que a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional (o que, neste caso, remonta a 2009), ficando apenas ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

Assim, face a este preceito constitucional, há, desde logo, que separar todas as situações não transitadas em julgado – a que se aplicarão, por força direta da Constituição (regime regra que resulta da conjugação dos artigos 282º, nº 1, e 282º, nº 3, 1ª parte da CRP), os efeitos retroativos da declaração da inconstitucionalidade (desde 2009, como referido), e que podem então vir a ser reapreciadas, em ordem a verem expurgada a prova obtida ao abrigo daquela lei inconstitucional⁵ – dos casos julgados *feridos* pela Lei dos Metadados.

Quanto aos casos julgados, e como já foi acima referido, preceitua o artigo 282º, nº 3, da CRP que se ressalvam os casos julgados dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade da norma. Esta é a regra. Na ponderação entre o princípio da constitucionalidade e a segurança jurídica, optou o legislador constituinte por fazer prevalecer a intangibilidade do caso julgado que, como se sabe, é um primado do Estado de Direito. E tanto é a

³ Pelo contrário, já muitas questões se levantaram quanto às consequências da declaração de inconstitucionalidade da Lei dos Metadados, em sede de investigação e prossecução penal. Daí que o Governo se tenha comprometido avançar em junho com uma nova proposta de lei sobre os metadados, depois do chumbo do Tribunal Constitucional, realçando a necessidade de “proceder à rápida elaboração de um novo dispositivo legal que respeite os limites da Constituição e do Tribunal de Justiça Europeu”, noticiado em <https://observador.pt/2022/05/16/costa-descarta-revisao-constitucional-e-avanca-com-nova-proposta-para-metadados/> [03.09.2022].

⁴ Um parêntese deve ser feito: a análise aqui operada ao acórdão nº 268/2022, de 19 de abril, é de natureza perfunctória e limitada ao cenário que serve de pano de fundo à eventual invocação de um recurso extraordinário de revisão nestes contextos. Isto não implica que se despreze ou não se reconheça o teor inovador e a extrema complexidade daquela decisão do Tribunal Constitucional (e no posterior acórdão 382/22, de 13 de maio, que abordaremos adiante), sobretudo no que toca à operacionalização conjunta do direito constitucional português e do direito da união europeia, com as imbricações que são reconhecidas nesta relação hierárquica, que ainda acrescem ao problema substantivo em apreciação.

⁵ Veja-se que, em momento algum, o Tribunal Constitucional usou da faculdade manipulativa dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade que lhe é conferida pelo nº 4 do artigo 282º da CRP, e que permite que o Tribunal Constitucional possa restringir os efeitos da inconstitucionalidade, quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excecional relevo assim o exigirem.

regra que, no mesmo nº 3 daquele artigo 282º, se prevê uma exceção a este regime sancionatório da inconstitucionalidade, admitindo-se a tangibilidade do caso julgado por decisão, neste sentido, do Tribunal Constitucional, apenas quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

Chegados aqui, cumpre analisar qual foi então a concreta posição do Tribunal Constitucional no acórdão nº 268/2022, no que concerne aos efeitos decorrentes da declaração da inconstitucionalidade da Lei dos Metadados.

A saber, foi esta a decisão:

“a) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do artigo 4º da Lei nº 32/2008, de 17 de julho, conjugada com o artigo 6º da mesma lei, por violação do disposto nos números 1 e 4 do artigo 35º e do nº 1 do artigo 26º, em conjugação com o nº 2 do artigo nº 18º, todos da Constituição;

b) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 9º da Lei nº 32/2008, de 17 de julho, relativa à transmissão de dados armazenados às autoridades competentes para investigação, deteção e repressão de crimes graves, na parte em que não prevê uma notificação ao visado de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal, a partir do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações nem a vida ou integridade física de terceiros, por violação do disposto no nº 1 do artigo 35º e do nº 1 do artigo 20º, em conjugação com o nº 2 do artigo 18º, todos da Constituição”.

Ora, apenas declarando a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, dos preceitos supra referidos, sem mais concretização de efeitos, para além dos legalmente recorrentes daquela declaração, parece ficar afastada a afetação dos casos julgados por aqueles efeitos, uma vez que o Tribunal Constitucional não lançou mão da faculdade que lhe cabe de derrogar o caso julgado, o que sempre terá que ser feito por decisão expressa.

