



Inês Mariana Morais Fernandes

**RELATÓRIO DE ESTÁGIO CURRICULAR NO
JUÍZO CENTRAL CRIMINAL DE LISBOA**

*A Recusa de depoimento em processo penal: insuficiências
do regime e problemas subsistentes na prática judiciária*

Relatório de Estágio com vista à
obtenção do grau de Mestre em Direito
Forense e Arbitragem

Orientador:

Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Junho de 2023



Relatório de Estágio Curricular no Juízo Central Criminal de Lisboa

A Recusa de depoimento em processo penal: insuficiências do regime e problemas subsistentes na prática judiciária

Relatório de Estágio Curricular
apresentado à Faculdade de Direito
Nova de Lisboa com vista à obtenção
do grau de Mestre em Direito Forense
e Arbitragem

Inês Mariana Morais Fernandes

Orientador: Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto
Supervisor do Estágio: Juíza de Direito Dra. Helena Susano

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Junho de 2023

Declaração de compromisso anti-plágio

Em conformidade com o artigo 22º do Regulamento do 2º Ciclo de Estudos Conducente ao Grau de Mestre de Direito, declaro que o texto apresentado é da minha exclusiva autoria e que toda a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada.

Dedicatória

À minha família pela paciência inesgotável e pelo apoio em incondicional em todos os momentos da minha vida.

Ao Raúl, por sempre acreditar em mim e me apoiar nos momentos mais difíceis.

Ao Senhor Professor Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto pela orientação do presente relatório.

Ao Exma. Juíza Dra. Helena Susano pela disponibilidade permanente, pelos ensinamentos transmitidos e pela forma acolhedora com que me recebeu.

Aos Exmos. Juízes Dra. Marta Cabral e Dr. Bruno Ferreira pelo acompanhamento diário durante este percurso.

E, por fim, aos funcionários do Juízo Central Criminal de Lisboa pela simpatia e amabilidade demonstradas.

Modo de citação e número de caracteres

1. O presente relatório de estágio foi escrito ao abrigo do atual acordo ortográfico da língua portuguesa.
2. Na citação de textos anteriores ao Acordo Ortográfico de 1990 ou que não o sigam, mantém-se a grafia original.
3. Todas as citações apresentadas referem-se a obras consultadas ou jurisprudência (disponível on-line).
4. São seguidas as Normas Portuguesas n.º 405-1 e 405-4 do Instituto Português da Qualidade.
5. A bibliografia final encontra-se organizada alfabeticamente da seguinte forma: APELIDO, nome do autor, título da obra, edição, local: editora e ano.
6. A bibliografia referenciada em nota de rodapé aquando da primeira referência apresenta-se conforme a bibliografia final, ao que acresce a indicação da(s) página(s).
7. Nas referências seguintes é apresentada da seguinte forma: APELIDO, nome do autor, título da obra (abreviado), cit.nota x (sendo que o x representa o número da nota de rodapé onde a obra é referenciada de forma completa), página(s).
8. O corpo do relatório, no qual se inclui espaços e notas de rodapé, ocupa um total de 199 934 caracteres.

Lista de Abreviaturas

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
MP	Ministério Público
P.	Página
PP.	Páginas
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

Resumo

O presente relatório surge como produto do estágio curricular realizado no Juízo central Criminal de Lisboa, durante quatro meses. No decurso do estágio, foi possível assistir a diligências bastante heterogéneas, consultar processos e proceder ao estudo de importantes questões jurídico-processuais que neles se suscitavam. No entanto, além de um retrato tão fiel quanto possível da experiência em que se consubstanciou o estágio efetuado, este relatório comporta ainda um trabalho de investigação subordinado ao tema da recusa de depoimento em processo penal. Após o acompanhamento de inúmeras audiências de julgamento, constatou-se que um regime que, com tanta frequência, é aplicado na prática judiciária, permanece, contudo, rodeado de dúvidas, incertezas e interpretações doutrinárias diversas que acabam por culminar num avolumar de acórdãos dissidentes. Por isso, tomando como ponto de partida a assunção de uma posição quanto à ratio que sustenta a faculdade de recusa a depor, este trabalho desenrola-se em torno de uma análise crítica do regime disposto no art. 134.º do CPP, direcionada, por um lado, à deteção das principais insuficiências que o mesmo evidencia e, por outro, ao tratamento de alguns dos problemas com os quais a prática judiciária se tem confrontado na sua aplicação.

Palavras-chave: *Ratio*, Recusa de depoimento, prática judiciária, acórdãos dissidentes

Abstract

This report comes as a product of the curricular internship carried out at the Central Criminal Court of Lisbon, for four months. During the internship, it was possible to attend very heterogeneous proceedings, consult cases and study important legal and procedural issues that arose in them. However, in addition to a portrait as faithful as possible of the experience in which the internship was substantiated, this report also includes an investigative work on the subject of the refusal of testimony in criminal proceedings. After the follow-up of numerous trial hearings, it was found that a regime that is so often applied in judicial practice, remains, however, surrounded by doubts, uncertainties and diverse doctrinal interpretations that end up culminating in an increase of dissenting judgments. Therefore, taking as a starting point the assumption of a position as to the ratio that sustains the faculty of refusal to testify, this work unfolds around a critical analysis of the regime provided for in article 134 of the Criminal Procedure Code, directed, on the one hand, to the detection of the main inadequacies that it evidences and, on the other hand, the treatment of some of the problems with which judicial practice has been confronted in its application.

Keywords: Ratio, Refusal of testimony, Judicial practice, Dissenting judgments

Introdução

O mestrado em Direito Forense e Arbitragem da Nova School of Law evidencia a particularidade de poder ser concluído com a elaboração de um relatório de estágio, de uma dissertação ou de um trabalho de projeto. Configurando-se, contudo, como essencial, a experimentação prática dos conhecimentos jurídicos adquiridos ao longo do percurso académico trilhado, não restou a menor dúvida quanto ao caminho a seguir. Impunha-se tomar contacto com a prática judiciária e compreender verdadeiramente como o Direito se realiza no território dos casos concretos. Neste sentido, optou-se pela elaboração de um relatório de estágio, considerando que no mesmo se encontrava ínsita a possibilidade de estagiar num tribunal. A escolha acabou por assentar no Juízo Central Criminal de Lisboa, por nele se ter vislumbrado a oportunidade de uma aprendizagem prática no âmbito do Direito Penal e Processual Penal.

Ora, tal foi o que justamente sucedeu. Quatro meses de estágio neste Juízo traduziram-se, essencialmente, na assistência a diligências de diversa natureza, na consulta e estudo dos respetivos processos, na pesquisa de jurisprudência, na análise de prova documental e ainda na elaboração de projetos de despachos.

Do acompanhamento, em particular, de inúmeras audiências de julgamento acabou por resultar o tema do trabalho de investigação contido no presente relatório. Efetivamente, após se ter percecionado a importância da prova testemunhal na formação da convicção do tribunal, entendeu-se que seria particularmente relevante proceder ao estudo do regime da recusa de depoimento plasmado no art. 134.º do CPP.

Por isso, do segundo capítulo deste relatório, consta uma análise crítica deste regime, que principia com a abordagem do fundamento da faculdade de recusa a depor e acaba por desaguar na resolução de algumas questões práticas atualmente controvertidas na doutrina e jurisprudência.

Capítulo I – O Estágio

1. A instituição: O Juízo Central Criminal de Lisboa

1.1 Competência

O Juízo Central Criminal de Lisboa encontra-se localizado no edifício A do Campus de Justiça, onde igualmente se encontra em funcionamento o Tribunal de Execução de Penas. A sua competência encontra-se determinada nos arts.º 81.º, n.º 3, al. c), 118.º e 130.º, n.º 1 da Lei da Organização do Sistema Judiciário (LOSJ).

Em razão do território, de acordo com o Mapa III anexo ao ROFTJ e art. 19.º, n.º 1 do CPP, o JCCL tem a sua competência circunscrita ao município de Lisboa.

Relativamente à competência material, a mesma vem definida no art. 118.º, n.º 1 da LOSJ. A competência material do JCCL, especificamente considerada, é delimitada por referência à competência do tribunal coletivo e do tribunal do júri nos arts. 14.º e 13.º do CPP. Refira-se que este Juízo é ainda competente para o julgamento de crimes estritamente militares, (cfr. art. 118.º, n.º 2 da LOSJ e art. 1.º, n.º 2 do CJM).

Uma vez que, neste Juízo, o julgamento dos processos é sempre da competência de um tribunal coletivo ou do tribunal do júri, cumpre tecer umas breves considerações a respeito de cada um destes tribunais, cujo funcionamento se pôde vislumbrar na prática.

1.2 Tribunal Coletivo

O tribunal coletivo encontra a sua competência definida nos termos do art. 14.º do CPP, para o qual remete o art. 134.º da LOSJ.

No que respeita à sua composição, o tribunal coletivo é constituído, em regra, por três juizes privativos: um juiz presidente e dois juizes adjuntos (art. 133.º da LOSJ). O juiz a quem for distribuído o processo será o juiz presidente (art. 135.º da LOSJ), sendo os outros dois juizes do coletivo os juizes adjuntos. No entanto, cumpre notar que esta composição se altera no julgamento dos crimes estritamente militares, uma vez que, nesse caso, um dos adjuntos será um juiz militar (cfr. art. 116.º, n.º 1, al. c) do CJM). A intervenção do juiz militar é feita por escala, com exceção dos processos por crimes diretamente relacionados com um dos ramos das Forças Armadas ou com a GNR, uma vez que, nesse caso, o juiz militar é o oriundo desse ramo (cfr. arts. 116º, n.º 2 e 115.º, n.º 2 do CJM).

Como o estágio foi realizado num dos tribunais coletivos com competência para o julgamento de crimes estritamente militares, observou-se que, por regra, o processo

tinha conexão com um dos ramos da Forças Armadas ou com a GNR e, por isso, intervinha no julgamento como juiz adjunto, o juiz militar oriundo do respetivo ramo em causa. Apesar da constituição do tribunal coletivo ser diversa no julgamento deste tipo de crimes, o seu funcionamento não se altera. O juiz militar, à semelhança do outro juiz adjunto, pode, em sede de audiência, colocar as questões que considere pertinentes para a descoberta da verdade material e para a boa decisão da causa. Em muitos processos, observou-se, inclusivamente, que o facto de ser um especialista na matéria militar sob júízo constituiu uma mais valia para a compreensão de certos conceitos técnicos e de determinadas normas do meio castrense.

1.3 Tribunal do Júri

O tribunal do júri encontra-se constitucionalmente consagrado nos termos do art. 207.º da CRP. No que respeita à sua composição, o tribunal do júri é constituído pelos três juízes que compõem o tribunal coletivo (sendo o seu presidente, de entre deles, o juiz a quem o processo foi distribuído) e oito jurados selecionados, quatro efetivos e quatro suplentes, sendo que estes últimos apenas intervêm quando, em audiência de julgamento ou antes do seu início, algum dos efetivos se impossibilitar, nos termos do art. 16.º, n.º 2, conforme dispõe o art. 1.º, n.ºs 1 a 3, todos do DL 387-A/87 (doravante designado por RJ). A competência deste tribunal vem definida nos arts. 13.º, n.º 1 e 2, do CPP art. 2.º, n.º 1 e 2 do RJ). A intervenção do tribunal de júri, além do mais, sempre depende de requerimento irretratável do MP, do assistente ou do arguido, nos termos dos arts. 13.º do CPP e 2.º do RJ.

Durante a realização do estágio, num dos processos que se acompanhou desde início, foi requerida a intervenção do tribunal do júri. O requerimento, surpreendentemente, foi apresentado por um dos dois arguidos, acusados da prática, em concurso efetivo, de um crime de homicídio qualificado, nos termos dos arts. 131.º e 132.º, n.º 2, al. l), de três crimes de ofensa à integridade física qualificada, nos termos dos arts. 143.º, n.º 1 e 2, 145.º, n.º 1, al. a) e n.º 2 e 132.º, n.º 2, al. l) e de um crime de ofensa à integridade física, nos termos do art. 143.º, n.º 1 e n.º 2, todos do CP. A Mm.^a juiz presidente deferiu o requerimento e, nesta sequência, iniciou-se o processo de seleção dos jurados, o qual tramita por apenso aos autos principais (art. 8.º, n.º 2 do RJ) e segue o disposto nos arts. 8.º a 13.º do RJ. No entanto, tendo em consideração que são bastante raros os julgamentos por tribunal de júri no nosso país, iremos retratar brevemente cada

uma das etapas que compõem este processo de seleção dos jurados, de acordo com que se pôde observar no decurso do estágio.

Com efeito, logo no despacho que deferiu o requerimento de intervenção do júri, a Mm.^a juiz presidente solicitou ao presidente da CML uma cópia dos cadernos eleitorais, a fim de que pudesse ter lugar o sorteio de pré-seleção dos jurados (art. 9.º, n.º 3 do CPP), tendo sido subsequentemente agendada uma data para que o mesmo fosse realizado. Este primeiro sorteio realizou-se, em audiência pública, no qual estiveram presentes, o MP e o defensor de cada um dos arguidos, tendo, contudo, faltado o advogado dos assistentes (pais da vítima do crime de homicídio imputado aos arguidos). No entanto, a sua ausência não obsteu à realização da audiência, porquanto não constitui motivo de adiamento, nos termos do art. 9.º, n.º 2, al. a) do RJ. Assim, aberta a audiência pela Mm.^a juiz presidente, o oficial de justiça, através do respetivo sistema informático, procedeu ao sorteio de 100 cidadãos, de entre os inscritos nos respetivos cadernos eleitorais, o qual todos os intervenientes na sessão puderam observar, nada tendo sido requerido. A lista dos 100 cidadãos apurados neste primeiro sorteio ficou consignada em ata, juntamente com as presenças (art. 9.º, n.º 4 do RJ).

Posteriormente, a Mm.^a juiz presidente mandou notificar os 100 cidadãos apurados para que, no prazo de cinco dias, respondessem a um inquérito, dirigido a determinar se os mesmos preenchiam ou não os requisitos de capacidade imprescindíveis para o exercício das funções de jurado, previstos no capítulo II do RJ (art. 10.º, n.º 1 do RJ). O inquérito, contendo já questões dirigidas a aferir da capacidade genérica para ser jurado, nos termos do art. 3.º do RJ, foi acompanhado de cópia dos preceitos contidos nos arts. 4.º a 6.º do RJ, para que cada um dos cidadãos pudesse responder se se enquadrava ou não nalguma das situações previstas nesses normativos. Aquando da análise dos inquéritos, observou-se que uma significativa parte dos 100 cidadãos não reunia os requisitos necessários para o exercício das funções de jurado, essencialmente por ter idade superior a 65 anos, mas também por não dispor da escolaridade obrigatória, ou ainda por ser agente de polícia criminal ou militar (arts. 3.º, n.º 1, als a) e b) e 4.º, al. 1) do RJ). Em consequência, a Mm.^a juiz presidente, mediante despacho irrecorrível, eliminou esses cidadãos que não reuniam os requisitos de capacidade previstos nos arts. 3.º e 4.º do RJ (art. 10.º, n.º 4 do RJ).

Subsequentemente, teve lugar o sorteio de seleção de jurados, nos termos do art. 11.º do RJ, o qual se destinou a apurar 18 cidadãos do universo que sobejou, após a eliminação daqueles que não preenchiam os requisitos de capacidade legalmente exigidos para o exercício da função de jurado.

Uma vez sorteados os 18 jurados, o art. 12.º, n.º 1 do RJ dispõe que “o presidente ordena seguidamente a notificação das pessoas selecionadas, bem como do Ministério Público, do advogado do assistente e do defensor do arguido para, no prazo de cinco dias, comparecerem (...) numa audiência de apuramento, a todos comunicando o elenco dos selecionados, bem como a respetiva profissão e morada”. No entanto, cumpre salientar que esta norma não foi literalmente aplicada no caso, uma vez que a Mm.^a Juiz presidente entendeu que se impunha realizar uma interpretação atualista do referido normativo, sob pena de se incorrer numa interpretação inconstitucional do mesmo, por violação desproporcional do direito à reserva da vida privada (art. 26.º da CRP), e na violação do RGPD. No essencial, a Mm.^a juiz presidente configurou a comunicação do nome completo dos 18 potenciais jurados, bem como da sua respetiva morada, como um ato que viola de forma desproporcional, desadequada e desnecessária, o direito à reserva da vida privada (art. 26.º da CRP) e o RGPD. Além do mais, na sua ótica, a comunicação de tais elementos seria irrelevante, porque em nada contribuiria para orientar, doravante, o arguido, o MP e o assistente no exercício da prerrogativa que lhes é concedida, nos termos do art. 12.º, n.º 3 do RJ, de recusar alguns dos jurados selecionados. Por isso, proferiu despacho em que, ao abrigo da referida interpretação atualista que realizou do art. 12.º, n.º 1 do RJ, determinou que os 18 jurados apurados e, após, os 8 finais, fossem identificados no processo de seleção apenas pelo seu primeiro nome e que apenas fosse conhecida a sua cidade de residência e profissão, não sendo revelado mais nenhum detalhe identificativo ou de localização. Deste despacho, um dos arguidos interpôs recurso, o qual, todavia, tendo efeito meramente devolutivo, não comprometeu a prossecução do processo de seleção.

Realizou-se, assim, posteriormente, a audiência de apuramento a que se reporta o aludido art. 12.º do RJ, destinada à seleção dos 8 jurados finais, tendo nela comparecido todos os convocados para a mesma, incluindo o advogado dos assistentes. Uma vez declarada aberta a audiência, a Mm.^a Juiz presidente procedeu a uma breve síntese acerca da tramitação do processo de seleção dos jurados, explicitando as razões pelas quais os mesmos tinham sido convocados para a audiência em questão, bem como o regime legal

das incompatibilidades, dos impedimentos, das escusas e recusas, disposto nos arts. 4.º a 6.º do RJ. De seguida, inquiriu cada um dos jurados individualmente, quanto à existência de impedimentos e causas de escusa (cfr. art. 12.º, n.º 2 do RJ), questionando, igualmente, a sua idade, a sua profissão e há quanto tempo a exerce. Seguiu-se um conjunto de questões, por parte dos sujeitos processuais presentes, destinadas a aferir da objetiva imparcialidade dos jurados, tendo cada um deles respondido individualmente num papel a sua resposta e revelado a mesma, apenas quando todos os jurados já tinham terminado. As questões colocadas visaram, essencialmente, saber, se os jurados tinham conhecimento direto do processo em causa ou se conheciam alguém que o tivesse; se sabiam quem eram os ofendidos, os arguidos, ou a vítima no mesmo; se tinham tomado posição pública sobre o caso, através de algum meio de comunicação social; se consideravam que os polícias tinham sempre razão ou se eram testemunhas mais credíveis que as demais; e ainda se tinham algum familiar ou se conheciam alguma pessoa que lhes fosse próxima, que estivesse ou tenha estado ligada às Forças Armadas ou às Forças de Segurança. A resposta a estas duas últimas questões foi particularmente importante para aferir da imparcialidade dos jurados no julgamento deste processo, uma vez que a vítima era agente da PSP e os arguidos pertenciam ao Corpo de Fuzileiros da Marinha Portuguesa.

De seguida, foi dado cumprimento ao preceituado no n.º 3 do art. 12.º do RJ, tendo MP e o defensor de um dos arguidos recusado, cada qual, dois jurados, e o advogado dos assistentes recusado, igualmente, um deles, sem explicitação de motivação. A final, sobejando um universo de candidatos a jurados superior a 8 e, não prevendo a lei um critério de seleção, foi realizado um novo sorteio, tendo-se apurado os 8 jurados finais. Os quatro primeiros selecionados ficaram como efetivos e os outros quatro como suplentes. Nesta sequência, a Mm.^a Juiz presidente proferiu o despacho de designação a que alude o art. 13.º do RJ, tendo tido lugar a prestação de compromisso de honra por parte dos jurados efetivos e suplentes, e lhes sido entregue a cópia dos documentos referidos no art. 314.º, n.º 2 do CPP.

Assim se concluiu o processo de seleção dos jurados que, conjuntamente com os três juízes do tribunal coletivo, vieram a constituir o Tribunal do Júri competente para o julgamento do processo em causa.

2. Atividades desenvolvidas

O estágio realizado teve a particularidade de assentar num conjunto de atividades bastante heterogêneas. Além da assistência a diligências diversas, a consulta e o estudo dos processos a elas respeitantes acabava por redundar, as mais das vezes, num profícuo e interativo debate de determinadas questões jurídico-processuais. Foi, por isso, possível desenvolver um importante trabalho de investigação, centrado, essencialmente, na análise da jurisprudência respeitante às questões mais relevantes que cada processo suscitava. Não sendo, contudo, viável, realizar nesta sede uma análise detalhada de cada uma das atividades desenvolvidas ao longo do estágio, começaremos por enunciar as diligências a que se assistiu, dando nota dos aspetos mais relevantes que se perceberam. Seguidamente, far-se-á uma alusão a uma das questões que se suscitou no decurso do estudo dos processos e, por fim, importará fazer uma breve referência à experiência em que se consubstanciou o acompanhamento da Exma. Juiz, Dra. Helena Susano, no turno que realizou no TIC em férias judiciais.

2.1 Assistência a diligências

No âmbito das diligências a que se assistiu, destaca-se, sem dúvida, a audiência de julgamento, por ter sido aquela que, com maior frequência, se presenciou. Naturalmente que se assumiu sempre um papel passivo, tal como nas demais diligências, centrado na observação da dinâmica da audiência, bem como da interação existente entre os sujeitos e intervenientes processuais. No entanto, a possibilidade de assistência à audiência a partir da bancada dos advogados, ao invés da ocupação dos lugares no público, permitiu uma perceção direta do desenrolar da diligência, que se afigurou preponderante no momento da produção da prova, sobretudo da prova testemunhal.

Nas audiências de julgamento que se acompanhou observou-se que, por norma, o MP, os advogados do assistente, da parte civil e o defensor do arguido prescindiam das exposições introdutórias (art. 339.º do CPP). Na verdade, apenas se pôde observar a sua efetiva realização num único processo, em que, estando causa o julgamento de crimes de tráfico de estupefacientes e de branqueamento de capitais, assentes em inúmeras transações de criptomoeda, as exposições introdutórias levadas a cabo pelo defensor do arguido foram absolutamente fundamentais. Não apenas porque permitiram elucidar determinados conceitos técnicos essenciais para a compreensão da matéria fática a provar, mas também porque viabilizaram a delimitação do objeto do processo, preponderante em

processos desta natureza.

Já aquando do início da produção da prova, com as declarações do arguido, observou-se que a estratégia processual adotada oscilava, desde logo, consoante o tipo de crime em causa. Nos processos de violência doméstica, por exemplo, era bastante comum o arguido negar todos os factos que lhe vinham imputados ou confessar parte deles, negando, contudo, os restantes ou apresentando uma versão diferente para os mesmos. Diferentemente, em processos de tráfico de estupefacientes, perpetrado ao nível internacional (que eram comumente designados por processos de “tráfico de aeroporto”), em que o arguido desempenhava as funções de “correio de droga”, quase sempre teve lugar uma confissão livre, integral e sem reservas, dispensando-se a produção da restante prova, mediante promoção do MP, e passando-se de imediato às alegações orais (cfr. art. 344.º, n.º 2 do CPP). Já no domínio da criminalidade económica, predominava o exercício do direito ao silêncio, corolário do privilégio contra a autoincriminação (arts. 343.º, n.º 1, 61.º, n.º 1, d), do CPP e art. 32.º, n.º 2 da CRP), ou, no limite, o arguido apenas declarava pretender prestar declarações no final, uma vez produzida toda a prova.

Após as declarações do arguido, aquando da tomada de declarações ao assistente, verificou-se, em alguns processos, que o tribunal ordenou previamente o afastamento do arguido da sala de audiência, ao abrigo da al. a) do n.º 1 do art. 352.º do CPP, entendendo que havia razões para crer que a sua presença poderia inibir o assistente de dizer a verdade. Em tal caso, após a prestação das declarações, o Juiz presidente ordenou o regresso do arguido à sala, instruindo-o do que se houvera passado na sua ausência (arts. 352.º, n.º 2 e 332.º, n.º 7 do CPP). No âmbito de um processo em concreto, observou-se, igualmente, o afastamento do arguido da audiência, mas, neste caso, em virtude do mesmo não ter acatado as ordens do Juiz Presidente, no sentido de não interferir nas declarações prestadas pela assistente, e, além disso, ter faltado ao respeito devido ao tribunal, dirigindo expressões insultuosas aos membros do coletivo de juízes (art. 325.º, n.º 4 do CPP). Estes factos levaram o Juiz Presidente a ordenar que fosse extraída certidão para que fosse instaurado o devido procedimento criminal contra o arguido.

Em sede de produção de prova testemunhal, observou-se, com bastante frequência, a aplicação do regime da recusa de depoimento, consagrado no art. 134.º do CPP, tendo sido precisamente este o mote para a investigação desenvolvida no capítulo II. Igualmente se constatou que, as mais das vezes, eram colocadas perguntas sugestivas

à testemunha ou a mesma questão era feita repetidamente, no sentido de induzir uma determinada resposta. Nesse caso, o juiz presidente intervinha, salientando a necessidade de reformular a questão ou advertindo que a mesma já tinha sido feita, motivo pelo qual ordenava à testemunha que não respondesse. Vislumbrou-se, também, a constante aplicação do regime disposto no art. 356.º, n.ºs 3 e 5 do CPP, uma vez que, não raras vezes, a testemunha referia que já não se recordava do sucedido ou incorria em contradição com o declarado nas fases preliminares do processo. No entanto, considerando que, na maior parte dos casos, as suas declarações processuais anteriores tinham sido prestadas perante OPC e o MP, o arguido e o assistente não acordavam na sua leitura, a mesma acabava por não ter lugar.

Terminada a produção de toda a prova e findas as alegações orais subsequentes, observou-se que o arguido, em sede de últimas declarações (art. 361.º), as mais das vezes, acabava por querer falar, fosse para confessar parte dos factos e demonstrar arrependimento, fosse para esclarecer a dinâmica de alguns deles. Neste momento, o arguido era questionado sobre se tinha conhecimento do relatório social e se o tribunal poderia ter em consideração o seu teor para efeitos de elaboração do acórdão, relevando o mesmo em sede determinação da medida da pena que eventualmente pudesse vir a ser aplicada (art. 370.º do CPP). Uma vez declarada encerrada a audiência, tinha lugar o agendamento da data para a leitura do acórdão, após o que os juízes do coletivo se reuniam para deliberar (art. 365.º do CPP).

Cumprir notar que, durante o estágio, vislumbrou-se situações em que teve lugar a reabertura da audiência. O CPP apenas prevê a reabertura da audiência, para produção de prova suplementar necessária para determinação da sanção (art. 371.º) e para aplicação retroativa de lei penal mais favorável (art. 371.º-A). Não obstante, num processo em concreto, suscitou-se a questão de saber se não seria admissível reabrir a audiência, uma vez que o tribunal, produzida toda a prova, houvera ficado com dúvidas sobre a realidade de certos factos. Neste caso, poder-se-ia ser levado a concluir pela aplicação imediata do *princípio in dubio pro reo*, o qual pressupõe que, em caso da existência de uma dúvida razoável e insuperável sobre a realidade de um determinado facto, o juiz deverá decidir a favor do arguido, dando como não provado o facto que lhe é desfavorável. Mas a verdade é que, apenas se poderá concluir pela presença de uma dúvida razoável e inultrapassável, legitimadora da aplicação daquele princípio, após o juiz ter levado a cabo todas as diligências que julgue necessárias para a descoberta da verdade material, dentro das quais

se poderá incluir, a reabertura de audiência. Não o fazendo, porém, poderá vir a considerar-se que o tribunal cometeu a nulidade procedimental a que alude a segunda parte do art. 120.º, n.º 2, al. d) do CPP. Por isso mesmo, em sintonia com a jurisprudência¹ existente sobre esta questão², o tribunal decidiu, no processo que se acompanhou, proceder à reabertura da audiência para produção de prova suplementar necessária à descoberta da verdade material, ao abrigo do art. 607º/1 CPC, aplicável ex vi o art. 4º CPP. A admissibilidade da reabertura da audiência colocou-se, igualmente, no âmbito do processo que foi objeto de julgamento pelo tribunal do júri, mas, nesse caso, a audiência foi reaberta para comunicação de uma alteração não substancial de factos e de uma alteração da qualificação jurídica, nos termos dos arts. 358.º, n.ºs 1 e 3 do CPP. Não obstante, mais uma vez foi sustentado, em sede de acórdão, que a reabertura da audiência para esse efeito é permitida, ao abrigo do mencionado preceito do CPC aplicável ex vi o art. 4.º do CPP.

No decurso do estágio, além da assistência a audiências de julgamento e destes casos em que teve lugar a sua reabertura, igualmente se presenciou outro tipo de diligências. Desde logo, assistiu-se a audiências destinadas à leitura do acórdão, nas quais apenas intervém, por norma, o juiz presidente, o qual, na prática, não lê integralmente o acórdão que elaborou, antes se cingindo, essencialmente, a uma breve enunciação dos factos provados e não provados, seguida da exposição da fundamentação ou de uma sua súmula e da leitura do dispositivo (art. 372.º).

A par destas diligências, presenciou-se, do mesmo modo, audiências para realização do cúmulo jurídico, que, na prática, se dirigem à determinação superveniente da pena única conjunta do concurso. Do que se observou, a presença do arguido nestas diligências era assegurada, as mais das vezes, via webex.

Por fim, igualmente se teve oportunidade de assistir a audições de arguidos condenados para eventual revogação da suspensão da execução da pena de prisão (art. 495.º, n.º 2 do CPP). Estas diligências tiveram, sobretudo, lugar, no âmbito de processos de abuso de confiança fiscal, uma vez que a suspensão da execução da pena de prisão, nestes processos, é sempre condicionada ao pagamento das quantias referidas no n.º 1 do

¹ Veja-se, neste sentido, o Ac. do TRL, de 08-05-2018, proc. n.º 574/15.1TELSB.L1-5

art. 14.º do RGIT, conforme preceitua este normativo, muito embora tenha sido fixada jurisprudência no sentido de só poder ser suspensa a execução da pena de prisão, sob esta condição, mediante um “juízo de prognose de razoabilidade acerca da satisfação dessa condição legal por parte do condenado, tendo em conta a sua concreta situação económica, presente e futura”³. Nestes processos, considerando que se revela, as mais das vezes, exorbitante, o valor da quantia em dívida, do que se observou, o condenado, raramente chega a proceder ao seu integral pagamento, incorrendo, assim, em incumprimento, do qual poderá vir a resultar a revogação da suspensão (cfr. art. 56.º, n.º 1, al. a) do CPP e 14.º, n.º 2, al. c) do RGIT) ou a prorrogação do seu respetivo período, nos termos da al. b) do n.º 2 do art. 14.º do RGIT, amiúde, mediante um novo plano de pagamento, ajustado à situação económica atual do condenado.

2.2 Consulta e estudo de processos

Previamente à assistência de qualquer diligência, sempre tinha lugar a consulta e o estudo do processo a ela respeitante, o qual se revelava essencial para tomar conhecimento das peças processuais e da prova carreada para os autos. No âmbito desta atividade, procedeu-se à análise de prova documental, preponderante no domínio da criminalidade económico-financeira, à visualização das declarações prestadas pelo arguido em sede de primeiro interrogatório judicial de arguido detido (art. 141.º do CPP), bem como, das declarações para memória futura tomadas à vítima nas fases preliminares do processo (arts. 271.º e 294.º do CPP).

Na sequência da consulta e do estudo dos processos emergiram inúmeras questões jurídico-processuais, que implicaram um importante trabalho de investigação, assente, no essencial, na análise de jurisprudência como ponto de partida para a sua resolução.

Digna de particular destaque, é uma questão que se suscitou no âmbito de um processo de abuso de confiança fiscal, em que a defesa do arguido, em sede de contestação, veio pugnar pela sua absolvição, alegando para tanto que, antes da notificação para pagamento da AT, prevista no art. 105.º, n.º 4, al. b), do RGIT, o mesmo já tinha celebrado um acordo de pagamento em prestações do montante em dívida. Nesta medida, na sua ótica, a notificação da AT para proceder ao pagamento da prestação tributária, por ser omissa ou desconsiderar o acordo prestacional, não cumpriu a obrigação

³ Cfr. Ac. do STJ de Fixação de Jurisprudência n.º 8/2012, de 24 de outubro

que lhe é imposta de notificar o contribuinte para regularizar a sua situação tributária. Por conseguinte, sendo a obrigação de notificação para a regularização da dívida e o pagamento no prazo de 30 dias pressupostos da não punibilidade, faltando um, como faltou, veio o arguido sustentar, que não se encontrava verificada a condição objetiva de punibilidade imposta pela lei. O MP, chamado a pronunciar-se, perfilhou o entendimento contrário, defendendo que o crime de abuso de confiança fiscal consuma-se com a não entrega da prestação tributária no prazo legalmente fixado, só podendo considerar-se não verificada a condição objetiva de punibilidade constante da al. b), do n.º4 do art. 105.º, quando o arguido, nos 30 dias após a notificação para pagamento da AT, procedeu ao pagamento integral da prestação tributária em falta, acrescida dos juros, o que manifestamente não sucedeu no caso.

Neste sentido, impôs-se esclarecer, se a existência de um acordo de pagamento em prestações, celebrado entre o arguido e a AT para regularização da situação tributária, obsta ou não à verificação da condição objetiva de punibilidade prevista no art. 105.º, n.º4, al. b) do RGIT e, bem assim, à responsabilidade penal do arguido. Da análise jurisprudencial efetuada, constatou-se que é vasta a jurisprudência sobre esta matéria, sendo entendimento manifestamente dominante o de que se afigura completamente inócuo para efeitos de responsabilidade penal a celebração entre o arguido e a AT de um acordo de pagamento em prestações ou até mesmo o pagamento parcial da dívida tributária, em cumprimento desse acordo, em momento anterior ao termo do prazo previsto na al. b) do n.º4 do art. 105.º do RGIT, por duas ordens de razões: em primeira linha, atenta a natureza do crime, uma vez que se trata de um crime omissivo puro que se consuma, desde logo, com a não entrega da prestação tributária no prazo legalmente previsto; em segunda linha, por força da autonomia da responsabilidade tributária relativamente à responsabilidade penal.

Nesta medida, a jurisprudência dominante alinha no sentido de que apenas o pagamento integral da dívida tributária nos 30 dias subsequentes à notificação prevista na al. b) do n.º 4 do art. 105.º do RGIT poderá obstar à punibilidade, não sendo relevante para este efeito o pagamento fracionado pelo arguido ao abrigo de um acordo previamente celebrado com a AT. Corroborando este entendimento, vejam-se os seguintes acórdãos: Ac. TRP de 17.02.2021, rel. João Pedro Nunes Maldonado, proc. n.º 35/19.0IDPRT.P1 e Ac. TRL de 18-01-2022, rel. Anabela Cardoso, proc. n.º 574/18.0IDL.SB.L1-5.

2.3 Acompanhamento no serviço de turno no Tribunal de Instrução Criminal de Lisboa

No decurso do estágio, surgiu a oportunidade de acompanhar a Exma. Juiz Supervisora, Dra. Helena Susano, no turno que realizou, em férias judiciais, no TIC de Lisboa. Tratou-se de uma experiência absolutamente enriquecedora que assentou, desde logo, na assistência a dois interrogatórios de arguidos detidos, um deles relativo a um processo de tráfico de estupefacientes transfronteiriço (“tráfico de aeroporto”) e o outro respeitante a um processo de roubo, em que o arguido tinha apenas dezasseis anos de idade.

No primeiro, o arguido declarou não querer prestar declarações e ficou sujeito a TIR e a prisão preventiva, em conformidade com a promoção do MP. A Mm.^a juiz concluiu que a quantidade de droga era substancial, mas, uma vez que se encontrava apreendida, não havia perigo de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas. No entanto, sendo o arguido proveniente do Brasil, não dispondo de qualquer ligação ao nosso país e encontrando-se fortemente indiciado de que apenas aqui se dirigiu para a prática do facto criminoso, concluiu que havia manifesto perigo de fuga, pelo que, para obstar ao mesmo, configurou como adequada, necessária e proporcional, a sujeição do arguido a TIR e a prisão preventiva (cfr. arts. 193.º, 196.º, 202.º, n.º 1, al. c) e 204.º, n.º 1, al. a) do CPP).

No segundo, o arguido apresentou uma versão diferente dos factos. Contudo, a Mm.^a Juiz concluiu igualmente pela forte indicição da prática do crime, atenta a prova carreada para os autos, bem como pela existência de perigo de continuação da atividade criminosa (face à falta de consciência do arguido do desvalor das condutas adotadas) e de perigo de perturbação do decurso do inquérito (atenta a integração do arguido em grupos envolvidos em conflitos entre Chelas e Moscavide) (art. 204.º, als. b) e c)). Nesta sequência, face aos fortes indícios da prática do crime e aos perigos existentes, considerou adequado, necessário e proporcional (art. 193.º) aplicar ao arguido a medida de coação de obrigação de apresentações periódicas três vezes por semana na esquadra da sua residência (art. 198.º), bem como impor ao mesmo regras de conduta consistentes na proibição de se ausentar da freguesia de Marvila a partir das 21h, de frequentar o Parque das Nações (zona da alegada prática dos crimes) e, bem assim, de contactar com os restantes indivíduos envolvidos na alegada prática do crimes (cfr. art. 200.º, n.º1, als. a), c) e d) do CPP).

Após a assistência às diligências referidas, a Mm.^a juiz esteve a despachar os processos urgentes, cujos prazos correm em férias judiciais, pelo que se impôs realizar uma análise dos processos em questão e da respetiva matéria a decidir. Neste âmbito, constatou-se que, os despachos a proferir, no essencial, tinham por objeto: a suspensão provisória do processo (bastante frequente nos processos de condução sob estado de embriaguez); a admissão de recursos interpostos de despachos judiciais (designadamente recursos de medidas de coação); o reexame dos pressupostos de facto e de direito da prisão preventiva; a suspensão de operações, no âmbito dos processos de branqueamento e, sobretudo, a validação e prorrogação de escutas telefónicas.

Capítulo II – A recusa de depoimento em processo penal: insuficiências do regime e problemas subsistentes na prática judiciária

1. A ratio da recusa de depoimento

Como é consabido e resulta da leitura do art. 131.º, n.º 1 do CPP, atualmente qualquer pessoa, desde que tenha aptidão mental para depor sobre os factos que constituam objeto da prova, tem capacidade para ser testemunha.

De facto, o Código de Processo Penal de 1987, não apenas teve a virtualidade de, em sintonia com o princípio da livre apreciação da prova (art. 127º do CPP), eliminar a distinção entre testemunhas e declarantes, relegando, assim, para o tribunal a função de aferir livremente da credibilidade da testemunha, como ainda viabilizou, concomitantemente, a ampliação da capacidade para testemunhar, passando a mesma a figurar como regra⁴. Regra essa que se veio a consolidar, na sequência de jurisprudência do Tribunal Constitucional⁵ e das alterações introduzidas à redação do art. 131.º, n.º 1 do CPP, em virtude da entrada em vigor da Lei nº 49/2018, de 14 de agosto, que criou o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando, assim, os institutos da interdição e da inabilitação.

Com efeito, diferentemente do que sucedia outrora nos casos de interdição por anomalia psíquica judicialmente declarada, atualmente o facto de determinada pessoa se encontrar sujeita a uma sentença de acompanhamento não lhe retira direta e necessariamente a capacidade para ser testemunha. Ao invés, tendo aptidão mental para prestar depoimento sobre os factos objeto da prova, e, nada constando da referida sentença que o contrarie, deve entender-se que tem capacidade para depor. Nestes termos, como bem elucida MARIA JOÃO ANTUNES, atualmente, “a capacidade para testemunhar

⁴ Na redação originária do art. 131.º, n.º 1, do CPP, apenas se previa como exceção à capacidade para testemunhar a interdição por anomalia psíquica.

⁵ De facto, ainda antes das alterações introduzidas à redação do art. 131.º, n.º1, do CPP, por força da entrada em vigor da Lei n.º49/2018, de 14 de agosto, já o TC tinha decidido, no Ac. n.º 359/2011, “julgar inconstitucional, por violação dos artigos 13.º, n.º1 e 20.º, n.º4 da Constituição da República Portuguesa, a norma constante do artigo 131.º, aplicável por remissão do artigo 145.º, n.º3, ambos do Código de Processo Penal, quando interpretada no sentido de determinar a incapacidade para prestar declarações em audiência de julgamento da pessoa que, tendo no processo a condição de ofendido, constituído assistente, está interdita por anomalia psíquica”. O mesmo entendimento perfilhou no Ac. n.º 486/2018, ao decidir, mais uma vez, “julgar inconstitucional a norma do artigo 131.º, n.º1 do Código de Processo Penal, na dimensão em que estabelece a incapacidade absoluta para testemunhar de pessoa que, tendo no processo a condição de vítima ou ofendida de um crime, está interdita por anomalia psíquica, por violação do princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição) e do processo equitativo (artigo 20.º, n.º 4 da Constituição), conjugado com o princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição)”.

afere-se pela aptidão mental da pessoa e não, como sucedeu anteriormente, pela circunstância de a pessoa se encontrar ou não interdita por anomalia psíquica”⁶, ou, no quadro legal atual, sujeita ou não a uma situação de acompanhamento.

Certo é que, dispondo de capacidade para testemunhar, conseqüentemente, tem o dever de o fazer. Com efeito, de harmonia com o disposto nos arts. 131.º, n.º 1 e 132.º, n.º 1, al. d) do CPP, a testemunha encontra-se adstrita, não apenas ao dever jurídico de depor e, desse modo, colaborar com a administração da justiça, como ao dever de, depondo, falar com a verdade, sob pena de incorrer em responsabilidade criminal nos termos do art. 360.º do CP.