Mas este entendimento, entre outros particularidades, não foi unânime (relembrem-se as consequências nocivas dos efeitos de inconstitucionalidade para milhares de processos e ainda a esperança renovada de alguns condenados em verem a sua situação reanalisada, agora sem a *intromissão* da Lei dos

Metadados). Aliás, logo o Governo, através do Exmo. Senhor Primeiro-Ministro, por anúncio seguido a uma reunião do Conselho Superior de Segurança Interna convocada para analisar o chumbo da Lei dos Metadados, reforçou que não houve declaração expressa que estenda os efeitos da declaração de inconstitucionalidade aos casos julgados e que a invocação do código de processo penal não pode suprir essa declaração^{6/7}.

Mais, já havia dado entrada no Tribunal Constitucional a arguição de nulidade do acórdão nº 268/2022, por parte da Procuradora-Geral da República, por requerimento fundado, sobretudo, em três argumentos: *i*) atentado contra a legalidade democrática e valores constitucionais do Estado de direito democrático e da boa administração; *ii*) contradição entre a fundamentação e a decisão do acórdão nº 268/2022, e *iii*) omissão de pronúncia, por não ter o Tribunal Constitucional fixado expressamente os efeitos da inconstitucionalidade, permitindo assim a aplicação retrospectiva e retroativa da sua doutrina, perigando interesses constitucionalmente protegidos.

Em resposta esta pretensão, decidiu o Tribunal Constitucional, no acórdão nº 382/2022, de 13 de maio⁸, não tomar conhecimento do requerimento apresentado, alegando a falta de legitimidade da Procuradora-Geral da República, nos termos da Lei do Tribunal Constitucional, sobretudo, e por exclusão de partes, do seu artigo 69º. Mas não sem antes se pronunciar concisamente sobre os fundamentos invocados para a nulidade do acórdão nº 268/2022, do que realçamos a resposta ao terceiro fundamento invocado, aquele que aponta para uma omissão de pronúncia do Tribunal Constitucional por não ter fixado expressamente os efeitos da inconstitucionalidade da Lei dos Metadados. E quanto a este, dispôs o Tribunal Constitucional não se verificar qualquer omissão de pronúncia, porque a “consequência jurídica da declaração de inconstitucionalidade de quaisquer normas é determinada pela

⁶ Que, como se faria prever, foi alvo de duras críticas por ingerência nas competências do Tribunal Constitucional. Veja-se o Comunicado da Ordem dos Advogados Portuguesa que considerou “que o Governo não se pode ingerir na actividade dos Tribunais, como inevitavelmente sucede se o Primeiro-Ministro intervém no espaço público a defender uma interpretação jurídica sobre as consequências de uma decisão judicial, desvalorizando as iniciativas dos advogados de defesa dos cidadãos nos diversos processos, como contrárias à interpretação jurídica que defende”. Disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/comunicados/2022/comunicado-do-bastonario-acordao-do-tribunal-constitucional-sobre-metadados/> [01.07.2022].

⁷ Cf. <https://observador.pt/2022/05/16/costa-descarta-revisao-constitucional-e-avanca-com-nova-proposta-para-metadados/> [01.09.2022].

⁸ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220382.html> [01.09.2022].

Constituição e não pelo Tribunal Constitucional, consistindo na invalidade *ipso jure*, com produção de efeitos desde a sua entrada em vigor (nº 1 do artigo 282º da Constituição)”. E reforçou que é apenas quando o Tribunal Constitucional entender necessário lançar mão do condicionalismo do nº 4 do artigo 282º da Constituição, “que lhe cabe determinar os respetivos termos”.

Perante esta decisão ficaram esclarecidas as eventuais dúvidas quanto aos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade da Lei dos Metadados (e, obviamente, da eliminação da norma), mas apenas quanto aos casos não transitados em julgado. O Tribunal Constitucional nada referiu quanto à brecha do artigo 292º, nº 3, 2ª parte, da CRP, o que, salvo melhor opinião, reforçou tacitamente a obrigatoriedade de declaração expressa para a extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade aos casos julgados. O que, como vimos já, não se verificou no acórdão nº 268/2022⁹.