Não obstante, desde a entrada em vigor do atual Código⁷, que a lei processual penal outorga, nos termos do art. 134.º, aos familiares, parentes, afins e cônjuge do arguido e, bem assim, ao ex-cônjuge e a quem com ele conviva ou tenha convivido em condições análogas às dos cônjuges (relativamente aos factos ocorridos durante o casamento ou a coabitação) a faculdade de recusar depoimento, a qual não poderá deixar, desde logo, de se dizer que, com o início de vigência da Lei nº 94/2021, de 21 de dezembro, sofreu uma significativa extensão, passando igualmente a assistir ao membro do órgão da pessoa coletiva ou da entidade equiparada que não seja representante da mesma no processo em que aquela figura como arguida – cfr. al. c) do n.º1 do art. 134.º do CPP.

O reconhecimento legal de uma faculdade de recusar depoimento não constitui, todavia, uma solução normativa inovadora, nem ao nível do ordenamento jurídico interno, nem comparando com ordenamentos jurídicos estrangeiros.

No plano externo, se atentarmos nos arts. 416.º e 418.º da Ley de Enjuiciamiento Criminal, no art. 199.º do Codice di Procedura Penale, ou ainda no art. 52.º da StPO, com facilidade, constatamos que idêntica solução legal se encontra em tais preceitos consagrada. No plano interno, do mesmo passo não se desconhece, por um lado, que o Código de Processo Civil comporta uma disposição legal congénere ao art. 134º do CPP, prevendo igualmente, para a ação cível, um regime de “recusa legítima em depor”, nos

⁶ ANTUNES, M. J., *Direito Processual Penal*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2023, p. 151.

⁷ O legislador, ao abolir a diferença estatutária entre testemunhas e declarantes e, bem assim, ao ampliar a capacidade para testemunhar, viu-se na necessidade de introduzir, em consequência, um novo preceito legal que reconhecesse aos familiares do arguido um direito a recusar depoimento. Neste sentido, CRUZ BUCHO, J., «A recusa de Depoimento de Familiares do Arguido: o Privilégio Familiar em Processo Penal (notas de estudo)», <https://www.trg.pt>, p. 13.

termos do art. 497.º, e, por outro lado, que, mesmo ao nível do processo penal, o art. 134.º do CPP não se afigura a única disposição normativa que outorga à testemunha a faculdade de não depor. Ao invés, como bem referem ANTÓNIO GAMA e LUÍS LEMOS TRIUNFANTE, tal preceito “insere-se numa constelação normativa que consagra a faculdade de recusa a depor, derogando o dever jurídico de prestar depoimento inerente à qualidade da testemunha”⁸. Nessa constelação, integram-se, a par do art. 134.º, igualmente, os preceitos constantes dos arts. 132.º, n.º 2 e 135.º do CPP, os quais, segundo COSTA ANDRADE, “têm atrás de si um conjunto de razões ou de fundamentos não inteiramente sobreponíveis se bem que relativamente próximos”⁹. Nas palavras do referido autor, “trata-se, inter alia e fundamentalmente de: prevenir formas larvadas e indirectas de auto-incriminação; preservar a integridade e a confiança nas relações de maior proximidade familiar; proteger o alargado espectro de valores individuais e supra-individuais pertinentes à área de tutela da incriminação da violação de segredo profissional ou de segredos para este efeito equivalentes, como, v.g., o segredo de ministro de religião; poupar as pessoas concretamente envolvidas às situações dilemáticas de conflito de consciência de ter de escolher entre mentir ou ter de contribuir para a condenação de familiares ou de clientes”¹⁰.

De todo o modo, não se logrando com o presente trabalho a análise crítica de todas as situações previstas na lei processual penal que, *latu sensu*, outorgam à testemunha um direito de recusa a depor, mas tão-somente daquelas que se encontram reguladas nos termos do art. 134.º do CPP, é, na verdade, apenas do fundamento que preside a este normativo que importa cuidar. Efetivamente, não se poderá avançar para o tratamento dos principais problemas que o regime da recusa de depoimento em processo penal convoca, sem previamente se abordar e esclarecer qual a sua razão de ser, na medida em que a resposta que se dará a cada um deles dependerá sempre, em última instância, da posição que se adote nesta sede.

Neste sentido, urge questionar: qual o pensamento legislativo subjacente ao regime disposto no art. 134.º do CPP? Qual a ratio que o fundamenta?

⁸ Cfr. anot. ao art. 134.º do CPP, in GAMA, António [et. al.], *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo II, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, p.120.

⁹ COSTA ANDRADE, M., “*Bruscamente no verão passado*”, *a Reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.110.

¹⁰ *Ibidem*, p.110.

Durante muito tempo, a doutrina e jurisprudência portuguesas procuraram descortinar uma resposta uniforme para esta questão. Porém, tal não se afigurou uma tarefa fácil, considerando que, tanto em Portugal, como noutros países com ordenamentos jurídicos com afinidade com o nosso, como a Alemanha, a Espanha ou a Itália, desde logo se apontaram diversas razões para justificar a atribuição de uma faculdade de recusa a depor aos parentes, afins e cônjuge do arguido em processo penal¹¹.

Acompanhando o estudo de CRUZ BUCHO¹², é, contudo, possível sintetizar tais razões em quatro orientações distintas, que se filiam, respetivamente: na proteção do arguido, considerando o direito de recusa como mais uma manifestação do princípio *nemo tenetur*; na proteção da busca da verdade em processo penal; na proteção da testemunha perante um conflito de consciência ou de interesses e, por fim, na proteção das relações familiares. Analisemos em pormenor cada uma delas.

De acordo com a primeira orientação assinalada, a atribuição aos familiares do arguido da faculdade de recusar depoimento fundamenta-se numa ideia de proteção do próprio arguido. Esta conceção parece, assim, partir do pressuposto de que, caso fossem obrigados a depor, os familiares do arguido, porventura arrolados por ele como testemunhas, poderiam vir a revelar factos decisivos para afirmação da sua responsabilidade criminal. Deste modo, ao se lhes reconhecer a prerrogativa de recusa, obvia-se a que o tribunal obtenha novos elementos probatórios (que, as mais das vezes, de outra forma não obteria) e com base nos quais poderia vir a fundamentar uma condenação, assim se logrando, à contrário, a proteção do arguido. Ora, este entendimento, muito embora tenha vingado na doutrina e jurisprudência espanholas, na década de noventa do século passado, rapidamente acabou por ser ultrapassado¹³. O que, a nosso ver, com facilidade, se compreende, desde logo, por três razões fundamentais.

Em primeiro lugar, nem sempre do exercício da faculdade de recusa resulta a proteção do arguido. Ao invés, a ausência do testemunho do seu familiar tanto pode vir a repercutir-se num benefício, como num prejuízo para si. Basta atentar nos casos em que a recusa a depor promana de quem tinha conhecimento de factos que poderiam contribuir para atenuar ou mesmo isentar o arguido de responsabilidade criminal. Por outro lado,

¹¹ Veja-se, neste sentido, LOPEZ, M., «El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal», *in* Indret, n.º 4, 2012, pp. 4-10.

¹² CRUZ BUCHO, J., «A recusa de...», cit. nota 7, p.18.

¹³ *Ibidem*, pp.19-20.

em sentido inverso, também se diga que nem sempre o depoimento prestado pela testemunha familiar o desfavorece, na medida em que, revelando-se o mesmo genuíno e assertivo ao tribunal, sempre poderá contribuir, nomeadamente, para a formação de uma convicção positiva quanto ao carácter e à personalidade do arguido, que, invariavelmente, relevará a seu favor, em sede de determinação da medida da pena. Por isso, como bem apontam ANTÓNIO GAMA e LUÍS LEMOS TRIUNFANTE, “não é um dado adquirido que a recusa a depor da testemunha familiar beneficia o arguido e o depoimento o prejudica”¹⁴.

Em segundo lugar, não pode ignorar-se que este entendimento tem pressuposto um raciocínio invertido. Efetivamente, não se olvida que o arguido possa ser beneficiado com o exercício do direito de recusa da parte do seu familiar. Isso mesmo já se deixou claro e é particularmente notório e problemático no domínio dos crimes intrafamiliares, quando a ofendida, porventura a única testemunha com conhecimento direto dos factos, tendo prestado declarações nas fases preliminares do processo, todavia se recusa a depor em audiência de julgamento. Contudo, não poderá, a partir desta observação, concluir-se que, o que o legislador teve em mente, ao consagrar um direito de recusa a depor, foi assegurar a proteção do próprio arguido, sob pena de se postular como fundamento uma possível (e nunca necessária) consequência do exercício do, vulgarmente designado, privilégio familiar¹⁵.

Em terceiro e último lugar, não poderá deixar de se suscitar a seguinte questão: como é que a proteção do arguido é compaginável com a natureza jurídica da recusa a depor? Repare-se que a recusa de depoimento, em bom rigor jurídico, afigura-se uma faculdade inerente à qualidade de testemunha e que esta, como tal, pode exercer a seu bel-prazer, mesmo nos casos em que haja sido arrolada pelo próprio arguido. A este não se lhe reconhece “qualquer direito de exigir o silêncio do seu familiar, embora possa, indireta ou reflexamente, beneficiar ou aproveitar daquele silêncio”¹⁶. Deste modo, entende-se que radicar o privilégio familiar numa ideia de proteção do próprio arguido redundaria num condicionamento da testemunha que, na prática, não deveria poder recusar prestar depoimento, sempre que tal pudesse desfavorecer o arguido, sob pena de, caso contrário, se estar a aplicar um normativo a uma situação na qual não se concretiza

¹⁴ Cfr. GAMA, A. [et. al.], *Comentário...*, cit. nota 8, p.122.

¹⁵ Veja-se, neste sentido, LOPEZ, M., «*El derecho...*», cit. nota 11, p.11.

¹⁶ CRUZ BUCHO, J., «A recusa de...», cit. nota 7, p.21.

materialmente o seu fundamento.

Relativamente à segunda orientação, salvo melhor opinião, a mesma também não pode proceder. Vejamos. De acordo com este entendimento, o reconhecimento da faculdade de recusar depoimento aos familiares do arguido radica no propósito de salvaguardar a busca da verdade no processo penal. Deste modo, tal orientação toma como premissa de base que os familiares do arguido não são propriamente testemunhas credíveis, uma vez que dificilmente se conseguirão distanciar dos sentimentos em que se alicerça a relação familiar e prestar um depoimento com a isenção e neutralidade necessárias ao apuramento da verdade material. Daí que o que se pretenda com a consagração de um direito a recusar depoimento, seja, nesta perspetiva, preservar a autenticidade da prova e obviar ao falseamento da verdade processual, que muito provavelmente se verificaria, caso a testemunha familiar fosse constrangida a depor, uma vez que sempre tenderia a mentir, fosse para proteger o arguido, fosse para o prejudicar¹⁷. Esta conceção, apesar de não corresponder ao entendimento dominante, foi defendida na doutrina alemã, nomeadamente por GÖSSEL, em cuja ótica “só na perspetiva do primado da verdade material poderá alcançar-se uma interpretação correta do direito de recusa de depoimento quer contra si próprio quer contra parentes e afins (respetivamente, arts. 132.º, n.º 2, e 134.º do CPP)”¹⁸. Acresce que, no seu entender, tais “preceitos legais só podem ser vistos como preordenados a evitar, no interesse da verdade, depoimentos marcados pelo conflito”¹⁹. De igual forma, segundo CRUZ BUCHO, “é esta, de algum modo, a posição sustentada por um setor da doutrina italiana quando acentua que a faculdade de recusa visa também garantir a genuinidade probatória (*genuità della prova*), preservando o processo do perigo de introdução de provas que poderiam ser facilmente inquinadas”²⁰.

Ora, muito embora haja quem tenha surgido em defesa deste entendimento, como acima se referiu, não se atinge como poderá ter sido a tutela da verdade material o propósito imediatamente visado pelo legislador, com a consagração do regime disposto no art. 134.º do CPP. Desde logo, repare-se que a premissa em que radica esta orientação

¹⁷ Efetivamente, não se desconhece que, não raras vezes, os vínculos de confiança e solidariedade que presidem à relação familiar se encontram destruídos, de tal modo que a testemunha, ao invés de querer favorecer o arguido com o seu depoimento, aproveita antes para, através dele, o prejudicar.

¹⁸ GOSSEL *apud* COSTA ANDRADE, M., *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.77.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ CRUZ BUCHO, J., «A recusa de...», cit. nota 7, p.21.

não vale única e exclusivamente para os familiares do arguido. Com efeito, mesmo testemunhas sem qualquer ligação familiar ou conexão socio-afetiva com o arguido podem, por qualquer outro motivo, vir a prestar um depoimento que falseia ou distorce a realidade dos factos, não obstante se encontrem vinculadas ao dever de verdade e sejam disso advertidas antes da respetiva inquirição, nos termos dos arts. 132.º, n.º 2, al. d) e 91.º, n.º 1 e n.º 3, todos do CPP. Tal poderá vir a suceder, inclusivamente, até de forma involuntária ou, pelo menos, não diretamente intencionada. Basta atentar a este propósito, na conhecida psicologia do testemunho para compreender que a mesma narrativa, quando contada por variadas vezes, pode vir a integrar elementos que não foram diretamente percecionados pela testemunha, mas que esta, a certo ponto, julga terem sido, não se revelando capaz de fazer qualquer dissociação entre eles. Nestes termos, o pressuposto empírico em que repousa esta orientação, de que as testemunhas familiares do arguido, não raras vezes, mentem em julgamento para evitar que lhe seja assacada responsabilidade criminal, não pode deixar de se afigurar, a nosso ver, redutor e falível.

De todo o modo, pode argumentar-se que, ainda que tal não suceda em todos os casos ou possa verificar-se, de igual forma, relativamente a testemunhas que não têm com o arguido qualquer tipo de vínculo familiar ou análogo, tendencialmente, a relação de confiança, proximidade e solidariedade que liga os membros de um determinado núcleo familiar influi na capacidade da testemunha, familiar do arguido, para prestar um depoimento isento e integralmente verdadeiro. Ora, é evidente que sim. Tal tendência é, de facto, inegável, e a prática confirma-a, por inúmeras vezes. Contudo, não foi através da consagração de um direito de recusa a depor que o legislador visou obviar a esse desiderato. Ao invés, a solução encontrada residiu no célebre princípio da livre apreciação da prova (cfr. art. 127.º do CPP), a que o tribunal se encontra vinculado. Com efeito, é de harmonia com este princípio, que o tribunal avaliará criticamente a qualidade, coerência e congruência do depoimento prestado com a restante prova e, bem assim, aferirá da credibilidade da testemunha familiar, a qual apenas em concreto e atendendo a todas as circunstâncias que rodeiam o seu depoimento poderá ser apreciada.

Além disto, não poderá deixar de se referir que este entendimento, tal como o primeiramente assinalado, afigura-se incompatível com a natureza jurídica da recusa a depor, porquanto, outorgando a lei à testemunha familiar uma faculdade e não uma obrigação de recusar depoimento, sempre poderá aquela optar ou não por a exercer. Ou seja, a testemunha tanto poderá escolher depor como poderá recusar fazê-lo, sem que a

sua decisão possa, em algum momento, ser sindicada por qualquer sujeito ou interveniente processual (salvo, naturalmente, no que respeita aos pressupostos de legalidade do exercício da faculdade de recusa). Se assim é, optando a testemunha familiar por não exercer a prerrogativa que a lei lhe concede, sempre poderá, ainda que ao arrepio do dever de falar com a verdade a que se encontra adstrita, prestar um depoimento que falseie a realidade dos factos sob juízo e, desse modo, contaminar a prova já produzida, comprometendo, assim, a almejada descoberta da verdade material. Por isso mesmo, não se concorda com a posição assumida pelos Conselheiros SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES quando referem, aproximando-se a este segundo entendimento, que “não havendo recusa, isso significará que a testemunha quererá mesmo dizer a verdade, o que não deixa de refletir a permanência do princípio da verdade material”²¹. Com o devido respeito pela opinião enunciada, a realidade é que não é possível retirar essa ilação da não recusa a depor da parte do familiar do arguido, pois este poderá querer prestar depoimento, não para revelar a verdade ao tribunal, mas antes para, através de uma versão modeladora da realidade dos factos, claramente favorável ao arguido, procurar obstar a que lhe seja assacada responsabilidade criminal. Aliás, como acima se referiu, este entendimento parte precisamente do pressuposto de que, não raras vezes, as testemunhas familiares do arguido mentem em julgamento para o proteger, pelo que não pode deixar de se afigurar paradoxal a associação ulterior da prestação de depoimento ao propósito de falar com a verdade.

Por outro lado, repare-se que, não se discorda propriamente do entendimento sustentado por alguma doutrina italiana²² de que, através da recusa a depor, se contribui para a genuinidade probatória, ou seja, para que a prova produzida corresponda à verdade, prevenindo-se o falso testemunho. De facto, como acima se referiu, é inegável a tendência dos familiares do arguido para prestarem um depoimento modelador da realidade dos factos, tendo em conta os vínculos de confiança e solidariedade que intercedem entre a testemunha e o arguido familiar. Nesta medida, compreende-se que, recusando a testemunha familiar depor, possa resultar favorecida a descoberta da verdade material, uma vez que o risco de falsidade do testemunho houvera sido neutralizado com o exercício da prerrogativa de recusa. Contudo, tal não poderá deixar de se afigurar um

²¹ SIMAS SANTOS, Manuel, LEAL-HENRIQUES, Manuel [et. al.], *Código de Processo Penal Anotado*, vol. I, 3.^a ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2008, p. 957.

²² CRUZ BUCHO, J., «A recusa de...», cit. nota 7, p.21.

mero efeito reflexo e eventual, porque se encontra sempre dependente do uso de uma faculdade que a lei outorga aos familiares do arguido e que estes, como tal, podem, discricionariamente, decidir ou não exercer. Por isso, não se contesta que o reconhecimento de uma faculdade de recusa a depor aos familiares do arguido possa indireta ou mediatamente contribuir para a tutela da verdade material e, bem assim, para uma menor perseguição penal por falso testemunho. O que se rejeita é o entendimento que perspectiva essa tutela no plano principal, radicando o fundamento do regime da recusa a depor na salvaguarda da busca da verdade no processo penal.

Já no que concerne à terceira orientação acima referenciada, não poderá deixar de se salientar, antes de mais, o mérito irrecusável que a mesma evidencia, ao colocar a tónica, não no arguido ou no processo, mas verdadeiramente na testemunha. Com efeito, de acordo com este entendimento, o fundamento que preside à recusa a depor dos familiares do arguido não haverá que colher-se, nem na proteção do arguido, nem na salvaguarda da busca da verdade no processo penal, antes radicando no propósito de não sujeitar a testemunha ao conflito de consciência ou de interesses que para ela resultaria da obrigação de depor com verdade sobre factos imputados a um seu familiar. Nestes termos, o que se pretende com a atribuição de uma faculdade de recusa a depor é, segundo esta orientação, obviar a que a testemunha seja colocada numa situação dilemática, em que se veja constrangida a efetuar a difícil escolha entre dizer a verdade e, desse modo, eventualmente contribuir para incriminar o seu familiar, ou mentir, para o proteger, sabendo, contudo, que, ao fazê-lo, arrisca-se a sofrer as sanções que a lei comina para a prestação de falso testemunho (cfr. art. 360.º do CPP). Trata-se, assim, fundamentalmente, de salvar a testemunha familiar de um verdadeiro conflito de deveres, com o qual se debateria caso fosse obrigada a depor, porquanto sempre teria que optar entre cumprir o dever de falar com a verdade, legalmente imposto, ou o dever de não prejudicar o arguido, emergente da relação de confiança e solidariedade que preside ao vínculo familiar.

Este entendimento tem vindo a ser massivamente defendido, não apenas ao nível interno, pela doutrina e jurisprudência portuguesas, mas igualmente ao nível externo, no quadro de outros ordenamentos jurídicos.

Digna de particular destaque, neste âmbito, é a jurisprudência espanhola que, de forma reiterada, tem apontado a prevenção deste conflito como fundamento do disposto no art. 416.º da Ley de Enjuiciamiento Criminal. Veja-se, a título exemplificativo, a STS

1947/2007, de 22 de fevereiro de 2007, na qual se deixou claro que “La excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece este artículo, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el processado”. No mesmo sentido e, mais recentemente, atente-se na STS 4469/2022, de 30 de novembro de 2022, da qual se extrai que “la dispensa a la obligación general de declarar como testigo, contemplada en los artículos 416 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no se configura, en sentido estricto, como un derecho del acusado, sino como una facultad del propio testigo. Dicha facultad obedece, como tantas veces se há repetido, a la posible encrucijada que podría presentarse frente a éste, obligado a decir verdad --so pena de incurrir, en otro caso, en una conducta delictiva--, y vinculado al acusado, --cuyos intereses podría perjudicar con sus respuestas--, por ciertos lazos de solidaridad”²³.

Ainda no plano externo, também na Alemanha e em Itália se tem assinalado como fundamento da faculdade de recusa a depor dos familiares do arguido a proteção da testemunha perante o aludido conflito de consciência. Contudo, tanto na doutrina germânica como na italiana se tem entendido, ainda que por caminhos diferentes, que a razão de ser da recusa a depor dos familiares do arguido não se esgota em tal desígnio. A primeira, como adiante se verá, logo acresce àquela finalidade o intuito de proteção das relações familiares²⁴ e a segunda, por seu turno, não deixa de enfatizar, como acima se referiu, o contributo da recusa a depor para a genuinidade e autenticidade da prova e, bem assim, para a prevenção do falso testemunho²⁵.

Ao nível interno, como anteriormente se mencionou, igualmente encontra acolhimento esta orientação. Efetivamente, tem sido subscrito o entendimento de que, pelo menos o propósito imediatamente visado pelo legislador, com a consagração do regime disposto no art. 134.º do CPP, terá sido, precisamente, o de preservar a testemunha do conflito de deveres de verdade e solidariedade familiar, ínsito no cumprimento da obrigação de depor, quando entre aquela e o arguido interceda (ou haja intercedido, nalguns casos) alguma das relações (parentesco, afinidade, casamento ou união de facto) previstas no mencionado preceito legal. Neste sentido, veja-se o ensinamento de

²³ A jurisprudência espanhola citada encontra-se disponível no Centro de Documentação judicial (CENDOJ), acessível através do sítio web <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.

²⁴ Neste sentido, COSTA ANDRADE, M., *Sobre as Proibições...*, cit. nota 18, p.76.

²⁵ Neste sentido, GAMA, A. [et. al.], *Comentário...*, cit. nota 8, p.121.

MEDINA DE SEIÇA, que, de forma particularmente elucidativa, refere justamente que “o direito a recusar depoimento pertencente aos familiares, visa (pelo menos em primeira linha) evitar o conflito entre o dever de responder a verdade eventualmente incriminadora para o seu familiar, e o sentimento familiar que pode levar a testemunha a ser punida por depor falsamente.”²⁶

Ora, muito embora se subscreva na íntegra esta orientação, cremos, contudo, em sintonia com a doutrina alemã e com o entendimento atualmente dominante na doutrina²⁷ e na jurisprudência portuguesas²⁸, que a mesma carece de ser complementada com a quarta e última orientação que acima se assinalou, de acordo com a qual, a faculdade de recusa a depor dos familiares do arguido se fundamenta na proteção das relações familiares.

Efetivamente, com a consagração legal de uma prerrogativa de recusar depoimento, o legislador não visou apenas livrar a testemunha do dilacerante dilema psicológico, em que se veria, uma vez constrangida a depor sobre factos imputados a um seu familiar. Não se tratou única e exclusivamente de preservar a consciência da testemunha, resguardando-a do pesado fardo em que se consubstanciaria o conhecimento de que o seu depoimento concorreu para a condenação de um parente, afim ou companheiro seu. Ao invés, mais do que ideia propugnada por GRÜNWALD, de que “ninguém deve ver-se obrigado a contribuir para levar os seus familiares à prisão”²⁹, cremos que o pensamento legislativo terá sido no sentido de lograr a proteção da família, ou, mais concretamente, dos vínculos de confiança e solidariedade em que se alicerça a relação familiar.

De facto, não pode olvidar-se que, caso a testemunha fosse obrigada a depor com verdade sobre os factos de que é acusado o arguido familiar, e viesse, em cumprimento de tal obrigação, a revelar factos decisivos para a afirmação da sua responsabilidade

²⁶ MEDINA DE SEIÇA, A., *O Conhecimento probatório do Co-Arguido*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.101.

²⁷ Neste sentido, veja-se, entre outros, MEDINA DE SEIÇA, *ibidem*; GASPAR, A. [et al.], *Código de Processo Penal Comentado*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2021, p.482, anot. do Cons. SANTOS CABRAL; CRUZ BUCHO, J., «A recusa de...», cit. nota 7, p. 23; DÁ MESQUITA, P., *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento, estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norteamericano*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p.280.

²⁸ Neste sentido, veja-se, designadamente, o Ac. do TRG, de 30.06.2014, rel. Maria Luísa Arantes, proc. n.º 272/11.5IDBRG.G1 e o Ac. do TRG, de 06.10.2014, rel. Ana Teixeira e Silva, proc. n.º 1096/13.0PBGMR.G1. Pode também ver-se a jurisprudência citada doravante, uma vez que a resolução das questões subsequentes sempre pressupõe a referência à razão de ser da recusa de depoimento.

²⁹ COSTA ANDRADE, M., *Sobre as Proibições...*, cit. nota 18, p.76.

criminal, sempre resultariam grave e, porventura, irremediavelmente prejudicadas, a confiança e lealdade em que se filia a relação familiar. Na prática, sem dificuldade se antevê que, tais sentimentos, que naturalmente viabilizaram um ambiente privilegiado entre a testemunha e o arguido, favorável à partilha de vivências e à troca de percepções, com facilidade acabariam destruídos (ou, pelo menos, seriamente comprometidos), vindo alguma dessas percepções a ser revelada ao tribunal pela testemunha e utilizada para fundamentar a condenação do arguido familiar.

Por isso mesmo se entende que o horizonte de tutela visado pelo legislador com a consagração da faculdade de recusa a depor não se esgota no interesse subjetivo da testemunha em não ser constrangida a contribuir para incriminação do seu familiar. Ao invés, como bem elucida o Ac. do TC n.º 154/09, de 25 de março de 2009, o “fundamento último da legitimidade da recusa a depor por parte das pessoas indicadas no n.º 1 do art. 134.º situa-se no interesse da família, enquanto elemento fundamental da sociedade e espaço de desenvolvimento da personalidade dos seus membros (n.º1 do art. 67.º da CRP), cuja importância supera o interesse da punição dos culpados”. Nesta medida, não se trata, pura e simplesmente, de preservar as particulares relações de confiança em que se funda o concreto núcleo familiar do arguido, mas antes de tutelar, em última instância, a família abstratamente considerada, isto é, a família enquanto instituição fundamental da sociedade, que, por imperativo constitucional, incumbe ao Estado proteger (cfr. art. 67.º da CRP).

Em face do exposto, impõe-se, pois, concluir que é duplo o fundamento que legitima a recusa a depor nos termos do art. 134.º do CPP, porquanto, “além de poupar à testemunha o conflito de consciência, este preceito visará igualmente salvaguardar as relações de confiança, essenciais à instituição familiar, aqui tratada como autónomo bem jurídico, merecedor de tutela”³⁰. É neste sentido que, igualmente, se tem pronunciado, o Tribunal Constitucional que, desde logo no supra citado acórdão, deixou claro, que a regra do n.º1 do art. 134.º se analisa numa “forma de proteção dos escrúpulos de consciência e das vinculações socio-afetivas respeitantes à vida familiar, que encontra apoio no n.º1 do art. 67.º da Constituição e que outorga ao indivíduo uma faculdade que se compreende no direito (geral) ao desenvolvimento da personalidade, também consagrado no art. 26.º, n.º 1 da Constituição (...).”

³⁰ *Ibidem*.

Não obstante, face à recente alteração legislativa, não poderá deixar de suscitar a seguinte questão: como é que este duplo fundamento é conciliável com a nova redação do art. 134.º do CPP, introduzida pela lei 94/2021, de 21 de dezembro? Vejamos.

Com a entrada em vigor do referido diploma legal, que aprovou as medidas previstas na Estratégia Nacional Anticorrupção, vários preceitos do Código de Processo Penal foram alterados, entre os quais se inclui, precisamente, o art. 134.º, que, na sua nova redação, passou a prever na aditada alínea c) do seu n.º1, que, igualmente, pode recusar-se a depor como testemunha, o membro do órgão da pessoa coletiva ou da entidade equiparada que não seja representante da mesma no processo em que ela figure como arguida. Esta alteração, tal como as que foram efetuadas noutros preceitos legais, de que são exemplo os arts. 58.º, 61.º, 64.º e 133.º do CPP, veio procurar colmatar a enorme lacuna, por inúmeras vezes apontada pela doutrina e jurisprudência, consistente na ausência de normas processuais penais específicas para os casos em que o arguido seja uma pessoa coletiva ou entidade equiparada. Como se sabe, desde 1984, que a responsabilidade penal das pessoas coletivas se encontra consagrada no nosso ordenamento jurídico, contudo, com a ressalva da Lei dos comportamentos antidesportivos, lamentavelmente, ainda não tinham sido nele introduzidas quaisquer normas no sentido da conformação do processo penal em que seja arguida a pessoa coletiva. Tal apenas veio a suceder com a referida lei 94/2021, que, entre as várias alterações que operou com esse propósito, acabou por acolher, no que à recusa de depoimento diz respeito, precisamente aquela que já era a solução advogada ao nível doutrinário.

Com efeito, ainda antes de ser levado à letra da lei, já era defendido o entendimento de que os administradores e demais titulares de órgãos da pessoa coletiva que não assumissem a veste de representante da mesma no processo em que figura como arguida, deveriam, tal como esta, ter direito ao silêncio quanto aos factos que lhe são imputados. Aduzia-se, neste sentido, que a possibilidade de recusarem depoimento haveria de lhes ser reconhecida, precisamente como condição de efetivação do direito ao silêncio, que igualmente já se sustentava assistir à pessoa coletiva arguida, considerando que, tal como o seu representante no processo, também os outros administradores e titulares de órgãos são parte integrante da mesma e participam na formação da sua

vontade³¹. Neste sentido, entendia-se que “o dever de colaboração com a administração da justiça [deveria] ceder perante deveres legais e estatutários de lealdade, segredo e confidencialidade, que, no limite, garantem o direito à não autoincriminação da pessoa coletiva”³². Além disto, repare-se que, se assim não fosse, estar-se-ia a perpetuar uma situação de manifesta desigualdade e incongruência, em que o representante da pessoa coletiva arguida, exercendo os direitos da mesma no processo, poderia recusar-se a responder às perguntas relativas aos factos que lhe são imputados, ao passo que os demais administradores e titulares de órgãos da pessoa coletiva arguida, sendo inquiridos na qualidade de simples testemunhas, sempre estariam obrigados a depor e a fazê-lo com verdade, sob pena de incorrerem em responsabilidade criminal (cfr. art. 360.º do CP).

Assim, ao se lhes reconhecer, desde 2021, a prerrogativa de recusarem o depoimento, à semelhança dos familiares da pessoa singular arguida, obvia-se, de igual forma, a que os administradores e titulares de órgãos da pessoa coletiva ou da entidade equiparada, arguida no processo, sejam postos perante a alternativa de mentir, arriscando-se, desse modo, a incorrer na prática de um crime, ou dizer a verdade, contribuindo, por essa via, para a incriminação da entidade que administram. Trata-se, assim, também aqui, de os poupar ao conflito de consciência ou de deveres, que para eles resultaria da obrigação de depor, porquanto, uma vez constrangidos a prestar depoimento, sempre teriam que optar, neste caso, entre cumprir o dever de verdade legalmente imposto ou os deveres de lealdade, segredo e confidencialidade, a que se encontram adstritos perante a pessoa coletiva ou entidade equiparada que integram.

Daí que, ainda antes da referida alteração legislativa, se sustentasse que, também os demais administradores da pessoa coletiva, que não figurassem como representante da mesma no processo em que ela fosse arguida, teriam direito a recusar o depoimento, por aplicação analógica do art. 134.º do CPP³³, isto é, precisamente porque “os valores ou interesses que presidem [a este] dispositivo legal e justificam (...) aquele direito não

³¹ Neste sentido, ANTUNES, M.J., «A posição processual da pessoa coletiva constituída arguida», in *Julgar*, n.º 38, 2019, p. 29, e MARQUES DA SILVA, G., *A pessoa coletiva como arguida no processo penal*, texto elaborado e divulgado na Conferência proferida no Curso de Outono de Direito Penal da Pessoa Coletiva organizado pelo IDPCC, disponível em <https://carlospintodeabreu.com/publicacoes/a-pessoa-colectiva-como-arguida-no-processo-penal/>.

³² ANTUNES, M. J., *Direito Processual...*, cit. nota 6, p.29.

³³ Neste sentido, ALBUQUERQUE, Paulo P. de, *Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed. atual., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 376, ANTUNES, M. J. *Processo Penal e Pessoa Coletiva Arguida*, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2020, p. 33, COSTA ANDRADE, M., “*Bruscamente...*”, cit. nota 9, p. 104.

podem deixar de valer aqui, pelo menos por manifesta identidade de razões”³⁴. Deste modo, compreende-se o alargamento efetuado pelo legislador ao nível do regime da recusa de depoimento, bem como de que forma o mesmo se harmoniza com a razão de ser que lhe subjaz.

2. Titulares da faculdade de recusar depoimento

2.1 A testemunha

Uma vez esclarecido o fundamento que legitima a derrogação da obrigação de depor, nos termos do art. 134.º do CPP, cumpre agora elucidar a quem é que, afinal, este preceito legal outorga a prerrogativa de recusar o depoimento.

Ora, numa primeira aproximação, poder-se-á dizer que o titular da faculdade de recusa a depor é verdadeiramente a testemunha. Como acima se referiu e resulta da própria inserção sistemática do art. 134.º do CPP, a recusa de depoimento analisa-se numa faculdade inerente à qualidade de testemunha. Daqui decorre, por um lado, que apenas pode ser exercida por quem já tenha sido chamado ao processo nessa qualidade e, portanto, somente aquando da própria diligência processual e, por outro, que se encontra na livre disponibilidade da testemunha a decisão quanto à prestação ou não de depoimento. De tal modo, assim é que, optando por exercer a faculdade que lhe é legalmente reconhecida, essa opção impõe-se aos demais sujeitos e intervenientes processuais, os quais não podem, seja de que forma for, nela interferir, encontrando-se-lhes, por isso, vedada, a possibilidade de efetuarem qualquer tipo de controlo, quanto à conveniência ou oportunidade dessa decisão. A única sindicância permitida prende-se, como já se assinalou, com a legalidade da invocação da recusa a depor, a qual a entidade competente para receber o depoimento deverá assegurar, através da verificação casuística dos pressupostos de que depende.

Daí que, mais do que uma faculdade da testemunha, se configure a recusa de depoimento, verdadeiramente como um “direito subjetivo com características potestativas”³⁵.

Seja como for, sempre se diga que se trata de um direito pessoal da testemunha, racionalmente estabelecido em seu favor e não do arguido. Por isso mesmo, a

³⁴ COSTA ANDRADE, M., “*Bruscamente...*”, cit. nota 9, p.104.

³⁵ Neste sentido, GAMA, A. [et. al.], *Comentário...*, cit. nota 8, p.136. Contra, GASPAR, A. [et al.], *Código de Processo*, cit. nota 27, p. 485.

circunstância de ter sido arrolada pelo arguido em nada contende com o exercício pela testemunha da prerrogativa que a lei lhe concede^{36 37}. Qualquer que seja o sujeito processual que haja motivado a sua intervenção no processo, sempre assiste à testemunha o direito de livremente recusar o depoimento, sem que, para o efeito, tenha que aduzir qualquer tipo de fundamentação. Neste sentido, como bem sintetiza DÁ MESQUITA, estamos perante um “poder decisório exclusivo e insindicável da testemunha (...) independente de quem arrolou a prova e dos interesses afetados”³⁸.

De todo o modo, além da qualidade de testemunha, o reconhecimento da faculdade de recusar depoimento sempre depende da posição relativa que a mesma ocupe em face do arguido, mais concretamente da espécie de relação (v.g parentesco, afinidade, casamento, união de facto) que entre eles interceda aquando da prestação do testemunho. Neste sentido, depõe justamente o teor do art. 134.º do CPP, de harmonia com o qual, podem recusar-se a depor como testemunhas, não apenas os descendentes, os ascendentes, os irmãos, os afins até ao 2.º grau, os adotantes, os adotados e o cônjuge do arguido, mas também quem tiver sido cônjuge do arguido ou quem, sendo de outro ou do mesmo sexo, com ele conviver ou tiver convivido em condições análogas às dos cônjuges, e, ainda, mais recentemente, o membro do órgão da pessoa coletiva ou da entidade equiparada que não é representante da mesma no processo em que ela seja arguida.

Nestes termos, poder-se-á dizer, numa segunda aproximação, que titular da faculdade de recusa a depor é, na verdade, apenas a testemunha que, no momento da sua inquirição (ocorra esta em instrução, inquérito ou em audiência de julgamento), se encontre vinculada ao arguido por alguma das relações enunciadas no descrito preceito legal.

Sucedo que, atendendo à amplitude do elenco de sujeitos a quem o legislador, em função do vínculo familiar ou análogo, decidiu reconhecer o privilégio de recusar o depoimento, não poderá realizar-se aqui, evidentemente, uma análise minuciosa de cada

³⁶ Neste sentido, já se pronunciou o Tribunal Constitucional, no Ac. n.º 154/2009: “a norma do artigo 134.º, n.º 1, alínea a) do Código de Processo Penal, interpretado no sentido de permitir a recusa a depor por parte da irmã do arguido, arrolada por este como testemunha, tem um fundamento razoável, não atingindo, de forma intolerável, desproporcionada ou manifestamente opressiva, o direito de defesa do arguido. Por isso, não havendo um encurtamento inadmissível do direito de defesa do arguido, o Tribunal considera que a norma em causa não viola a garantia de que o processo criminal assegura todas as garantias de defesa, consagrada no n.º 1 do artigo 32.º da Constituição.”

³⁷ Além da sua conformidade com o art. 32.º, n.º 1 da CRP, foi também já afirmado que o direito a recusar depoimento não viola o art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Veja-se, neste sentido, o acórdão do TEDH, de 24 de novembro de 1986, sobre o caso *Unterpertinger c. Austria* (n.º 9120/80).

³⁸ DÁ MESQUITA, P., *A prova do...*, cit. nota 27, pp. 280-281.

um deles. Aliás, mesmo que tal fosse possível, não é nosso propósito proceder, nesta sede, a uma reprodução das considerações que têm vindo a ser feitas acerca de cada uma das categorias de titulares da faculdade de recusa a depor. O que se pretende, diferentemente, é, como *ab initio* se assinalou, pôr em relevo as insuficiências que o regime, tal como se encontra legalmente consagrado, evidencia.

Nesta conformidade, a tónica haverá que ser colocada em dois particulares destinatários da prerrogativa de recusa a depor: o cônjuge do arguido e a pessoa que com ele convive em condições análogas às dos cônjuges.

2.2 O cônjuge e o convivente em condições análogas às dos cônjuges

No que ao cônjuge do arguido diz respeito, resulta clarividente da leitura do normativo em análise que a opção do legislador foi no sentido de lhe reconhecer uma faculdade de recusa a depor temporalmente ilimitada. Com efeito, de harmonia com a lei processual penal, o cônjuge do arguido pode recusar o depoimento relativamente a quaisquer factos, localize-se a data da sua alegada prática antes ou depois da consumação do casamento. Tal possibilidade nem sequer se mostra proscriita nos casos em que tenha ocorrido separação de facto ou separação judicial de pessoas e bens, uma vez que, como se sabe, em nenhuma destas situações ocorre a dissolução do vínculo matrimonial, apenas se verificando, ao invés, nesta última hipótese, o seu relaxamento.

Assim sendo, descortinando-se uma relação conjugal entre o arguido e a testemunha chamada a depor, após o cumprimento do preceituado nos termos do art. 138.º, n.º 3 do CPP, deverá a mesma ser de imediato advertida de que a existência de tal relacionamento matrimonial, ao tempo da sua inquirição, lhe confere a possibilidade de recusar o depoimento, sem incorrer em quaisquer sanções e independentemente da posição que haja assumido em anterior fase do processo (cfr. art. 134.º, n.º 2 do CPP).

De facto, repare-se que o que releva não é o relacionamento existente ao tempo da alegada prática dos factos, mas o atual, ou seja, aquele que intercede entre o arguido e a testemunha, ao tempo da sua inquirição, uma vez que é neste momento que se concretiza materialmente a razão de ser do regime da recusa de depoimento³⁹. Deste modo, pode suceder que, em fase processual anterior, designadamente em inquérito ou instrução, a testemunha tenha prestado depoimento, por ter sido constrangida a fazê-lo, em virtude do casamento ainda não se encontrar celebrado, e, em audiência de julgamento, vindo aquele

³⁹ CRUZ BUCHO, J., «A recusa de...», cit. nota 7, p. 62.

a consumir-se supervenientemente, recuse depor. Do mesmo modo que, seguindo a lógica inversa, vindo no decurso do processo, o casamento a dissolver-se, por divórcio e, por isso, não se verificando o vínculo matrimonial ao tempo da sua inquirição em julgamento, já não se poderá aplicar a al. a) do n.º1 do art. 134.º do CPP, mas, ao invés, a sua alínea b), que, referindo-se ao ex-cônjuge, lhe reconhece, de forma bem mais limitada, a prerrogativa de recusar o depoimento apenas e tão-só quanto aos factos ocorridos durante o casamento.

A este respeito, note-se que, muito embora exista quem critique a menor amplitude desta faculdade de recusar o depoimento do ex-cônjuge, em virtude de, por via da mesma, este se encontrar obrigado a depor sobre factos ocorridos antes do casamento, de que teve conhecimento na constância do mesmo⁴⁰, a verdade é que outorgar ao ex-cônjuge uma faculdade mais ampla também teria contra si uma aproximação ao regime disposto para o cônjuge que, porventura, não facilmente se compreenderia, uma vez que, se é certo que o ex-cônjuge poderá vivenciar um conflito de consciência, uma vez constrangido a depor sobre factos imputados a pessoa com quem viveu maritalmente, por outro lado também se diga que, ocorrendo a dissolução do casamento, nenhum vínculo familiar subsiste entre si e o arguido cuja proteção justifique uma faculdade de recusar depoimento dotada de maior amplitude.