E quando parecia estar sanada a problemática da possibilidade de decisões transitadas em julgado virem a ser reanalisadas por força da desaplicação da Lei dos Metadados, algumas vozes – sobretudo por parte da advocacia – se ergueram, chegando a própria Ordem dos Advogados Portugueses, no mesmo comunicado em que lançou duras críticas ao Governo por ingerência abusiva na justiça (v. nota 6), a apelar ao ativismo dos advogados, ainda que não assumindo posição clara sobre a matéria. E a verdade é que, por declarações que ecoaram, sobretudo nos meios de comunicação social, tornou-se óbvia a pretensão de vários defensores (sobretudo aqueles relacionados a casos mediáticos¹⁰) de apresentarem, não apenas requerimentos para verificação da nulidade nos processos pendentes, mas também de interporem recurso de decisões já transitadas em julgado¹¹.

⁹ Muitíssimo pertinente e exatamente sobre esta problemática veja-se a conferência online “Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade”, promovida pelo Instituto do Acesso ao Direito da Ordem dos Advogados, e proferida por Raquel Brízida Castro, que afirmou que a regra quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral é a salvaguarda do caso julgado, mais uma vez realçando o princípio da segurança jurídica, a não ser se a norma que foi declarada inconstitucional for de âmbito penal e o respetivo conteúdo for menos favorável ao arguido, o que é o caso. E continua: “Mas, para tal, o Constitucional tinha de ter dito expressamente isso, o que não aconteceu”. Esta conferência está disponível, na íntegra, em <https://www.youtube.com/watch?v=nN1V18o-zil> [02.09.2022].

¹⁰ P. ex., no caso de Tancos, no caso do homicídio de Luís Grilo ou no homicídio do rapper Mota Jr.

¹¹ Algumas destas declarações foram proferidas, entre outros contextos, no programa “Em nome da Lei”, onde é possível ouvir o advogado Ricardo Serrano Vieira a afirmar que há lugar ao recurso de revisão e o constitucionalista Paulo Mota Pinto, a relembrar que, embora a Constituição ressalve a intangibilidade do caso julgado “o problema é que há no Código do Processo Penal um outro artigo, que é o 449, nº 1 alínea f, que diz que é fundamento de revisão

Perante estas reações, mesmo que se entenda não estarem os casos julgados cobertos pelos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, é legítimo esperar que os tribunais, e mais especificamente o Supremo Tribunal de Justiça, se vejam confrontados por recursos naquele sentido¹². E, por isto, importa agora analisar, não apenas, desta possibilidade, mas ainda todos os requisitos necessários a um pedido de revisão com tal fundamento.

2. O regime legal da revisão fundada na declaração de inconstitucionalidade de norma

2.1. Generalidades

Como se acabou de ver, o chumbo, pelo Tribunal Constitucional, da Lei nº 32/2008, de 17 de julho, alavancou a possibilidade de revisão de inúmeras decisões condenatórias já transitadas em julgado, ou seja, a possibilidade de se lançar mão do recurso de revisão, previsto constitucionalmente para situações de exceção, nas quais se permite a derrogação do caso julgado em situações de flagrante injustiça, por regra fomentadas pelo erro judicial.

O Código de Processo Penal (CPP) prevê, no seu artigo 449º, nº 1, um elenco taxativo composto por sete fundamentos para a revisão, de cariz extraordinário e, cada um deles, revestidos de várias exigências. São eles: a) dolo do julgador, b) falsidade da prova, c) inconciliabilidade de decisões, d) novos factos ou novos meios de prova, e) prova proibida, f) declaração da inconstitucionalidade de norma essencial à decisão (fundamento que analisaremos mais de perto), g) decisão de instância internacional vinculativa do Estado Português.

Note-se que os primeiros quatro fundamentos são os fundamentos originários do recurso de revisão, ao passo que os três últimos fundamentos foram introduzidos na profunda alteração sofrida pelo CPP em 2007, pela

a declaração de inconstitucionalidade de norma que tenha servido de fundamento à condenação”. Este programa está disponível em <https://rr.sapo.pt/artigo/em-nome-da-lei/2022/05/20/polemica-dos-metadados-pj-vai-passar-todos-os-processos-a-pente-fino/284991/> [01.09.2022].

¹² A este propósito, ver as declarações da ex-Procuradora-Geral da República Joana Marques Vidal em <https://www.dn.pt/sociedade/diretor-da-pj-diz-que-fim-do-acesso-aos-metadados-durante-um-ano-dificulta-trabalho-14894115.html> [01.09.2022].

Lei nº 48/2007, de 29 de agosto, que alargou substancialmente a possibilidade da revisão, sobretudo no seu âmbito, com a introdução daqueles três novos fundamentos e com a abertura do leque de possibilidade de revisões subsequentes.