De todo o modo, concorde-se ou não, o que é facto é que a opção do legislador foi no sentido de demarcar claramente o cônjuge e também os parentes e afins do arguido (contemplados na al. a) do n.º1 do art. 134.º do CPP) que com ele mantêm um relacionamento atual, existente ao tempo da sua inquirição, do ex-cônjuge, a quem o arguido já não se encontra matrimonialmente ligado e cuja faculdade de recusa a depor se circunscreve, por isso, a factos ocorridos durante o casamento. Idêntica solução foi legalmente acolhida, relativamente à pessoa que, sendo de outro ou do mesmo sexo, com o arguido conviva ou haja convivido em condições análogas às dos cônjuges, a qual, do mesmo modo, só poderá recusar o depoimento sobre factos ocorridos durante a coabitação – cfr. art. 134.º, n.º1, al. b) do CPP.

Ora, se, com facilidade, se compreende a equiparação de regimes entre o ex-cônjuge e a pessoa com quem o arguido, no passado, haja convivido em condições análogas às dos cônjuges – a qual, se evidencia, inclusivamente, em consonância, não

⁴⁰ CRUZ BUCHO, J., «A recusa de..., cit. nota 7, p. 67.

apenas com o disposto noutros ordenamentos jurídicos⁴¹, mas, igualmente, com o consagrado no CPC, para a ação cível⁴² – o mesmo já não se poderá dizer quanto às diferenças legalmente existentes entre o cônjuge e o unido de facto do arguido, ao tempo da prestação do depoimento.

Como resulta do exposto e, aliás, se extrai da contraposição das alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 134.º do CPP, o legislador optou por conceder um tratamento muito mais favorável ao cônjuge do arguido do que à pessoa que com ele conviva em condições análogas às dos cônjuges. Com efeito, se àquele é permitido recusar o depoimento, independentemente dos factos sobre os quais incida terem ocorrido antes ou depois do casamento com o arguido ter sido celebrado, já ao unido de facto do arguido tal possibilidade encontra-se vedada, uma vez que a faculdade de recusa a depor que a lei lhe atribui sofre uma importante restrição temporal, circunscrevendo-se aos factos ocorridos durante a coabitação.

Ora, concretizando esta diferença de regimes, na prática, poderá verificar-se a seguinte situação: uma testemunha que, no momento da declaração, se encontre casada com o arguido, por exemplo, há dois anos, poderá recusar prestar depoimento sobre quaisquer factos que sejam imputados ao seu cônjuge, ainda que à data da sua alegada prática, tal relação conjugal não existisse, ao passo que, quem convive com o arguido, como se casados fossem, em comunhão de mesa, leito e habitação, porventura há duas décadas, e com filhos em comum, encontra-se adstrito a depor sobre os factos que o seu companheiro alegadamente praticou antes do início da coabitação.

Nestes termos, a questão que se impõe esclarecer prende-se com saber se este diferente tratamento que o legislador optou por conceder à pessoa que com o arguido conviva em condições análogas às dos cônjuges, em matéria de recusa de depoimento, se afigura legalmente sustentável e, mais do que isso, constitucionalmente admissível. Vejamos.

⁴¹ É o caso dos ordenamentos jurídicos cabo-verdiano, macaense e italiano, cfr. CRUZ BUCHO, J., «A recusa de...», cit. nota 7, p.76.

⁴² Cfr. art. 497.º, n.º 1, als. c) e d), do CPC.

2.3 A constitucionalidade da restrição da faculdade de recusa, de quem convive em condições análogas às dos cônjuges, aos factos ocorridos durante a coabitação

No plano da sua conformidade com a Constituição, não se desconhece que a questão é controvertida. De forma sistemática, poder-se-á dizer que, gravitam em seu torno, na doutrina, essencialmente, três teses.

Com efeito, se por um lado existe quem sustente a inconstitucionalidade da norma da al. b) do n.º 1 do art. 134.º do CPP, por violação do princípio da igualdade (art. 13.º da CRP), precisamente na parte em que não reconhece à pessoa, que com o arguido conviva em condições análogas às dos cônjuges, a faculdade de recusar depoimento relativamente aos factos ocorridos antes da coabitação, nos mesmos moldes em que a al. a) daquele normativo prevê essa faculdade para o cônjuge do arguido⁴³. Por outro lado, outra parte da doutrina alinha no sentido diametralmente oposto, rejeitando a aludida inconstitucionalidade, tendo em conta, sobretudo, a diversa configuração jurídico-material da união de facto e do casamento. A este propósito, refere SANTOS CABRAL que “são realidades diferentes, em termos sociológicos, e jurídicos, que estão em causa e, sendo situações diferentes, está justificada uma proteção mais intensa concedida ao que tiver sido seu cônjuge”⁴⁴. No mesmo sentido, defende CRUZ BUCHO que “o facto de a lei não prever a faculdade de a pessoa que com o arguido conviver em condições análogas às dos cônjuges recusar depor como testemunha relativamente aos factos ocorridos antes da coabitação não representa uma diferença de tratamento destituída de fundamento razoável, irrazoável ou irracional”⁴⁵. Ao invés, na sua perspetiva, “o que decorre da diferença de regimes é antes a vontade de o legislador consagrar uma proteção mais intensa ao casamento do que à convivência *more uxório*”⁴⁶.

No entanto, a contenda não se resume a estas duas teses contrapostas. De permeio entre uma tese e outra, descortina-se ainda uma posição intermédia que, muito embora convirja no entendimento de que a referida dimensão normativa, em abstrato, não padece de inconstitucionalidade, por violação do princípio da igualdade (art. 13.º da CRP), uma vez que “casamento e união de facto são situações materialmente distintas”⁴⁷, todavia,

⁴³ Neste sentido, ALBUQUERQUE, Paulo P. de, *Comentário...*, cit. nota 33, p. 374.

⁴⁴ GASPAR, A. [et al.], *Código de Processo*, cit. nota 27, p. 484.

⁴⁵ CRUZ BUCHO, J., «A recusa de...», cit. nota 7, p.77.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 77.

⁴⁷ GAMA, A. [et. al.], *Comentário...*, cit. nota 8, p.131.

reconhece que, em concreto, aquela poderá violar o art. 67.º da CRP. Daí que, nesta perspetiva, a solução deverá ser diversa consoante a situação sob juízo, reconhecendo-se aos conviventes em condições análogas às dos cônjuges a faculdade de recusa a depor relativamente a todos os factos, nos casos em que há filhos comuns, mas restringindo-se essa faculdade aos factos ocorridos durante a coabitação, nos casos em que tal não se verifique⁴⁸.

Ora, embora o Tribunal Constitucional ainda não se tenha debruçado sobre esta concreta questão de constitucionalidade, a verdade é que a discussão sobre o diferente tratamento conferido ao membro da união de facto, por contraposição ao cônjuge, não se afigura inovadora na jurisprudência constitucional. De facto, reiteradamente, aquele tribunal tem vindo a ser chamado a pronunciar-se sobre a conformidade com a Constituição de inúmeras normas que, em diversas matérias, postulam um regime jurídico diferente, consoante esteja em causa uma situação de casamento ou de convivência em condições análogas às dos cônjuges. Deste modo, ainda que não se possa apontar para esta questão em concreto uma solução corroborada pelo TC, podem, contudo, retirar-se da doutrina e da jurisprudência constitucionais, algumas considerações relevantes para a sua resolução.

Desde logo, cumpre notar que, não basta para afastar um juízo de inconstitucionalidade, a mera afirmação de que a situação de duas pessoas que vivem em condições análogas às dos cônjuges é diversa daquela que se vislumbra entre duas pessoas unidas pelo casamento. Tal como, igualmente, se afigura insuficiente a constatação de que, à luz da lei civil, o casamento e a união de facto são realidades distintas, a que se associam efeitos jurídicos diferentes. Isto porque, como bem se assinalou no Ac. do TC n.º 134/07, “a diferenciação de tratamento entre unidos e casados, sendo em si mesma legítima, deve, para ser constitucionalmente justificada, respeitar as exigências que se extraem dos princípios da igualdade e da proporcionalidade”. Por isso, como refere RUI MEDEIROS, “não está excluído que haja discriminações “sem uma justificação razoável” e que sejam, nessa medida – ou à luz do princípio da proporcionalidade (Ac. n.º 88/04) – constitucionalmente interditas (Ac. n.º 275/02)”⁴⁹. Assim, um diverso regime para cônjuges e unidos de facto apenas será admissível se, e na medida em que, o mesmo

⁴⁸ *Ibidem*, pp.131-133.

⁴⁹ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2.ª ed. (revista), Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, p. 593.

se encontre dentro dos limites constitucionais e não se revele arbitrário, destituído de fundamento razoável ou desproporcionado.

2.3.1 O princípio da igualdade – art. 13.º da CRP

Como a jurisprudência tem vindo constantemente a realçar, o princípio da igualdade, na sua vertente de proibição do arbítrio, surge como um princípio negativo de controlo que não interdita todas e quaisquer distinções, mas apenas aquelas diferenciações de tratamento desprovidas de fundamento material bastante, ou seja, para as quais não se vislumbre uma justificação razoável, segundo critérios de valor objetivo, constitucionalmente relevantes⁵⁰. No entanto, como referem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “a vinculação jurídico-material do legislador ao princípio da igualdade não elimina a margem de conformação legislativa, pois a ele pertence, dentro dos limites constitucionais, definir ou qualificar as situações de facto ou as relações da vida que hão-de funcionar como elementos de referência a tratar igual ou desigualmente”⁵¹. Deste modo, surge evidente que apenas se poderá formular um juízo de inconstitucionalidade, por violação do princípio da igualdade, nos casos em que se conclua que o legislador extrapolou os limites da ampla margem de discricionariedade que lhe é reconhecida, introduzindo diferenças de regime que não se sustentam em qualquer fundamento razoável, ou não sejam inteligíveis a partir de um critério racional bastante⁵².

Assim, a questão que, desde logo, se impõe prende-se com saber se o diferente tratamento conferido ao cônjuge e à pessoa com quem o arguido conviva em condições análogas às dos cônjuges, em matéria de recusa de depoimento, possui ou não uma fundamentação razoável.

Como acima se assinalou, alguns autores fornecem uma resposta positiva a esta questão, sustentando que esta diferença de regimes se justifica com base no propósito do legislador de conferir uma proteção mais intensa ao casamento do que à convivência em condições análogas às dos cônjuges, enquanto situações materialmente distintas, sendo, por isso, uma opção que ainda se situa dentro da margem de discricionariedade legislativa.

⁵⁰ Cfr. Ac. do TC n.º 39/88.

⁵¹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 339

⁵² Cfr. Ac. do TC n.º 569/08.

No entanto, mesmo neste entendimento, não poderá deixar de se questionar em que medida é que razoavelmente se justifica nesta matéria, atendendo à razão de ser da recusa a depor, a concessão de uma proteção mais intensa ao casamento do que à união de facto. Como referem JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, “o controlo das soluções normativas deve ser realizado a partir do fim que visam alcançar, à luz do princípio da proibição do arbítrio e, bem assim, de um critério geral de razoabilidade nele ínsito. Com efeito, é a partir da descoberta da ratio da disposição em causa que se poderá avaliar se a mesma possui uma fundamentação razoável”⁵³.

Ora, se o reconhecimento da faculdade de recusa a depor visa não sujeitar a testemunha à situação psicologicamente dilemática de, ao dizer a verdade, poder contribuir para a incriminação do seu familiar, deste modo se protegendo a confiança que inere às relações familiares, não se vê como possa existir uma fundamentação razoável para não reconhecer ao unido de facto do arguido a faculdade de recusa a depor, relativamente aos factos ocorridos antes da coabitação.

É que, repare-se, mesmo quando os factos imputados ao arguido antecedem o período da coabitação, ao se obrigar a pessoa, que com ele convive em condições análogas às dos cônjuges, a depor e a fazê-lo com verdade, sob pena de incorrer na prática de um crime, sempre poderá estar-se-lhe a exigir que contribua, com as suas declarações, para a condenação da pessoa com quem partilha a sua vida e de quem possa ter, inclusivamente, filhos em comum. Deste modo, com facilidade se antevê que a restrição da faculdade de recusa a depor do unido de facto do arguido, aos factos ocorridos durante a coabitação, poderá vir a desencadear a destruição de um núcleo familiar, a qual, não pode razoavelmente justificar-se, com base na simples inexistência de um vínculo matrimonial.

Na verdade, as diferenças inequívocas que se descortinam entre o regime do casamento e o regime da união de facto não se projetam nesta matéria, não se justificando, por isso, um tratamento diferenciado. Com efeito, neste domínio da recusa de depoimento, a posição do cônjuge do arguido é substancialmente análoga à da pessoa que com que ele convive numa situação de união de facto. Isto porque, encontre-se o depoente casado ou unido com o arguido, independentemente da data a que se reportam os factos que lhe são imputados, sempre a obrigação de depor importa para o depoente um atroz conflito de consciência, do qual poderá vir a resultar o desmantelamento do seu

⁵³ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição...*, cit. nota 49, p.168.

relacionamento familiar. Neste sentido, a existência ou não de um vínculo matrimonial afigura-se aqui manifestamente irrelevante, porquanto o fundamento do direito de recusa a depor, mesmo quando estejam em causa factos ocorridos antes da coabitação, não se altera, consoante o estatuto do seu titular. Nesta medida, não se afigurando materialmente justificada a diferenciação de tratamento entre o cônjuge e o unido de facto do arguido, em matéria de recusa a depor, não poderá deixar de se considerar que a mesma colide com o art. 13.º da CRP.

De todo o modo, mesmo que se entenda que as diferenças existentes entre os regimes do casamento e da união de facto comprometem os termos de comparação de se poderia partir para afirmar a violação do princípio da igualdade⁵⁴, ainda assim, não se é automaticamente reconduzido a uma solução de constitucionalidade. Vejamos.

2.3.2 A proteção constitucional da família – arts. 36.º e 67.º da CRP

Como tem sido afirmado na doutrina e jurisprudência constitucionais, à luz da Lei Fundamental, o conceito de família não se restringe à família fundada no casamento, ou seja, à dita família conjugal ou matrimonializada. Isso mesmo resulta evidente, não apenas da distinção operada no art. 36.º da CRP, entre o direito a constituir família e o direito a contrair casamento, mas também da proibição da discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, consagrada no n.º 4 desse preceito. Deste modo, como referem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “constitucionalmente, o casal nascido da união de facto juridicamente protegida, também é família (...)”⁵⁵. Por isso mesmo, não poderá deixar de se considerar que o art. 67.º da CRP, quando consagra a proteção da família, abrange, não apenas a família constituída com base num vínculo matrimonial, mas igualmente a dita “família de facto”. Assim sendo, não se vê como é que, à luz dos arts. 36.º e 67.º da CRP, se pode sustentar a constitucionalidade de um normativo que, invariavelmente, promove a rutura das redes familiares de facto, ao vedar a recusa de depoimento à pessoa que com o arguido conviva, em condições análogas às dos cônjuges, quando em causa estejam factos ocorridos antes do período da coabitação.

É certo que se tem entendido que, da conjugação destes preceitos, não é legítimo concluir pela existência de uma imposição constitucional no sentido de conferir à família assente numa união de facto o mesmo tratamento que é dispensado à família fundada no

⁵⁴ Cfr. Ac. n.º 624/2019.

⁵⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição...*, cit. nota. 51, p.561.

casamento. Como refere RUI MEDEIROS, deles não resulta uma “equiparação constitucional da união de facto estável e duradoura à família baseada no casamento”⁵⁶. Aliás, numa certa perspetiva, atenta a relevância específica que a Lei Fundamental atribui ao casamento, e que é visível no disposto nos n.ºs 2 e 3 do art. 36.º da CRP, poderá entender-se, inclusivamente, que é permitido ao legislador o estabelecimento de um regime jurídico próprio para quem opte por contrair casamento, tendo em vista a concretização de objetivos políticos de incentivo ao matrimónio.

No entanto, como bem se refere no Ac. do TC n.º 275/02, da distinção operada no art. 36.º da CRP e do art. 67.º da CRP, certamente que se poderá extrair, “pelo menos, o dever de não desproteger, sem uma justificação razoável, a família que se não fundar no casamento - isto, pelo menos quanto àqueles pontos do regime jurídico que directamente contendam com a protecção dos seus membros e que não sejam aceitáveis como instrumento de eventuais políticas de incentivo à família que se funda no casamento”.

Assim, ainda que a Constituição não imponha a concessão de igual protecção à família de facto e à família fundada no casamento, também não permite que aquela possa ser legalmente desprotegida, sem uma justificação razoável. E tal é o que justamente sucede no presente caso, porquanto, ainda que não se negue em absoluto a faculdade de recusar depoimento ao unido de facto do arguido, a verdade é que a imposição da prestação de depoimento, quanto aos factos ocorridos antes do período da coabitação, implica que o unido de facto do arguido, que não queira mentir, se veja constrangido a contribuir para a rutura do seu núcleo familiar. Núcleo familiar esse que, por imperativo constitucional, incumbe ao Estado proteger (cfr. art. 67.º da CRP) e cuja desprotecção por via deste regime se não sustenta em qualquer justificação razoável. Não só, porque, para a ratio da recusa a depor, é, como se referiu, absolutamente irrelevante a existência ou não de um vínculo matrimonial, como, além do mais, não pode, evidentemente, configurar-se este diferente regime atribuído ao cônjuge do arguido como um instrumento de concretização de objetivos políticos de incentivo à família que se funda no casamento. Aliás, considerando os valores que subjazem à recusa a depor (art. 134.º do CPP) e a protecção constitucional da família enquanto uma realidade mais ampla que aquela que se funda no casamento (arts. 36.º e 67.º da CRP), não poderá sequer configurar-se este diferente tratamento conferido ao cônjuge como uma medida legislativa adequada à

⁵⁶ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição...*, cit. nota 49, p.983.

consecução de objetivos de incentivo à família constituída no âmbito do casamento. Por isso, também sob esta perspetiva, seríamos levados a concluir, em sintonia com o Ac. do TC n.º 275/02, por uma solução de inconstitucionalidade, por violação das disposições dos arts. 36.º, n.º 1 e 67.º da CRP, conjugadas com o princípio da proporcionalidade (arts. 2.º e 18.º, n.º 2 da CRP).

2.3.3 Conclusão

Em suma, não se contesta que o casamento e a união de facto evidenciam uma diversa configuração jurídico-material. No entanto, nos domínios em que não se projetem as suas diferenças e em que, por isso, um tratamento diferenciado não se credencie numa justificação material bastante, nem tenha em vista a concretização de quaisquer objetivos políticos de incentivo ao matrimónio, não pode configurar-se como constitucionalmente legítimo o estabelecimento de um regime jurídico distinto para cônjuges e unidos. Desta feita, analisando-se a recusa de depoimento nos termos do art. 134.º do CPP, justamente num desses domínios, não pode deixar de se considerar que padece de censura constitucional a diferenciação aí introduzida entre o cônjuge do arguido e a pessoa que com ele conviva em condições análogas às dos cônjuges.

De todo o modo, ainda que assim não se entenda no plano constitucional, dúvidas não sobejam de que, no plano legal, outra solução deveria ter sido consagrada. Desde logo, repare-se que não só a mesma não se mostra em sintonia com o consagrado noutros ordenamentos jurídicos com afinidade com o nosso⁵⁷, como, além do mais, mesmo ao nível do ordenamento jurídico interno, no âmbito do processo civil, nenhuma diferenciação foi introduzida em matéria de recusa legítima a depor, entre o cônjuge do arguido e aquele que com ele conviva em condições análogas dos cônjuges (cfr. art. 497.º, n.º 1, als. c) e d) do CPC). Acresce que, além de manifestamente alheia à nova realidade sociológica, onde avultam cada vez mais famílias de facto por contraposição às famílias fundadas no casamento, tal solução normativa não é compaginável, como se viu, com a própria razão de ser do regime da recusa de depoimento. Com efeito, visando a recusa a depor, em última instância, a proteção da relação familiar e perfilhando-se, hoje, uma

⁵⁷ Nos ordenamentos jurídicos cabo-verdiano, macaense, alemão e espanhol, não se descortina qualquer diferenciação entre o casamento e a convivência em condições análogas às dos cônjuges, em matéria de recusa de depoimento em processo penal. Neste sentido, veja-se CRUZ BUCHO, J., «A recusa de...», cit. nota 7, p. 76.

noção ampla de família, extensível à referida família de facto, não se atinge como poderá teleologicamente justificar-se, como acima se exemplificou, que alguém que convive com o arguido, numa situação de união de facto estável e duradoura, porventura há duas décadas e com filhos em comum, seja obrigado a depor sobre factos que este alegadamente haja praticado antes da coabitação e, desse modo, constrangido a contribuir para a sua incriminação.

Por isso se diga, em suma, que, se porventura, se pode questionar se a restrição temporal da faculdade de recusa a depor do unido de facto do arguido é constitucionalmente admissível, já de forma perentória se pode afirmar que a mesma não é, no plano legal, teleologicamente sustentável.

3. A (in)aplicabilidade da recusa de depoimento aos assistentes e às partes civis

Analisada a principal insuficiência que o regime da recusa de depoimento, a nosso ver, evidencia, cumpre avançar para o tratamento de alguns dos problemas com que a prática judiciária se tem debatido nesta matéria. Assim, a primeira questão que se impõe esclarecer prende-se com saber se o regime disposto no art. 134.º do CPP se deverá aplicar, não apenas às testemunhas, mas também aos assistentes e às partes civis.

Durante a realização do estágio curricular, esta questão suscitou-se no âmbito de um processo em concreto, que coenvolveu nove arguidos, acusados da prática de diversos crimes de burla qualificada e falsificação de documentos. No essencial, a acusação fundava-se num esquema fraudulento de venda de imóveis pertencentes a terceiros, sem o seu respetivo consentimento, através de procurações forjadas em nome dos legítimos proprietários. Em sede de audiência de julgamento, um dos assistentes, que tinha sido lesado pela venda não consentida de um imóvel seu, por parte do seu filho, arguido no processo, declarou de imediato não querer prestar declarações, se a lei assim o permitisse. Nesse momento, foram manifestados entendimentos contrapostos quanto à possibilidade de o assistente se recusar a prestar declarações, ao abrigo do art. 134.º do CPP, tendo o tribunal interrompido a sessão para deliberar.

Nesta sequência, o Mm.º Juiz Presidente, uma vez retomada a sessão, proferiu despacho, em que, salientando que a decisão não houvera sido tomada por unanimidade, reconheceu, contudo, ao assistente, a faculdade de recusa a depor, por aplicação conjugada dos preceitos contidos nos arts. 134.º, n.º 1, al. a) e 145.º, n.º 3 do CPP.

3.1 A origem do problema: o n.º 3 do art. 145.º do CPP

Ora, procedendo à análise da questão, com facilidade se constata que a origem do problema radica na interpretação do preceituado no art. 145.º, n.º 3 do CPP. Vejamos.

Dispõe este normativo que “a prestação de declarações pelo assistente e pelas partes civis fica sujeita ao regime de prestação da prova testemunhal, salvo no que lhe for manifestamente inaplicável e no que a lei dispuser diferentemente”. Nestes termos, resulta clarividente, que a extensão do regime da recusa de depoimento ao assistente e às partes civis depende da verificação de dois requisitos cumulativos: da inexistência de disposição legal em contrário e, bem assim, da ausência de manifesta inaplicabilidade de tal regime àqueles sujeitos processuais. Ora, no que concerne ao primeiro requisito, dúvidas não sobejam de que o mesmo se encontra verificado, porquanto, compulsando o Código de Processo Penal, não se vislumbra qualquer disposição legal que, perentoriamente, vede ao assistente e às partes civis a faculdade de recusa a depor, plasmada no art. 134.º do CPP. Repare-se que, se de facto existem aspetos do regime da prova testemunhal que o legislador afastou, através de disposição legal expressa, quando esteja em causa a prestação de declarações pelos assistentes e partes civis, este não foi, contudo, um deles. Deste modo, o problema coloca-se apenas quanto ao segundo requisito, reconduzindo-se, concretamente, à questão de saber se o regime disposto no art. 134.º do CPP é ou não manifestamente inaplicável àqueles sujeitos processuais.

PINTO DE ALBUQUERQUE fornece uma resposta positiva a esta questão, entendendo que a regra do art. 134.º se analisa numa das “regras do regime legal da prova testemunhal que «manifestamente» não se conformam com o ato de tomada de declarações dos assistentes e das partes civis”⁵⁸. Neste sentido, sustenta o autor que “o ascendente que se constitui como assistente em processo contra o filho não pode recusar-se a depor contra o arguido, sob pena de um inadmissível *venire contra factum proprium processual*”. Do mesmo modo, sustentou-se no Ac. do TRL de 30 de junho de 2014⁵⁹, que o regime disposto no art. 134.º não é aplicável ao assistente, uma vez o mesmo “visa a protecção das relações familiares e dirige-se especificamente às testemunhas, o que se comprova pela sua inserção sistemática e teleologicamente (...)”. Além do mais, referiu-se, nesse aresto, que “a ofendida, ao constituir-se assistente, beneficiou de poderes que

⁵⁸ ALBUQUERQUE, Paulo P. de, *Comentário...*, cit. nota 33, p. 418.

⁵⁹ Acórdão do qual foi interposto recurso, tendo o mesmo sido decidido no Ac. do STJ de 11.02.2015, proc. n.º 182/13.1PAVFX.S1.

apenas estão reservados àquele sujeito processual e concomitantemente, prescindiu de direitos de que poderia lançar mão caso se mantivesse como mera ofendida e tivesse sido ouvida na qualidade de testemunha”.

Em sentido contrário, se pronuncia CRUZ BUCHO, segundo o qual “no n.º 1 do art. 134.º do CPP o legislador deu prevalência à relação especial da pessoa em relação ao arguido e não propriamente ao seu estatuto processual (...)”⁶⁰. Além de que, nas palavras do autor, “o facto de o assistente ou parte civil estar impedido de depor como testemunha (art. 133.º, n.º 1, alíneas b) e c) do CPP), por ter adquirido o estatuto de sujeito processual, não interfere com a relação que tenha com o arguido, nos casos indicados no n.º 1 do art. 134.º do CPP, que o legislador quis proteger”⁶¹.

Ora, em face das posições assumidas e dos argumentos gizados, encaremos a questão de forma mais desenvolvida, sobretudo quanto ao assistente, uma vez que é também em relação a ele que a questão se tem essencialmente colocado na prática judiciária⁶².

3.2 O assistente

O assistente, como já acima se adiantou, à luz da nossa lei processual penal, assume o estatuto de verdadeiro sujeito do processo penal, por contraposição ao de mero interveniente processual, pelo que, como tal, “tem uma participação constitutiva na declaração do direito do caso”⁶³.

De facto, quando, designadamente, o ofendido da prática do crime, se constitui assistente (cfr. art. 68.º, n.º 1, al. a)), além de assumir uma outra veste no processo, passa a dispor, em consonância com o seu novo estatuto processual, de um amplo e variado leque de poderes e atribuições que, não só lhe permitem ter uma participação ativa no processo, como intervir substancialmente na sua conformação. Isso mesmo resulta evidentemente do disposto no art. 69.º do CPP, de harmonia com o qual, compete aos assistentes, na qualidade de colaboradores do Ministério Público, a cuja atividade subordinam a sua intervenção no processo, nomeadamente, intervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo as diligências que se afigurarem necessárias;

⁶⁰ CRUZ BUCHO, J., «A recusa de..., cit. nota 7, p.101.

⁶¹ *Ibidem*, pp.101-102.

⁶² Repare-se que a questão adquire relevo prático apenas nos crimes públicos, pois nos crimes semipúblicos e particulares, o assistente pode desistir da queixa até à publicação da sentença da 1.ª instância, cfr. art. 116.º, n.º 2 do CP.

⁶³ ANTUNES, M. J., *Direito Processual...*, cit. nota 6, p. 35.

deduzir acusação independente da do Ministério Público e ainda que este não a deduza e, bem assim, interpor recurso das decisões que os afetem, mesmo que o Ministério Público o não tenha feito. Além deste elenco de atribuições que lhe são cometidas, o seu estatuto de sujeito processual reflete-se ainda, designadamente, na legitimidade de que dispõe para requerer a abertura de instrução (cfr. 287.º, n.º 1, al. b) do CPP); na exigência da sua concordância para que tenha lugar a suspensão provisória do processo (cfr. 281.º, n.º 1, al. a) do CPP) e, bem assim, na legitimidade que se lhe assiste para requerer ao MP a aplicação deste mecanismo de diversão processual (cfr. 281.º, n.º 1 do CPP). Acresce que o assistente é sempre representado por advogado (cfr. art. 70.º, n.º 1 do CPP) e dispõe de um dilatado hiato temporal para se constituir como tal, podendo inclusivamente tal suceder apenas no prazo para interposição de recurso da sentença (cfr. 68.º, n.º 3 do CPP), ainda que tal solução legislativa não se mostre isenta de crítica.

Ora, deste enriquecido estatuto processual legalmente conferido ao assistente não parece que possa concluir-se no sentido da manifesta inaplicabilidade do regime da recusa a depor àquele sujeito processual. Desde logo, de nenhuma disposição legal que conforma o seu estatuto processual parece poder extrair-se a ilação de que o assistente deva, pelo facto de se ter constituído como tal, sofrer uma limitação dos direitos de que já disporia, caso se mantivesse enquanto mero interveniente processual e fosse ouvido no processo na qualidade de simples testemunha. Aliás, tal nem sequer se coaduna com o propósito legislativo subjacente à previsão deste sujeito do processo penal. Ao admitir que o ofendido da prática do crime se constitua como assistente e ao enriquecer o estatuto deste sujeito processual com um conjunto tão vasto de poderes e atribuições, naturalmente que o que o legislador visou foi permitir que aquele possa ter uma intervenção ativa no processo, em conformidade com o disposto no art. 32.º, n.º 7 da CRP. A intenção legislativa não foi, evidentemente, despojá-lo de direitos de que já beneficiaria, caso fosse ouvido no processo enquanto testemunha⁶⁴. Como referem ANTÓNIO GAMA e LUÍS LEMOS TRIUNFANTE, o estatuto de assistente “é um plus em relação à categoria de testemunha”⁶⁵. Para além do mais, não se nos afigura sequer sustentável que se possa defender a perda do direito a recusar depoimento como consequência decorrente da aquisição do estatuto processual de assistente e dos poderes que passou a beneficiar nessa qualidade, como defendido no supracitado Ac. do TRL de 30 de junho de 2014. Isto

⁶⁴ Neste sentido, Ac. TRP, de 30.01.2013, proc. n.º 95/10.9GACP.V.P1.

⁶⁵ GAMA, A. [et. al.], *Comentário...*, cit. nota 8, p.134.

porque, a nosso ver, e, sob uma perspetiva fundamentalmente teleológica, inexistem qualquer incompatibilidade manifesta entre o reconhecimento daquele direito e este estatuto.

Com efeito, se, por um lado, é certo que o assistente se configura, nos termos da lei, como coadjuvante do Ministério Público e, em conformidade com essa posição processual, goza de amplos poderes que lhe permitem incentivar a prossecução do processo penal, por outro lado, não pode olvidar-se que a sua intervenção no processo se subordina à atividade do Ministério Público, enquanto titular da ação penal e, sobretudo, que a razão de ser que legitima a recusa a depor não deixa materialmente se concretizar no caso concreto, quando em causa esteja a prestação de declarações pelo assistente.

A este respeito, repare-se que, independentemente da veste em que determinada pessoa seja chamada ao processo para prestar declarações, seja na qualidade de testemunha, seja enquanto assistente, tendo em conta a relação de proximidade familiar que tem com o arguido, caso fosse obrigada a depor, sempre se poderia ver colocada perante a tal situação psicologicamente dilemática, que a obrigaria a optar entre mentir ou, dizendo a verdade, contribuir para a incriminação do seu familiar. Tanto mais, quando, atenta a morosidade da justiça e a celeridade com que, nos relacionamentos familiares, as situações de conflito dão lugar a situações de reconciliação, pode perfeitamente suceder que, aquando da fase de julgamento, o assistente já se tenha reconciliado com o arguido e perdido o interesse na tramitação processual⁶⁶.

Acresce que o facto de se ter constituído como assistente e de, porventura, ter tido, inclusivamente, uma participação ativa no processo não legitima, a nosso ver, que se lhe imponha a prestação de depoimento em sede de audiência de julgamento, e que se o obrigue a contribuir, com as suas próprias declarações, para a condenação daquele que bem poderá ser o seu filho, pai ou irmão. No fundo, não se vislumbra como se possa sustentar, a partir do seu respetivo estatuto processual, uma tal responsabilização do assistente, que o constranja a contribuir para o desmantelamento do seu relacionamento familiar com o arguido, relacionamento esse que o legislador quis justamente proteger com a consagração do disposto no art. 134.º do CPP.

Acrescente-se ainda que o facto de o assistente se encontrar impedido de depor como testemunha, nos termos do art. 133.º, n.º 1, al. a) do CPP e, bem assim, a

⁶⁶ Foi o que justamente sucedeu no referido processo a cujo julgamento se assistiu.

circunstância da recusa de depoimento se encontrar sistematicamente inserida no âmbito da regulamentação da prova testemunhal, não obstam ao entendimento que se tem vindo a sustentar.

Com efeito, em primeiro lugar, cumpre notar que o impedimento previsto naquele normativo tem um fundamento próprio, justificando-se, na medida em que, tendo ocorrido a constituição de assistente, é nessa qualidade que tal sujeito processual deverá prestar declarações e não como testemunha. Desde logo, porque, se assim não fosse, gerar-se-iam manifestas incongruências em consequência de tal duplicação de estatutos. Repare-se que, muito embora o regime de prestação das declarações do assistente e das partes civis seja decalcado do regime da prova testemunhal, por força precisamente do disposto no art. 145.º, n.º 3 do CPP, existem algumas diferenças que o legislador, expressamente, optou por estabelecer. O assistente e as partes civis, ainda que estejam igualmente adstritos ao dever de verdade (cfr. art. 145.º, n.º 2 do CPP), não prestam juramento (cfr. art. 145.º, n.º 4 do CPP), diversamente das testemunhas, e também, em sede de audiência de julgamento, não estão sujeitos a contrainterrogatório direto da parte do Ministério Público, do defensor e dos respetivos advogados, como sucede com as testemunhas, antes tendo lugar a sua inquirição por intermédio do tribunal, nos termos do art. 346.º, n.º 1 do CPP.

Em segundo lugar, refira-se que, não obstante a inserção sistemática do regime da recusa de depoimento no âmbito da regulamentação da prova testemunhal, o art. 145.º, n.º 3 do CPP impõe a aplicação deste regime da prestação da prova testemunhal à prestação de declarações pelo assistente e pelas partes civis em tudo o que a lei não disponha diferentemente e que não se lhes afigure manifestamente inaplicável. Ora, como resulta evidente da análise efetuada, não obstante o estatuto processual do assistente, enquanto colaborador do MP e os poderes de que, em coerência, se encontra legalmente investido, não se nos afigura que seja sustentável a manifesta inaplicabilidade da faculdade de recusar o depoimento aos assistentes, tendo em contra, sobretudo, a razão de ser que fundamenta a recusa a depor, nos termos do art. 134.º do CPP. Como se refere no Ac. do TRP, de 30 de janeiro de 2013⁶⁷, “o facto de, nos termos do art. 69º, nº 2, alínea a), do CPP, competir em especial ao assistente intervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo as diligências que se afigurarem necessárias e conhecer

⁶⁷ Ac. TRP, de 30.01.2013, proc. n.º 95/10.9GACPV.P1.

os despachos que sobre tais iniciativas recaírem, não interfere com a circunstância de se encontrar numa situação próxima do arguido, particularmente ter com o arguido uma das ligações referidas no art. 134.º, n.º 1, do CPP (...).”

3.3 As partes civis

O mesmo se diga quanto a quem seja parte civil no processo penal. Ainda que a questão se tenha vindo a colocar na prática judiciária, essencialmente, quanto ao assistente, também quando esteja em causa a prestação de declarações pelo demandante cível, deverá ter aplicação o disposto no art. 134.º do CPP, ex vi o art. 145.º, n.º 3 do CPP. Mais uma vez se diga que, inexistindo disposição legal expressa que o proíba, nenhum óbice existe a que se reconheça ao demandante cível, que se encontre ligado ao arguido por alguma das relações previstas no art. 134.º do CPP, a faculdade de recusar o depoimento. Com efeito, também em relação a este sujeito do processo penal (pelo menos num sentido formal) se pode afirmar que o fundamento em que radica a recusa a depor prevista naquele normativo legitima que se lhe reconheça tal prerrogativa, não se lhe afigurando a mesma manifestamente inaplicável. Como bem referem ANTÓNIO GAMA e LUÍS LEMOS TRIUNFANTE, “quer seja testemunha, vítima, assistente ou parte civil a concreta pessoa que depõe continua a ter com o arguido o mesmo vínculo, a mesma relação familiar de proximidade e confiança, subsistindo o dilema moral já referido”.

Por isso mesmo se entende que, independentemente da veste que assuma no processo, é ao depoente ou declarante que deverá caber a decisão sobre se pretende ou não prestar declarações, uma vez verificada alguma das situações previstas no art. 134.º do CPP.

3.4 Conclusão

Em face do exposto, não resta senão concluir que partilhamos do entendimento claramente maioritário na doutrina⁶⁸ e jurisprudência⁶⁹, segundo o qual o regime da recusa de depoimento plasmado no art. 134.º do CPP é, igualmente, aplicável aos assistentes e partes civis, por força do disposto no art. 145.º, n.º 3 do CPP. Ainda que não

⁶⁸ Neste sentido, CRUZ BUCHO, J., «A recusa de..., cit. nota 7, pp. 100-102; GAMA, A. [et. al.], *Comentário...*, cit. nota 8, pp.133-135.

⁶⁹ Neste sentido, vejam-se os seguintes acórdãos: Ac. do TRP, de 11.01.2017, proc. n.º 1014/11.OPHMTS.P1; Ac. do TRP, de 06.04.2022, proc. n.º 2218/20.0T9VFR.P1M; Ac. do TRP de 22.10.2014,proc.n.º 135/13.0GCLMG.P1; Ac. TRP, de 30.01.2013, proc. n.º 95/109GACPV.P1; Ac. do TRC, de 07.03.2018, proc. 94/14.1GBPL.C1; Ac. do TRE, de 19.12.2013, proc. n.º 497/12.6PALGS.E1; Ac. do STJ de 11.02.2015, proc. 182/13.1PAVFX.S1.

se desconheça que tal solução se possa afigurar problemática no domínio dos crimes intrafamiliares, em que o assistente se afigura, as mais das vezes, a única pessoa com conhecimento direto dos factos sob juízo, na ausência de norma expressa em contrário, outra não pode ser a resposta para esta questão⁷⁰. Diferentemente do que se encontra previsto no art. 199.º do Codice di Procedura Penal, na lei processual penal portuguesa não se encontra consagrada qualquer exceção à faculdade de recusa a depor, não se encontrando, por isso, a mesma excluída, nem nos casos em que o familiar do arguido seja a vítima do crime ou tenha sido ele a denunciá-lo, nem quando se tenha constituído assistente ou deduzido pedido de indemnização civil, pelas razões que se expôs.

4. A advertência: relevância processual e substantiva da sua omissão

Questão que, igualmente, se tem suscitado com bastante frequência na prática judiciária e dado azo a intensa produção jurisprudencial prende-se com o regime disposto no n.º 2 do art. 134.º do CPP e com as consequências que se associam ao seu incumprimento. Vejamos.

Uma vez verificado que entre a testemunha, vítima, assistente ou parte civil e o arguido intercede alguma das relações previstas no n.º 1 do art. 134.º do CPP, incumbe à entidade competente para receber o depoimento, nos termos do n.º 2 deste normativo, advertir a concreta depoente ou declarante da faculdade que lhe assiste de recusar o depoimento.

Ora, como resulta evidente da referência legal “à entidade competente para receber o depoimento” e, bem assim, da inserção sistemática daquele preceito legal no âmbito da regulamentação da prova testemunhal em geral, tal advertência deverá ser realizada em cada concreto ato de inquirição, qualquer que seja a fase do processo em que o mesmo ocorra. Ou seja, independentemente do processo se encontrar em fase de inquérito, instrução ou julgamento, sempre a inquirição de alguma das pessoas previstas no n.º 1 do art. 134.º do CPP haverá que ser precedida da advertência do direito que lhes assiste de se recusarem a depor. Tal exigência compreende-se e justifica-se, porquanto a circunstância de, porventura, alguma delas ter prestado depoimento, em fase processual anterior, não preclui que, em posterior ato processual de inquirição, se remeta ao silêncio, exercendo a prerrogativa que legalmente lhe é concedida. Como por inúmeras

⁷⁰ Até porque, repare-se, mesmo não se tendo constituído como assistente, a ofendida, caso fosse ouvida no processo como testemunha, sempre poderia exercer a prerrogativa de recusar o depoimento.

vezes já se referiu, a recusa de depoimento analisa-se numa faculdade inerente à qualidade de testemunha (ainda que extensível, a nosso ver, a quem seja assistente, vítima ou parte civil) e que esta, como tal, pode exercer a seu bel-prazer, sempre que deva depor, não se encontrando, por isso, de modo algum condicionada pela posição que haja assumido anteriormente num pretérito ato de inquirição.