E, atendendo ao carácter excecional deste recurso, este alargamento não é assunto de menor importância. Efetivamente, a revisão foi desenhada para funcionar como uma última *ratio* da justiça, um último remédio contra as decisões injustas, quando mais nenhuma outra solução se vislumbra e apenas nas situações em que a muito provável e flagrante injustiça é, por si só, merecedora de força suficiente que motive a derrogação do caso julgado¹³ e, conseqüentemente, o primado constitucional da certeza e segurança jurídicas. Daí que a previsão deste recurso encontre guarida na própria Constituição, no artigo 29º, nº 6.

Mas ao contrário do que o texto constitucional possa fazer crer – “Os cidadãos *injustamente condenados* têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e à indemnização pelos danos sofridos” –, o CPP prevê duas situações de revisão de decisões absolutórias, nas alíneas a) e b) daquele artigo 449º, nº 1¹⁴.

O que é importante realçar neste contexto é que “o princípio da *res judicata pro veritate habetur* é um princípio de utilidade e não de justiça e por isso não pode obstar à revisão de sentença”¹⁵ quando haja fortes elementos de convicção de que a decisão proferida é injusta. Ou porque “a decisão proferida não corresponde em matéria de facto à verdade histórica que o processo penal quer e precisa em todos os casos alcançar”¹⁶ ou, excecionalmente, porque

¹³ Consagrado, ainda que indiretamente, no artigo 29º, nº 5, da CRP, através da consagração direta do *ne bis in idem*.

¹⁴ Com todos os problemas de (in)constitucionalidade que estas duas alíneas suscitem, por tanto se distanciarem do texto constitucional. Problemática que, aliás já foi analisada pela autora, e que pode ser consultada em Ana Teresa CARNEIRO, “Entre as duas faces de *Janus*: o recurso extraordinário de revisão, em particular as alíneas a) e b) do nº 1 do artº 449º do Código de Processo Penal”, in Joaquim Freitas da Rocha (coord.), *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho*, tomo II, *Ética e Direito*, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho (Departamento de Ciências Jurídicas Públicas), 2013, pp. 7-18, disponível em https://issuu.com/eduminho/docs/final_anu_rio_2013_etica_e_direito [02.09.2022]. Ver ainda o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de setembro de 2007, proc. nº 07P2281, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/df4b9f9674b6909d80257378003031e0?OpenDocument> [02.09.2022].

¹⁵ António Henriques GASPARGAR *et al.*, *Código de Processo Penal Comentado*, 3ª edição revista, Coimbra, Almedina, 2021, p. 1436.

¹⁶ António Henriques GASPARGAR *et al.*, *Código de Processo Penal Comentado*, *op. cit.*, p. 1436.

há razões de direito que determinam a revisão [que será o caso da alínea f), aqui em apreço, e da alínea g), ambas introduzidas pela reforma de 2007].

Como se afirma no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proc. nº 344/15.7GDCNT-A.S1, de 24 de maio de 2017¹⁷, o recurso extraordinário de revisão, “constitui, pois, uma exceção ou restrição ao princípio da intangibilidade do caso julgado, que por sua vez deriva do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, que é um elemento integrante do próprio princípio do estado de direito [e] condição fundamental da paz jurídica que todo o sistema jurídico prossegue, como condição da própria paz social”. Todavia, “se a incerteza jurídica provoca um sentimento de insegurança intolerável para a comunidade, a intangibilidade, em obediência ao caso julgado, de uma decisão que vem a revelar-se claramente injusta perturbaria não menos o sentimento de confiança colectiva nas instituições”¹⁸. Claro está que, atendendo à excecionalidade da revisão, esta apenas é admissível dentro do elenco taxativo previsto no CPP e respeitados os apertados requisitos aí previstos¹⁹. No caso em concreto da alínea f), tal como em todas alíneas do artigo 449º, nº 1, qualquer requisito aí estabelecido deverá ser interpretado em conformidade com a CRP.

2.2. A alínea f) do nº 1 do artº 449º do Código de Processo Penal

No caso aqui em apreço, devemos analisar o fundamento contemplado na al. f) do nº 1 do artigo 449º²⁰, que diz respeito a situações em que o princípio do respeito pelo caso julgado cede perante a declaração da inconstitucionalidade com força obrigatória geral de norma de conteúdo menos favorável ao arguido que tenha servido de fundamento à condenação.