Contudo, lamentavelmente, tal nem sempre é representado, de forma clara e concisa, à concreta pessoa chamada a depor ou a prestar declarações, a qual, não raras vezes, acaba por prestar depoimento, desconhecendo o verdadeiro sentido e alcance do direito que a lei lhe atribui. Repare-se que, não obstante, não se encontre legalmente especificada a forma pela qual a advertência deve ser realizada, é preponderante que a mesma seja feita, de molde a que resulte completamente perceptível para o depoente ou declarante, que lhe assiste o direito a recusar o depoimento, em razão da relação familiar ou análoga que intercede entre si e o arguido, que o poderá exercer livremente, sem incorrer em quaisquer tipo de sanções, e, bem assim, que se ligam determinadas consequências, quer ao seu exercício, quer à renúncia a esse direito. Só nestes termos e com esta exigência de concretização⁷¹ se poderá afirmar que a sua decisão, qualquer que ela seja, é produto de uma vontade livre e esclarecida.

Deste modo, fórmulas verbais sugestivas ou tendenciosas, que possam, de alguma forma, coartar a liberdade decisória do depoente ou declarante, induzindo-o num determinado sentido de resposta, não devem ser empregues. Da mesma forma que também não devem ser utilizadas expressões imprecisas, vagas, ou através das quais a advertência surja, de tal modo sucinta, que não seja sequer compreensível para o respetivo destinatário da declaração. Inclusivamente, observa-se, através da jurisprudência, que, com frequência, a advertência é feita sob a forma de uma pergunta, na sequência de uma afirmação, do género: “O seu pai está aqui a ser julgado...o senhor quer prestar depoimento ou não?”⁷². Ora, formulações deste calibre são, evidentemente, reprováveis,

⁷¹ Aponte-se que as exigências de concretização poderão ser ainda mais intensas consoante o concreto destinatário da advertência. Tal sucederá, naturalmente, quando o depoente ou declarante seja menor, não se encontre acompanhado de advogado ou manifestamente não possua quaisquer conhecimentos jurídicos. Neste sentido, veja-se o acórdão assinalado na nota subsequente. No entanto, como bem alerta CRUZ BUCHO, J., «A recusa de..., cit. nota 7, p. 144, “mesmo que a testemunha seja um jurista consagrado (...) ou um reputado magistrado, a advertência é devida em qualquer caso, porque a lei a tanto obriga (...)”.

⁷² Foi o que sucedeu na situação sobre a qual versou o Ac. do TRE, de 13.07.2017, relativo ao proc. n.º 1508/15.9T9BJA.E1. Nesse Acórdão, o TRE considerou que a pergunta que se transcreveu “fica muito aquém da materialização de uma advertência sobre a possibilidade de recusa de depoimento face a ligação de parentesco ou de afinidade”, pelo que concluiu que “não foi dado cumprimento ao art. 134º, n.º 2 do CPP”.

na medida em que não concretizam minimamente o conteúdo, o sentido ou o alcance da faculdade de recusar depoimento que é reconhecida ao destinatário da interpelação, nem sequer permitem dar-lhe nota de que tal faculdade lhe assiste. Trata-se de enunciações, que denunciam a pressuposição ilegítima da parte de quem preside à inquirição, de que a pessoa que foi chamada a depor ou a prestar declarações sabe, naquele caso, que, por ser descendente do arguido, pode recusar-se a fazê-lo, limitando-se, por isso, a questionar se é essa ou não a sua vontade. Sucede que, amiúde, o depoente ou declarante não tem conhecimento da faculdade que a lei lhe atribui, nem tem a obrigação jurídica de a conhecer. Pelo contrário, a entidade competente para receber o depoimento é que se encontra legalmente incumbida de o advertir, de forma expressa e clara, de que pode, se assim o pretender, não depor ou não prestar declarações.

Não o fazendo, porém, nestes termos, poderá vir a considerar-se que a advertência não foi realizada, como o deveria ter sido, impondo-se, por isso, descortinar quais as consequências jurídicas, quer processuais, quer substantivas, que se ligam à sua omissão.

Ora, no plano jurídico-processual, a lei é aparentemente clara quanto à consequência que se associa à omissão da advertência, ao estabelecer, nos termos do n.º 2 do art. 134.º do CPP, que “a entidade competente para receber o depoimento adverte, sob pena de nulidade (...)”. Daqui resulta, evidentemente, que a lei comina com a invalidade a falta da advertência legalmente exigida. Na realidade, a dúvida coloca-se é quanto a saber qual a natureza jurídica dessa invalidade e, conseqüentemente, qual o regime jurídico que se lhe associa.

A questão não é de facto recente e, na verdade, já há muito tempo que divide a doutrina e a jurisprudência. Contudo, a sua pertinência mantém-se, uma vez que a controvérsia, que em seu torno gravita, se tem vindo a adensar significativamente. Particularmente paradigmática desta realidade é, não apenas a elevada quantidade de acórdãos dissidentes que, nos últimos tempos, se têm debruçado sobre esta questão, mas também, e, sobretudo, a circunstância de alguns deles terem chegado a viabilizar a interposição de dois recursos para fixação de jurisprudência sobre esta matéria⁷³. Sucede que, tanto um como outro, não obtiveram provimento, uma vez que o STJ considerou, em ambos os casos, que não se encontrava verificado o requisito substancial da oposição de julgados, de que a lei faz depender a sua respetiva procedência, nos termos do art. 437.º,

⁷³ Veja-se, neste sentido, o Ac. do STJ, de 11.05.2017, proc. n.º 1014/11.0PHMTS.P1-A.S1, e, mais recentemente, o Ac. do STJ, de 13.01.2022, proc. 225/18.2PASXL-A.S1.

n.º 2 do CPP, porquanto, ainda que estivesse em causa a mesma questão de direito, o acórdão recorrido e o acórdão fundamento não versavam sobre situações de facto idênticas.

Assim, goradas as tentativas de uniformização de jurisprudência sobre esta questão, o dissídio subsiste, assentando, fundamentalmente, em dois entendimentos contrapostos. Com efeito, se por um lado existe quem sustente que a nulidade prevista no n.º 2 do art. 134.º do CPP consubstancia uma autêntica proibição de prova ou de valoração de prova⁷⁴ (cfr. art. 126.º do CPP), não obstante o legislador não tenha usado a fórmula verbal que tipicamente se lhe associa (“é nula, não podendo ser utilizada”). Por outro lado, a maior parte da doutrina e jurisprudência opõe-se a este entendimento, defendendo que o que está em causa é, pura e simplesmente, uma nulidade *strictu sensu*, relativa ou sanável⁷⁵, que, como tal, carece de ser arguida até à conclusão do depoimento, nos termos do art. 120.º, n.º 3, al. a) do CPP.

Ora, considerando que é vasta a produção doutrinal e jurisprudencial sobre a matéria das proibições de prova e, igualmente, intensa, a divergência existente em torno da linha de fronteira que as separa das nulidades, a qual não poderá, evidentemente, aprofundar-se nesta sede, limitar-nos-emos a realizar as considerações necessárias para a análise dos argumentos que se aduzem contra e a favor de cada um dos entendimentos.

Assim, refere HELENA MOURÃO que “proibição de prova em sentido próprio no sistema processual português é somente aquela norma probatória proibitiva cuja violação possa redundar na afetação de um dos direitos pertencentes ao núcleo eleito no

⁷⁴ Neste sentido, COSTA ANDRADE, M., *Sobre as Proibições...*, cit. nota 18, p. 203; MEDINA DE SEIÇA, A., «Prova testemunhal. Recusa de Depoimento de Familiar de um dos Arguidos em caso de Co-Arguição (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de Janeiro de 1996)», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 6, Fasc. 3.º*, p. 493, nota 38; ALBUQUERQUE, Paulo P. de, *Comentário...*, cit. nota 33, p. 375. Na jurisprudência aderiram a este entendimento, nomeadamente, o Ac. do TRE, de 03.06.2008, proc. n.º 1991/07-1; o Ac. do TRC, de 25.06.2014, proc. n.º 313/10.3TACNT-A.C1; o Ac. do TRP, de 22.10.2014, proc. n.º 135/13.0GCLMG.P1 e o Ac. do STJ, de 11.02.2015, proc. n.º 182/13.1PAVFX.S1.

⁷⁵ Neste sentido, SOUSA MENDES, “As Proibições de Prova no Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 149-150; GASPAS, A. [et al.], *Código de Processo...*, cit. nota 27, p.484; SIMAS SANTOS, Manuel, LEAL-HENRIQUES, Manuel [et. al.], *Código...*, cit. nota 21, p. 957. Na jurisprudência, aderiram a este entendimento, designadamente, o Ac. do TRL, de 30.05.2007, proc. n.º 9332/06, o Ac. do TRG, de 11.05.2009, proc. n.º 608/07.3PBVCT.G1 e, mais recentemente, o Ac. do TRE, de 13.07.2017, proc. n.º 1508/15.9T9BJA.E1, o Ac. do TRE, de 05.06.2018, proc. n.º 476/16.4 GFSTB.E1, o Ac. do TRP, de 09.11.2016, proc. n.º 313/13.1EAPRT.P1, o Ac. do TRP, de 11.01.2017, proc. n.º 1014/11.0PHMTS.P1, o Ac. do TRC, de 07.03.2018, proc. n.º 94/14.1GBPBL.C1 e, por fim, os Acórdãos do STJ, de 21.10.2009, proc. n.º 12124/04.0TDLSB-A.S1, de 04.07.2018, proc. n.º 1006/15.0JABRG-D.S1 e de 21.03.2019, proc. n.º 356/17.6GACSC-A.S1.

art. 32.º, n.º 8 da Lei Fundamental e que o art. 126.º do CPP manteve, sem alargar”⁷⁶. Desde modo, a questão que se impõe é, justamente, a de saber se algum dos direitos previstos naquele preceito constitucional e replicados naquela norma processual penal é ou não atingido, quando a entidade competente para receber o depoimento não adverte alguma das pessoas previstas no n.º 1 do art. 134.º do CPP da faculdade que lhes assiste de se recusarem a depor.

PINTO DE ALBUQUERQUE fornece uma resposta positiva a esta questão, na medida em que, no seu entendimento, a falta da advertência legalmente exigida implica uma intromissão na vida privada, prevista e sancionada nos termos do n.º 3 do art. 126.º do CPP com a correspondente proibição de prova. Nestes termos, avança o autor que “a violação desta proibição tem o efeito da nulidade das provas obtidas, salvo consentimento do titular do direito, isto é, da testemunha que prestou o depoimento”⁷⁷.

No mesmo sentido se pronunciou também o STJ, no Acórdão de 11 de fevereiro de 2015, no qual, desde logo, deixou claro que “a resposta a esta pergunta [da natureza jurídica da invalidade decorrente da falta da advertência], reside na razão de ser da possibilidade de recusa e da necessidade de advertência” e logo prosseguiu, referindo que, “considerando que o que está em causa é a proteção de um direito à reserva da vida privada e familiar, facilmente acabamos por subsumir o caso no âmbito do art. 126.º, n.º 3, do CPP; e considerar que estamos perante um método proibido de prova a impor a nulidade. Todavia, enquanto que as provas obtidas mediante tortura, coação, ou em geral, ofensa à integridade física ou moral das pessoas (art. 126.º, n.º 1 e 2, do CPP) são nulas, tratando-se de uma nulidade insanável a invalidar o ato e os subsequentes (de acordo com o disposto no art. 122.º, do CPP), as provas obtidas sem consentimento e com intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, são nulas, todavia constitui uma nulidade sanável.”⁷⁸

Ora, ainda que estejamos perante um entendimento que chegou a ser acolhido ao nível da jurisprudência do STJ, não podemos, de maneira alguma, concordar com o mesmo. Desde logo, como por inúmeras vezes se referiu e o próprio Tribunal Constitucional já firmou⁷⁹, a recusa de depoimento, nos termos do art. 134.º do CPP,

⁷⁶ HELENA MOURÃO, «O efeito-à-distância das proibições de prova no Direito processual penal português», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, n.º 4, Outubro-Dezembro 2006, p. 589.

⁷⁷ ALBUQUERQUE, Paulo P. de, *Comentário...*, cit. nota 33, p. 375.

⁷⁸ Ac. do STJ, de 11.02.2015, proc. n.º 182/13.1PAVFX.S1.

⁷⁹ Recorde-se o Ac. n.º 154/2009.

radica no propósito imediato de evitar o conflito de consciência que resultaria para a testemunha de ter que depor com verdade sobre factos imputados a um seu familiar. Deste modo se protegendo, em última instância, a confiança em que se alicerçam as relações familiares. Em momento algum se referiu que a ratio daquele normativo assenta na proteção da vida privada, porque, de facto, não é manifestamente disso que se trata. Não é esse o fundamento que legitima a derrogação da obrigação de depor, a que a testemunha se encontra, em regra, adstrita (cfr. arts. 131.º, n.º 1 e 132.º, n.º 1, al. d) do CPP).

Na verdade, uma tal associação entre “a razão de ser da possibilidade de recusa e da necessidade de advertência” e a “proteção de um direito à reserva da vida privada e familiar”, como a que é realizada no aludido acórdão, só poderá compreender-se, à luz de uma visão manifestamente redutora, que restringe o exercício da faculdade de recusar o depoimento ao território dos crimes intrafamiliares. Neste domínio, no âmbito do qual surge como paradigmático o crime de violência doméstica, naturalmente que a ofendida, ao recusar-se a depor, exime-se à narração de factos que diretamente contendem com a intimidade da sua vida privada e familiar, a qual, nesta perspetiva, pode resultar, assim, indiretamente protegida. No entanto, como é evidente, tal não poderá deixar de se afigurar uma restrita e eventual consequência do exercício da prerrogativa de recusa, que, de modo algum, se poderá postular como o seu fundamento. Efetivamente, não pode olvidar-se que a faculdade de recusar o depoimento, não só não se circunscreve às situações em que estejam em causa aquele tipo de crimes – podendo, ao invés, ser invocada qualquer que seja o crime imputado ao arguido familiar – como, além do mais, não foi, evidentemente, consagrada com o particular intuito de permitir que a testemunha possa, através dela, evitar a devassa da intimidade da sua vida privada. Como bem adverte o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 13 de julho de 2017, “é inquestionável que o direito de recusa se mantém, no caso em que os factos probandos não respeitam à vida privada ou à intimidade da testemunha, tendo apenas como ligação a esta a circunstância de serem imputados a um seu familiar”. Como também é evidente, em tal caso, que, não existindo qualquer relação entre os factos objeto do depoimento e a vida privada da testemunha, naturalmente, não se poderá verificar qualquer intrusão nesse domínio, em consequência da omissão da advertência legalmente exigida.

No entanto, repare-se que, mesmo estando em causa um crime de violência doméstica, em que os factos probandos contendem diretamente com a vida privada e familiar da ofendida, chamada a depor na qualidade de testemunha, cremos que apenas

se poderá vislumbrar uma tal intromissão não consentida na sua vida privada, no caso em que a mesma tenha declarado, por alguma forma, a sua vontade de não prestar depoimento e, ainda assim, tenha sido constrangida a fazê-lo, por parte da entidade competente para receber o depoimento, sob pena de incorrer na prática de um crime. Somente nesta situação em que, mais do que a falta da advertência legalmente exigida, se verifique uma qualquer atuação, da parte da entidade competente para receber o depoimento, no sentido de constranger ou forçar a depor, testemunha que haja denunciado a sua vontade de não o fazer, é que se poderá concluir pela presença de um caso a integrar no âmbito do n.º 3 do art. 126.º do CPP e, conseqüentemente, pela correspondente proibição de valoração do depoimento assim obtido⁸⁰.

Isto porque, na verdade, apenas neste cenário se descortina uma violação do direito a recusar o depoimento, que o legislador optou por consagrar, em prejuízo da descoberta da verdade material e em homenagem à tutela da instituição familiar. Nos casos em que a entidade competente para receber o depoimento, pura e simplesmente, omite a advertência legalmente exigida, sem que a testemunha, de alguma maneira, expresse a sua intenção de se recusar a depor, não pode extrair-se esta conclusão. Na verdade, em tais casos, o que se verifica é apenas a inobservância de uma formalidade processual de salvaguarda da efetividade do direito a recusar o depoimento, mas não concretamente uma violação desse direito. Nas palavras do Ac. do TRP, de 11 de janeiro de 2017, “[trata-se] de uma mera omissão de medida tutelar do efetivo exercício da liberdade de depor ou de prestar declarações, a não implicar direta e necessariamente um impedimento do exercício efetivo dessa liberdade, nem [a] desse modo (...) interferir diretamente com a privacidade da relação familiar em causa”⁸¹.

Deste modo, entendemos, em sintonia com o referido acórdão, que haverá que estabelecer-se uma distinção entre as situações em que, como se referiu, ocorre uma violação expressa do direito de recusa de depoimento, semelhante àquela que se vislumbra quando se admite a leitura das declarações anteriormente prestadas pela testemunha, que, em audiência de julgamento, se recusa validamente a depor (cfr. art. 356.º, n.º 6 do CPP), daquelas em que o que se observa é, simplesmente, o incumprimento de um normativo de garantia do exercício, livre e esclarecido, desse direito. Com efeito,

⁸⁰ Neste sentido, Ac. do TRP, de 11.01.2017, proc. n.º 1014/11.0PHMTS.P1. Afirmam também a presença neste caso de uma proibição de prova ou de valoração de prova, respetivamente, CRUZ BUCHO, J., «A recusa de...», cit. nota 7, p.158, e, bem assim, GAMA, A. [et. al.], *Comentário...*, cit. nota 8, p.139.

⁸¹ Acórdão *ibid.*

se dúvidas não sobejam de que, naquelas situações, estamos perante uma verdadeira proibição de prova, nos termos do art. 126.º do CPP, já nestas, não se verificando a ultrapassagem de qualquer “limite à descoberta da verdade”, haverá que concluir-se pela presença de uma mera nulidade *strictu sensu*, relativa ou sanável.

Nestes termos, com facilidade se constata que a prerrogativa de silêncio familiar, não só não se fundamenta na proteção da vida privada, como, além do mais, do simples inadimplemento do disposto no n.º 2 do art. 134.º do CPP, não resulta uma intromissão neste domínio⁸².

Neste sentido se pronunciou, também, recentemente, o STJ, o qual, contrariando a orientação anteriormente assumida, veio aderir a este entendimento no Acórdão de 4 de julho de 2018⁸³ e, bem assim, no Acórdão de 21 de março de 2019. Em concreto, neste último aresto, aquele Tribunal não deixou margem para dúvida, afirmando perentoriamente que “a possibilidade de recusar o depoimento, prevenida no n.º 1 do artigo 134.º, do CPP, está relacionada, não com uma pretextada intromissão na vida privada, [mas] antes com o facto de as pessoas mais intimamente relacionadas com o arguido não serem obrigadas a um depoimento incriminatório contra o mesmo”, pelo que “não pode deixar de concluir-se que da omissão do dever de advertência não resulta qualquer proibição de valoração, antes se constituindo tal omissão como uma nulidade relativa, sanável, que, de acordo com o disposto no artigo 120.º n.º 3 alínea a), do CPP, há-de ser arguida até à conclusão do depoimento em causa, sob pena de sanção.”⁸⁴

Sucede que a configuração da nulidade cominada no n.º 2 do art. 134.º do CPP como autêntica proibição de prova não tem vindo a ser apenas fundamentada com base no disposto no n.º 3 do art. 126.º do CPP. Na verdade, observa-se, através da jurisprudência, que se tem aduzido, em sede de recurso, igualmente, o argumento de que a omissão da advertência legalmente exigida implica a perturbação da liberdade de vontade da testemunha pela utilização de meios enganosos, devendo, por isso, concluir-se pela presença de um método proibido de prova, nos termos do art. 126.º, n.º 2, al. a) do CPP⁸⁵. Mas, será que, sempre que a testemunha não é advertida da faculdade que lhe

⁸² Neste sentido, GASPARGAS, A. [et al.], *Código de Processo...*, cit. nota 27, p. 484; CRUZ BUCHO, J., «A recusa de...», cit. nota 7, p. 162, e, bem assim, o Ac. do TRP, de 09.11.2016, proc. n.º 313/13.1EAPRT.P1.

⁸³ Proc. n.º 1006/15.0JABRG-D.S1.

⁸⁴ Proc. n.º 356/17.6GACSC-A.S1.

⁸⁵ Veja-se, neste sentido, os argumentos aduzidos pelos arguidos em sede do recurso, decidido pelo Acórdão referenciado na nota antecedente.

assiste de se recusar a depor, se pode concluir que, desse modo, resulta perturbada a sua liberdade de vontade, através da utilização de meios enganosos?

Ora, de facto, é possível conjecturar-se situações em que tal se verifique. A título de exemplo, pense-se na hipótese em que a entidade competente para receber o depoimento, sabendo que a testemunha ignora a faculdade que lhe assiste e que se encontra convicta de que tem a obrigação de depor, dolosamente não realiza a advertência legalmente exigida, de forma a obter um meio de prova que sabe que, de outro modo, seria impossível ou muito difícil de obter. Neste caso, ainda que não tenha sido a entidade que preside à inquirição a criar o erro, verifica-se “um aproveitamento da representação mental inexata”⁸⁶ em que incorre a testemunha, por parte de quem tem um dever de esclarecer, pelo que, tendo essa falsa representação da realidade sido determinante para a prestação do depoimento, poderá vislumbrar-se aqui o uso de meios enganosos de obtenção de prova⁸⁷. Efetivamente, neste caso, sendo o incumprimento do disposto no n.º 2 do art. 134.º do CPP perversamente utilizado como expediente enganatório de obtenção de prova, haverá que concluir-se que sobre o depoimento que houver sido prestado pela testemunha nestes termos impende uma proibição de valoração, nos termos e para os efeitos do disposto na al. a) do n.º 2 do art. 126.º do CPP.