Mas como já se pôde perceber da introdução feita neste artigo à problemática que nos trouxe novamente à análise da revisão fundamentada na

¹⁷ António Henriques GASPARG *et al.*, *Código de Processo Penal Comentado*, *op. cit.*, pp. 1441-1442.

¹⁸ O mesmo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proc. nº 344/15.7GDCNT-A.S1, de 24 de maio de 2017.

¹⁹ Sobre o caso julgado e o seu enfraquecimento perante a revisão veja-se Paulo Renato de Freitas BELO, “O recurso de revisão e a reforma penal”, *Julgar*, nº 23, 2014, pp. 83-85.

²⁰ Acompanhando, de perto, a análise da autora em *Dos Fundamentos do Recurso Extraordinário de Revisão*, Lisboa, Rei dos Livros, 2012, pp. 142-151.

declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, este fundamento apresenta algumas dificuldades²¹, podendo ser até questionada a sua constitucionalidade.

Na prática, a introdução no CPP deste fundamento, em 2007, teve por objetivo preencher a lacuna legal que existia até então, relativa a um mecanismo processual penal de execução das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional de inconstitucionalidade de norma de conteúdo menos favorável ao arguido que tivesse servido de fundamento à sua condenação. Ao que parece, concretizando no processo penal o conteúdo do artigo 282º da CRP, especialmente no atinente ao seu nº 3, que, como já se viu, estabelece uma exceção aos efeitos *ex tunc* de inconstitucionalidade, ao estipular que “ficam ressalvados os casos julgados”. A este propósito, já se afirmou no acórdão do Tribunal Constitucional nº 232/04²², que “colocado entre dois campos de interesses opostos – de um lado a consideração do interesse da certeza e segurança jurídicas, a demandar o respeito pelo caso julgado, com a sua natureza definitiva, e do outro o interesse do respeito pela ‘legalidade’ constitucional, a solicitar a reconstituição da ordem jurídica constitucional mediante o afastamento da norma que a violava e de todos os efeitos jurídicos produzidos à sua sombra – o legislador constitucional sobrepôs o primeiro ao segundo, pondo como limite ao efeito *ex tunc* da inconstitucionalidade a existência de caso julgado formado relativamente a situação em que tenha ocorrido a aplicação da norma declarada inconstitucional”.

Contudo, a parte final do nº 3 do artigo 282º da CRP consagra uma “exceção de exceção”²³, ao dispor que o Tribunal Constitucional pode decidir pela atribuição dos efeitos retroativos aos casos julgados, nas situações em que a norma declarada inconstitucional respeitar a matéria penal,

²¹ Veja-se o referido nos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de dezembro de 2008 e 3 de março de 2010, proc. nº 08P2147 e proc. nº 714/01.8TAFVN.A.S1-3, respetivamente – acórdãos disponíveis no site www.dgsi.pt [13.07.2022].

²² Acórdão disponível no site www.tribunalconstitucional.pt [11.07.2022].

²³ J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotado*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 976.

disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social²⁴ e for de conteúdo menos favorável ao arguido²⁵.

Ora, esta solução legal, que sempre passará pela derrogação do caso julgado em homenagem ao respeito pela legalidade constitucional, compreende-se excecionalmente no âmbito penal, sobretudo se pensarmos na hipótese de existirem condenados no âmbito de decisões fundadas em norma inconstitucional. São razões de igualdade, de justiça e de coerência que se arrogam em situações como esta ou, melhor, o evitar de paradoxos judiciais, através do “reconhecimento de que, num Estado de Direito, não se justifica invocar o trânsito em julgado da decisão para obstar à aplicação de uma lei penal mais favorável e, conseqüentemente, obrigar o condenado a cumprir a pena fixada em norma inconstitucional”²⁶. Como bem se refere no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de julho de 2014, proc. nº 145/10.9JAPDL-B. S1, “o instituto da revisão da sentença, de matriz constitucional, enquanto mecanismo processual conflituante com o caso julgado material, também constitucionalmente consagrado através do princípio do *ne bis in idem*, consubstancia um incidente excepcional, em que só perante situações especiais, rigorosamente previstas na lei, é admissível a sua utilização, com vista a repor a verdade e a realização da justiça”²⁷.

Mas, voltando ao nó górdio da questão em análise, há que referir que, embora o artigo 449º, nº 1, alínea f) não o refira expressamente, os efeitos retroativos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade de norma respeitante a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e que seja menos favorável ao arguido não operam *ope juris*²⁸, sendo obrigatória a sua determinação por pronúncia do Tribunal Constitucional. Ou seja, o caso julgado só será tangível numa decisão de inconstitucionalidade com

²⁴ Portanto, matéria revestida de carácter sancionatório.

²⁵ O que, aliás, é coerente a toda uma sistemática penal fundada no princípio da aplicação da lei mais favorável ao arguido (v.g. em matéria de aplicação da lei no tempo). Neste caso, a norma será de conteúdo menos favorável ao arguido quando prevê como punível uma conduta anteriormente não punível e quando contempla diferenças relativas a outras matérias, nomeadamente, na própria pena (p. ex., uma pena mais severa, quer no respeitante à sua natureza, quer ao seu *quantum* ou uma norma que preveja menos circunstâncias atenuantes ou mais circunstâncias agravantes da pena.

²⁶ Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 836.

²⁷ Disponível em <http://www.dgsi.pt> [02.07.2022].

²⁸ Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, *op. cit.*, p. 837.

força obrigatória geral, quando o Tribunal Constitucional expressamente assim o decidir, declarando a sua opção pela não consolidação de situações derivadas da aplicação da norma declarada inconstitucional²⁹.

Veja-se, neste sentido, a posição clara do Tribunal Constitucional, no acórdão nº 232/2004³⁰: “[e]ssa quebra do respeito pelo caso julgado formado sobre a aplicação da lei declarada inconstitucional não opera *ope juris*: antes, o legislador constitucional cometeu-a à ponderação do Tribunal Constitucional[.] O afastamento do princípio do respeito pelo caso julgado, aqui previsto, funda-se em razões de justiça, igualdade e equidade que são especialmente sensíveis nos domínios contemplados – o penal, disciplinar e contraordenacional. Por outro lado, a atribuição, pela Constituição, ao Tribunal Constitucional do poder de afastar o princípio do respeito pelos casos julgados explica-se pelo facto de tal solução envolver sempre a formulação de um concreto juízo de ponderação, com referência à concreta norma jurídica em causa, daquelas razões de justiça, ao qual não poderão ser alheios os princípios da adequação e proporcionalidade”.

Argumentar, como se ouviu neste contexto, que a norma processual penal – a alínea f) do nº 1 do artigo 449º – não exige especificamente a declaração expressa do tribunal Constitucional no sentido da derrogação dos casos julgados feridos pela norma inconstitucional, parece-nos esquecer o primado da Constituição e a obrigatoriedade da conformidade das leis ordinárias com a Lei Fundamental.

Uma solução que viesse permitir ao Supremo Tribunal de Justiça, no âmbito do recurso de revisão, a definição, em todos os casos julgados, dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade da norma que serviu de fundamento à condenação, quando o nº 3 do artigo 282º da CRP expressamente reserva ao Tribunal Constitucional a definição desses efeitos retroativos a casos julgados, obrigaria realmente a considerar a inconstitucionalidade da alínea f) do nº 1 do artigo 449º, por desconformidade com a Lei Fundamental. Tem sido, aliás, neste sentido, que a jurisprudência do

²⁹ Ver acórdão do Tribunal Constitucional nº 232/04, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040232.html> Disponível [02.09.2022].

³⁰ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040232.html> Disponível [02.09.2022].

Supremo Tribunal de Justiça³¹ e alguma doutrina³² se têm pronunciado pela inconstitucionalidade da alínea f), quando interpretada literalmente e, assim, em desconformidade com a Constituição. Na verdade, a constitucionalidade da alínea f) do nº 1 do artigo 449º apenas estará assegurada se interpretada restritivamente “no sentido de só constituir fundamento de revisão a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral relativamente aos casos julgados determinados pelo TC”³³.

Mais complicado se torna, porém, a análise desta questão no mais alargado panorama europeu, que pode levantar já algumas dúvidas quanto à salvaguarda do caso julgado. Mesmo defendendo que sempre imperará o direito constitucional interno, acompanhamos aqui Raquel Brízida Castro³⁴, que propõe que o Supremo Tribunal de Justiça, no âmbito dum recurso de revisão, deverá solicitar esclarecimentos ao Tribunal de Justiça da União Europeia quanto a eventuais dúvidas que lhe surjam na interpretação conjunta do direito nacional e europeu, através do mecanismo do reenvio prejudicial para aquela instância europeia³⁵.

Aqui chegados, já se percebe que a questão de se saber se impera ou não a necessidade de declaração expressa do Tribunal Constitucional quanto ao sacrifício do caso julgado decorrente duma declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral proferida no âmbito dum processo de fiscalização abstrata sucessiva, não é a única problemática suscitada pela alínea f) do nº 1 do artigo 449º do CPP. Até porque há que suscitar ainda a relevância da data da declaração de inconstitucionalidade da norma, já que o artigo 449º, nº 1, alínea f) do CPP é omissivo neste ponto. A decisão de inconstitucionalidade terá de ser posterior ao trânsito em julgado da decisão a rever ou, antes, é aceitável a revisão nas situações em que a declaração de

³¹ Vejam-se, p. ex., os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de maio e de 10 de dezembro de 2008, proc. nº 08P1150 e proc. nº 08P2147, respetivamente disponíveis em www.dgsi.pt [01.07.2022].

³² Cf. Manuel Simas SANTOS e Manuel LEAL-HENRIQUES, *Recursos Penais*, Lisboa, Rei dos Livros, 2011, p. 231.

³³ Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, pp. 1213-1214.

³⁴ Novamente em <https://www.youtube.com/watch?v=nN1V18o-zil> [02.09.2022].

³⁵ Raquel Brízida Castro afirma que o direito da União Europeia não afasta a hipótese de uma invalidade desta natureza ter efeito mesmo em casos já transitados em julgado e que há mesmo quem defenda que, face ao princípio do primado do direito da União Europeia, o artigo da Constituição que restringe os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a casos ainda não transitados em julgado não deve ser aplicado. Daí a eventual necessidade do reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia.

inconstitucionalidade ocorreu anteriormente ao trânsito em julgado da decisão revidenda? Só a primeira hipótese será de aceitar, ou seja, a decisão do Tribunal Constitucional de inconstitucionalidade da norma deve ser posterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória³⁶, sob pena de, tal como em situações idênticas que se levantam em sede de revisão, termos o que se pode chamar de um novo grau de recurso encapotado (o condenado teve à sua disponibilidade recursos ordinários que lhe permitiam afastar a norma entretanto declarada inconstitucional, e, se não os aproveitou não poderá ser o carácter excepcional deste recurso a sofrer as respetivas consequências³⁷). Mais, enquanto não se formar o caso julgado, a decisão poderá ser reapreciada também pelo próprio tribunal da condenação, sempre que por força da eliminação da norma isso implicar a aplicação retroativa da lei anteriormente aplicável, à luz do artigo 2º, nº 2 (quando a repristinação da norma anterior à norma declarada inconstitucional implica a descriminalização da conduta) ou nº 4 do Código Penal (se a conduta se mantém punível, mas à luz de um regime mais favorável)³⁸.

Para além da declaração de inconstitucionalidade da norma, com todas as minudências acabadas de analisar, exige este preceito que tal norma tenha servido de fundamento à condenação, isto é, que tenha composto a *ratio decidendi* da decisão condenatória (e tão apenas desta, uma vez que aqui se

³⁶ Acompanhe-se Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, op. cit., p. 1213, e o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Novembro de 2010, proc. nº 347/06.2GBV LG-A.S1, disponível em www.dgsi.pt [11.07.2022].

³⁷ Efetivamente, o “recurso de revisão é estruturado na lei processual penal em termos que não fazem dele uma nova instância, surgida no prolongamento da ou das anteriores. O núcleo essencial da ideia que preside à instituição do recurso de revisão, precipitada na alínea d) do nº 1 do artigo 449º do CPP, reside na necessidade de apreciação de novos factos ou de novos meios de prova que não foram trazidos ao julgamento anterior. Trata-se aí de uma exigência de justiça que se sobrepõe ao valor de certeza do direito consubstanciado no caso julgado”. Cf. Vinício A. P. RIBEIRO, *Código de Processo Penal - Notas e Comentários*, 3ª edição, Lisboa, Quid Juris, 2020, p. 1114. Também Paulo Ferreira da CUNHA afirma que o recurso de revisão “apenas pode ser admitido excepcionalmente, em casos em que se evidencie ou, pelo menos, se indicie, com uma probabilidade muito séria, a injustiça da condenação. [Destarte], como vimos, só circunstâncias ‘substantivas e imperiosas’ devem permitir a quebra do caso julgado, de modo a que este recurso extraordinário não se transforme numa ‘apelação disfarçada’”. “*Diabolus ex machina*”? Do recurso extraordinário de revisão de sentença penal”, *Revista do Ministério Público*, nº 166, abril-junho 2021, p. 131.

³⁸ Não é aqui despidendo relembrar que o artigo 2º, nº 4, do Código Penal sofreu uma importante alteração, operada também pela Lei nº 59/2007, de 4 de Setembro, que apagou o limite que era imposto à retroatividade da lei penal mais favorável pelo caso julgado. O que implicou o novo artigo 371º-A do CPP, que atualmente regula a abertura da audiência para a aplicação retroativa de lei penal mais favorável que inicie a sua vigência posteriormente ao trânsito em julgado da condenação, nas situações em que esta nova lei não tenha determinado a cessação da execução da pena (com críticas bastante duras ao artigo 371º-A do CPP, veja-se Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, que considera este novo regime processual inconstitucional, como, aliás, considera também suceder com a atual redação do nº 4º do artigo 2º do Código Penal (*Comentário do Código de Processo Penal*, op. cit., pp. 939-940).

trata dum fundamento de revisão *pro reo*, portanto, apenas relativo a decisões condenatórias). Não exige o legislador que a norma declarada inconstitucional tenha sido a única norma a fundamentar a condenação, mas exige sim que essa norma, por si só ou conjuntamente com outras, tenha sido determinante para fundamentar e legitimar a decisão condenatória.

3. Considerações finais

A declaração da inconstitucionalidade da conjugação dos artigos 4º e 6º e, ainda, do artigo 9º da Lei nº 32/2008, de 17 de julho (Lei dos Metadados), por violação dos princípios constitucionais da proporcionalidade na restrição da reserva da intimidade da vida privada e à autodeterminação informativa e o direito a uma tutela jurisdicional efetiva, operada pelo acórdão do Tribunal Constitucional nº 268/2022, acarretou graves consequências práticas ao nível da investigação criminal, sobretudo quanto às alternativas que permitam colmatar as dificuldades agora surgidas com a eliminação das possibilidades que se dispunham naquela Lei, mas também suscitou questões difíceis sobre o estabelecimento dos efeitos *ex tunc* daquela declaração.

A questão central neste artigo prende-se com o eventual alcance desses efeitos aos casos julgados que, como se viu, mereceu o nosso posicionamento no sentido da obrigatoriedade duma declaração expressa do Tribunal Constitucional, portanto, do entendimento deste Tribunal que contrarie a exceção prevista para a aplicação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral aos casos julgados³⁹.

Intimamente relacionada com esta questão surgiu a interpretação, duvidosa, ainda que literal, do artigo 449º, nº 1, alínea f), com a hipótese de haver lugar a revisão de sentença sempre que uma norma, constatada essencial à condenação, tenha sido declarada inconstitucional, com força obrigatória geral, dispensando-se então aquela declaração expressa do Tribunal Constitucional. Esta interpretação não merece o nosso acolhimento, antes salvaguardando-se uma interpretação restritiva da alínea f), aliás, cremos que a única que não coloca em causa a própria constitucionalidade deste preceito,

³⁹ Com o mesmo entendimento v. Paulo Renato Freitas BELO, *O recurso de revisão e a reforma penal*, op. cit., pp. 102-103.

o que sempre implicará declaração expressa do Tribunal Constitucional que afaste a exceção de aplicação da decisão de inconstitucionalidade aos casos julgados, nos termos do artigo 282º, nº 3.

De qualquer forma, a verdade é que a mera existência de tantas dúvidas acerca deste fundamento de revisão sugere alguma imprecisão na redação da alínea f) do nº 1 do artigo 449º, como já tivemos oportunidade de criticar⁴⁰. Mais, relembramos também que este regime, para além de dúbio, nos parece “repetitivo” e “mais complexo e menos célere do que o regime de aplicação retroactiva de lei penal mais favorável previsto no artº 2º do CP e no artº 371º-A do CPP”⁴¹.

Concluídas estas breves considerações, a verdade é que, mesmo assim, se espera que vários pedidos de revisão, com fundamento na declaração de inconstitucionalidade da Lei dos Metadados, cheguem ao Supremo Tribunal de Justiça, pelo que urge dar resposta às inquietações aqui sumariamente elencadas e, sendo caso disso, fazer operar o reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia.

⁴⁰ Em Ana Teresa CARNEIRO, *Dos Fundamentos do Recurso Extraordinário de Revisão*, p. 151.

⁴¹ Ana Teresa CARNEIRO, *Dos Fundamentos do Recurso Extraordinário de Revisão*, *op. cit.*, p. 150.