No entanto, na generalidade dos casos, não é isto que se verifica. O que se observa, na maior parte das situações tratadas pela jurisprudência, é que a entidade competente para receber o depoimento, pura e simplesmente, não realiza a advertência legalmente exigida, sem que exista nos autos qualquer indício de que a tenha astuciosamente ou arditosamente omitido. Tratar-se-á, certamente, as mais das vezes, de mero esquecimento ou, como se teve oportunidade de observar, de falta de perceção da parte da entidade que preside à inquirição de que a relação que intercede entre a testemunha e o arguido se subsume ao elenco disposto no n.º 1 do art. 134.º do CPP. Efetivamente, no âmbito de um processo em concreto, cujo julgamento se acompanhou, durante a realização do estágio, verificou-se, em sede de audiência, que, após uma testemunha ter afirmado ser cunhada do arguido, acusado da prática de um crime de violência doméstica, não foi de imediato realizada a advertência devida. Apenas quando a testemunha se preparava para iniciar a

⁸⁶ AIRES DE SOUSA, S., “*Agent provocateur e meios enganosos de prova: algumas reflexões*”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, org. Manuel da Costa Andrade, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.1220.

⁸⁷ Para mais desenvolvimentos sobre o conceito de meios enganosos, veja-se, entre outros, AIRES DE SOUSA, S., *ibidem*, e COSTA ANDRADE, M., *Sobre as Proibições...*, cit. nota 18, pp.233-237.

prestação do depoimento, a instâncias do Digníssimo Procurador da República, é que o Mm.º Juiz Presidente se apercebeu que a mesma dispunha da faculdade de se recusar a depor, nos termos do n.º 1 do art. 134.º do CPP, por ser afim do arguido, no segundo grau da linha colateral, e, de imediato, procedeu ao cumprimento do disposto no n.º 2 do enunciado preceito legal. De seguida, a testemunha declarou a sua vontade de prestar depoimento, após o que se reiniciou validamente a sua inquirição.

Ora, nestas situações em que a advertência legalmente exigida é simplesmente omitida, seja por mero lapso, seja por ausência de percepção de que assiste à testemunha a faculdade de se recusar a depor, não se atinge como poderá concluir-se que daí resulta a perturbação da liberdade de vontade da testemunha, através da utilização de meios enganosos. E, conseqüentemente, não se divisa como poderá imputar-se à ilegalidade decorrente da omissão da advertência o particular e intenso desvalor que se associa às provas proibidas. Na verdade, em tais situações, não sendo diretamente atingido o núcleo axiológico de nenhum dos direitos fundamentais elencados no art. 32.º, n.º 8 da CRP e reproduzidos no art. 126.º do CPP, a falta da advertência traduz apenas a inobservância de uma regra de produção de prova, que, como tal, não impõe uma proibição de valoração do depoimento que haja sido prestado pela testemunha, mas apenas determina o surgimento da correspondente nulidade processual, uma vez que a mesma fora expressamente cominada na lei (cfr. art. 118.º, n.º 1 e n.º 2 e art. 134.º, n.º 2, ambos do CPP)⁸⁸.

Nestes termos, partilhamos, evidentemente, do entendimento defendido pela maior parte da doutrina e da jurisprudência, de que a nulidade cominada no n.º 2 do art. 134.º do CPP configura, não uma autêntica proibição de prova, mas verdadeiramente uma nulidade *strictu sensu*, pelo menos nas situações tipicamente subjacentes ao preceito legal em análise, em que se vislumbra somente uma simples omissão da advertência legalmente exigida.

Contudo, repare-se que a controvérsia não se esgota na questão da natureza

⁸⁸ Efetivamente, ensina MARQUES DA SILVA, G., *Curso de Processo Penal, Vol. II*, 5.ª ed., Lisboa: Verbo, 2011 p.170, apoiando-se na lição de COSTA ANDRADE, que “[p]roibições de prova e regras de produção de prova são realidades diversas. (...) As proibições de prova são verdadeiras limitações à descoberta da verdade, barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objeto do processo. «Diferentemente, as regras de produção de prova visam apenas disciplinar o procedimento exterior da prova na diversidade dos seus meios e métodos, não determinando a sua violação a reafirmação contrafáctica através da proibição de valoração.» Aquelas não podem ser utilizadas, estas podem ser utilizadas se não for declarada a sua invalidade.”.

jurídica da invalidade decorrente do inadimplemento daquele normativo. Pelo contrário, as dúvidas põem-se, igualmente, ao nível do regime jurídico dessa invalidade. Vejamos.

Não tendo o legislador qualificado, expressamente, como insanável, a nulidade prevista no n.º 2 do art. 134.º do CPP, nem constando a mesma do elenco do art. 119.º do CPP, deverá considerar-se, efetivamente, que estamos perante uma nulidade relativa, que, como tal, haverá que ser arguida até à conclusão do depoimento, sob pena de se considerar sanada, nos termos do art. 120.º, n.º 3, al. a) do CPP. No entanto, poderá questionar-se a quem é que assiste a legitimidade para a sua arguição, uma vez que a lei se reporta simplesmente ao “interessado”.

Mais uma vez, a doutrina e a jurisprudência não têm fornecido uma resposta uniforme a esta questão. Se, por um lado, existe uma forte tendência para considerar que o conceito de interessado não se circunscreve aos sujeitos processuais⁸⁹, antes englobando a generalidade dos participantes processuais, “que porventura possam beneficiar da procedência da arguição, isto é, que tenham interesse em que o ato seja praticado com regularidade e sem vícios”⁹⁰. Por outro lado, não se desconhece que tem vindo a adquirir significativa expressão o entendimento de que o interessado é apenas e tão-só a concreta pessoa que haja sido chamada a depor ou a prestar declarações e a quem não foi feita a advertência legalmente exigida⁹¹.

Ora, à luz da perspectiva fundamentalmente teleológica que temos vindo a perfilhar até aqui, afigura-se-nos, de facto, provida de maior acerto, esta última orientação. Com efeito, encontrando-se a prerrogativa de recusa de depoimento preordenada à tutela do interesse subjetivo da testemunha em não ser constrangida a optar entre o dever de verdade e a manutenção do seu relacionamento familiar não poderá deixar de se considerar racionalmente mais sustentável a tese que restringe a legitimidade para a arguição do vício à pessoa em vista da qual tal prerrogativa foi estabelecida. No fundo, a ratio da recusa a depor justifica, a nosso ver, que apenas se reconheça legitimidade para invocar a omissão da advertência à pessoa em cujo interesse essa advertência é legalmente

⁸⁹ A limitação do conceito de interessado aos sujeitos processuais foi defendida no Ac. do TRP, de 15.10.2003, proc. n.º 0313324.

⁹⁰ Este entendimento foi perfilhado por SIMAS SANTOS, Manuel, LEAL-HENRIQUES, Manuel [et. al.], *Código...*, cit. nota 21, p. 773, e, igualmente, subscrito por CRUZ BUCHO, J., «A recusa de...», cit. nota 7, p.163. Aderiram a esta orientação, ao nível da jurisprudência, designadamente, o Ac. do TRE, de 13.07.2017, proc. n.º 1508/15.9T9BJA.E1 e o Ac. do TRE, de 05.06.2018, proc. n.º 476/16.4GFSTB.E1.

⁹¹ Neste sentido, GAMA, A. [et. al.], *Comentário...*, cit. nota 8, p.140. Na jurisprudência, aderiram a este entendimento, nomeadamente, o Ac. do TRP, de 11.01.2017, proc. n.º 1014/11.0PHMTS.P1 e, mais recentemente, o Ac. do STJ de 20.06.2018, proferido no âmbito do mesmo processo.

exigida. Repare-se que, se o legislador consagrou uma obrigação legal de aviso, por forma a garantir o efetivo exercício do direito a recusar depoimento por parte do seu titular, apenas este deverá poder insurgir-se contra o inadimplemento dessa obrigação, quando o mesmo se verifique.

No entanto, denota-se ainda, em alguns arestos, uma certa dificuldade na identificação da teleologia que preside ao regime da recusa a depor. É o caso do Acórdão da Relação de Coimbra, de 7 de março de 2018, que configurou o arguido como “interessado”, para efeitos do disposto no art. 120.º, n.º 1 do CPP, “porquanto titular do direito protegido pela norma violada”⁹². Ora, como *ab initio* se explicitou, a prerrogativa de recusar o depoimento não se encontra legalmente consagrada em vista da proteção do arguido. Não é o arguido o “titular do direito protegido pela norma violada”, mas sim verdadeiramente a testemunha que, uma vez constrangida a depor, se poderia ver compelida a faltar a verdade, para não contribuir para a incriminação do arguido e, bem assim, para o desmantelamento do seu relacionamento familiar.

Mesmo quem sustenta que a nulidade cominada no n.º 2 do art. 134.º CPP se analisa numa autêntica proibição de prova, nos termos do art. 126.º, n.º 3 do CPP, do mesmo modo restringe a legitimidade para invocar o vício decorrente da falta da advertência “àquele que devia ter dado o seu consentimento e não deu”⁹³, ou seja, o depoente ou declarante e não o arguido. A este respeito, veja-se o Acórdão do STJ de 21 de outubro de 2009⁹⁴, o qual refere precisamente que, mesmo neste entendimento, “a omissão da advertência não pode ser invocada pelo arguido para impugnar a sentença que se tenha fundado no depoimento da testemunha, porquanto ele não é o titular do direito infringido”.

Nestes termos, não se pode concordar com CRUZ BUCHO, quando refere que “o conceito de interessado abrange tanto o arguido, como o Ministério Público, como as partes civis, como o assistente, como a própria testemunha enquanto participante processual”⁹⁵. Na verdade, como acima se referiu, atendendo à razão de ser que fundamenta o regime da recusa de depoimento, deverá considerar-se como “interessado”, para efeitos do disposto no art. 120.º, n.º 3, al. a) do CPP, apenas o concreto depoente ou

⁹² Cfr. Ac. do TRC, de 07.03.2018, proc. n.º 94/14.1GBPBL.C1.

⁹³ Cfr. Ac. do STJ, de 11.02.2015, proc. n.º 182/13.1PAVFX.S1.

⁹⁴ Cfr. Ac. do STJ, de 21.10.2009, proc. n.º 12124/04.0TDLSB-A.S1.

⁹⁵ CRUZ BUCHO, J., «A recusa de...», cit. nota 7, p.163.

declarante, a quem a entidade competente para receber o depoimento deveria ter feito a advertência legalmente exigida e não fez, pelo que, se aquele não tiver arguido a nulidade do depoimento até ao seu término, a mesma deverá considerar-se sanada, nos termos do enunciado preceito legal⁹⁶. Já se, porventura, a tiver invocado, tempestivamente, vindo esta a ser declarada, deverá ter lugar a repetição do depoimento, nos termos do disposto no art. 122.º, n.º 2 do CPP.

De todo o modo, note-se que a omissão da advertência contida no n.º 2 do art. 134.º do CPP não evidencia relevância somente no plano processual. A controvérsia que em seu torno gravita repercute-se, igualmente, no plano substantivo, particularmente quanto ao tratamento a dar às situações em que o depoente ou declarante, não tendo sido advertido da faculdade que lhe assistia de se recusar a depor, vem a prestar depoimento ou declarações que não correspondem à verdade.

Com efeito, quem configura a nulidade cominada no n.º 2 do art. 134.º do CPP como autêntica proibição de prova, entende que, em tais situações, a prestação de depoimento falso sobre o qual impende a correspondente proibição de valoração não pode consubstanciar uma conduta típica do crime de falso testemunho, previsto e punido no art. 360.º do CP, porquanto, desde logo, nas palavras de MEDINA DE SEIÇA, “uma declaração falsa só é tipicamente relevante quando for processualmente valorável”⁹⁷. Ao passo que, quem subscreve o entendimento de que da omissão da advertência resulta simplesmente uma nulidade *strictu sensu*, relativa ou sanável, naturalmente que não nega a tipicidade do depoimento falso que haja sido prestado, com base naquela argumentação, todavia, também não exclui a possibilidade de se verificar em concreto o funcionamento de uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpa⁹⁸.

Deste modo, seja ao nível da tipicidade, seja ao nível da ilicitude ou da culpa, o certo é que a falta da advertência legalmente exigida não poderá deixar de relevar, no plano substantivo, quando se afere da responsabilidade criminal da assistente, parte civil ou testemunha que haja prestado declarações falsas, nos termos dos arts. 359.º e 360.º do CP, respetivamente. No entanto, repare-se que, mesmo que neste plano se entenda não

⁹⁶ Neste sentido se pronunciou, recentemente, o STJ, no Ac. de 04.07.2018, proc. n.º 1006/15.0JABRG-D.S1, do qual consta claramente que “tem legitimidade para arguir a nulidade exclusivamente a própria testemunha, nunca o arguido. Assim sendo, só a ofendida/assistente, no caso dos autos, pode ser entendida como “interessada”.”

⁹⁷ MEDINA DE SEIÇA, A., *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 472.

⁹⁸ Neste sentido, CRUZ BUCHO, J., «A recusa de..., cit. nota 7, p.169.

ser possível afastar a responsabilidade criminal do depoente ou declarante que haja faltado à verdade, no limite, a omissão da advertência devida deverá ser levada em consideração, para efeitos de atenuação especial ou dispensa de pena, de harmonia com o disposto no art. 364.º, al. b) do CP⁹⁹.

Assim, analisada a relevância processual e substantiva da omissão da advertência contida no n.º 2 do art. 134.º do CPP, com facilidade se constata que, particularmente no plano processual, as consequências que se ligam à falta da advertência legalmente exigida são distintas das que se associam à situação inversa.

Efetivamente, nos casos em que, na fase de inquérito ou de instrução, a advertência é feita a quem não dispõe, nos termos legais, da faculdade de se recusar a depor, vindo esta a ser indevidamente exercida, estar-se-á perante uma mera irregularidade, uma vez que, contrariamente ao estatuído para as situações de falta de advertência, o legislador não cominou aqui expressamente a nulidade (cfr. art. 118.º, n.º 1 e n.º 2 e art. 123.º, ambos do CPP)¹⁰⁰. No entanto, o mesmo não se poderá dizer quando o processo se encontre na fase de julgamento, porquanto, vindo o depoente ou declarante a exercer o direito ao silêncio que não lhe é legalmente reconhecido, poderá considerar-se que a circunstância de ter sido efetuada a advertência a pessoa que não dispõe da faculdade de se recusar a depor nos termos do n.º 1 do art. 134.º do CPP traduz a omissão posterior de diligências que pudessem reputar-se essenciais para a descoberta da verdade, a qual configura uma nulidade relativa, nos termos da al. d) do n.º 2 do art. 120.º do CPP, cuja arguição deverá ter lugar até à conclusão do depoimento, nos termos da al. a) do n.º 3 do referido artigo¹⁰¹. Nas situações em que, pese embora a advertência tenha sido ilegalmente efetuada, o depoente ou declarante exprime a sua vontade de prestar depoimento, deverá considerar-se, em todo o caso, que se verifica apenas uma mera irregularidade (cfr. art. 118.º, n.º 1 e n.º 2 e art. 123.º, ambos do CPP), uma vez que, em tais situações, a circunstância de ter sido realizada a advertência se afigura manifestamente inócua¹⁰².

⁹⁹ Neste sentido, GAMA, A. [et. al.], *Comentário...*, cit. nota 8, p. 140.

¹⁰⁰ Neste sentido, CRUZ BUCHO, J., «A recusa de...», cit. nota 7, p.171.

¹⁰¹ Veja-se a este respeito o recente Ac. do TRP, de 06.04.2022, proc. n.º 2218/20.0T9VFR.P1.

¹⁰² Neste sentido, CRUZ BUCHO, J., «A recusa de...», cit. nota 7, p.170.

5. Consequências jurídicas da prestação e recusa lícita de depoimento

Esclarecidas as repercussões do incumprimento do disposto no n.º 2 do art. 134.º do CPP, consubstancie-se este na falta da advertência legalmente exigida ou na sua realização perante quem não dispõe, nos termos legais, da faculdade de recusa a depor, cumpre agora avançar para análise, no plano inverso, das consequências jurídicas que se ligam ao cumprimento escrupuloso do regime disposto naquele normativo.

Assim, detetada a presença de alguma das relações previstas no n.º 1 do art. 134.º do CPP e advertida a testemunha da faculdade que lhe assiste de recusar o depoimento, descortinam-se duas possibilidades: ou a testemunha opta pela prestação de depoimento, pese embora possa recusar-se a fazê-lo ou, pura e simplesmente, remete-se ao silêncio, usando a prerrogativa que legalmente lhe é concedida. Vejamos.

Optando pela prestação de depoimento, a testemunha fica sujeita aos deveres que inerem à sua qualidade, encontrando-se, por isso, adstrita, nomeadamente, ao dever de falar com verdade às perguntas que lhe forem dirigidas, sob pena de incorrer na prática de um crime – cfr. arts. 132.º, n.º 1, al. d) do CPP e art. 360.º do CP. O mesmo regime se aplica, como acima se referiu, ao assistente e à parte civil que, não obstante não se encontrem sujeitos a juramento, encontram-se igualmente vinculados ao dever de verdade, sob pena de responsabilidade criminal pela sua violação, em conformidade com o disposto no art. 145.º, n.º 2 e n.º 4 do CPP e art. 359.º do CP. Além disso, a opção por depor, em sede de audiência, implica que o depoimento que a testemunha venha a prestar se configure um meio de prova processualmente válido e plenamente eficaz, suscetível, como tal, de ser livremente apreciado (cfr. art. 127.º do CPP) e valorado para efeitos de formação da convicção do tribunal. Por isso mesmo, é preponderante que, antes de expressar a sua decisão, a testemunha seja devidamente informada da relevância que o seu depoimento pode assumir no processo, sob pena de a mesma não resultar de uma vontade livre e esclarecida.

Diferentemente, se, porventura, a testemunha optar pelo exercício do direito ao silêncio, verificando-se os pressupostos de legalidade da sua invocação, a entidade competente para receber o depoimento deve cingir-se a aceitar a recusa, tendo lugar, subsequentemente, a dispensa da testemunha.

No entanto, pese embora seja relativamente simples o seu exercício na prática, a verdade é que a recusa a depor, particularmente quando ocorre em audiência de julgamento, não se afigura manifestamente inócua, antes se lhe associando, nos termos

legais, determinadas consequências que poder-se-ão revelar bastante problemáticas, no domínio de certo tipo de crimes.

A este respeito, veja-se o art. 356.º, n.º 6 do CPP, que prescreve que “é proibida, em qualquer caso, a leitura do depoimento prestado em inquérito ou instrução por testemunha que, em audiência, se tenha validamente recusado a depor”.

Ora, resulta evidente deste normativo que a recusa a depor, em sede de audiência de julgamento, se exercida nos termos legais, inviabiliza em absoluto a possibilidade de serem lidas e conseqüentemente valoradas as declarações que a testemunha haja prestado anteriormente nas fases preliminares do processo. Aliás, conjugando o n.º 6 com o n.º 8 do referido normativo, fica proibida a leitura, bem como a visualização ou a audição de gravações de ato processual anterior referente a declarações anteriormente prestadas pela testemunha no processo. Deste modo, surge evidente que o legislador não se limitou a reconhecer um direito a recusar o depoimento, designadamente, às pessoas que se encontrem intimamente ligadas ao arguido, por um vínculo familiar ou análogo. Mais do que isso, atribuiu-lhes, por via de disposição legal expressa, o poder de operar a inutilização das suas declarações processuais anteriores, através do exercício do direito ao silêncio em audiência de julgamento. Como refere DÁ MESQUITA, trata-se, naturalmente, de uma opção legal “controversa, desde logo, no plano da diversidade de casos e interesses abrangidos, merecedores de ponderação que devam ter como base axiológica distinta da mera similitude de mecanismos procedimentais”¹⁰³. No entanto, trata-se de uma opção que, no que concerne ao direito de recusa consagrado no art. 134.º do CPP, se justifica, com base no propósito de dotar de efetividade esse direito e, concomitantemente, tutelar os valores que lhe subjazem, impedindo que o mesmo possa ser subvertido ou contornado pela leitura das declarações anteriormente prestadas pelo seu titular.

5.1 A impossibilidade de valoração das declarações para memória futura tomadas à vítima do crime de violência doméstica

Não obstante, é curioso notar que um normativo que se encontra consagrado no Código de Processo Penal desde a sua entrada em vigor tem, contudo, vindo a gerar,

¹⁰³ GAMA, António [et. al.], *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo III, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, p.618, anot. de DÁ MESQUITA.

recentemente, na prática judiciária, acesa controvérsia quanto ao sentido e ao alcance que lhe deve ser atribuído.

A discussão suscitou-se a propósito da questão de saber se as declarações para memória futura que tenham sido tomadas, durante o inquérito, à vítima de factos suscetíveis de integrar a prática de um crime de violência doméstica podem ou não considerar-se abrangidas pelo art. 356.º, n.º 6 do CPP e, conseqüentemente, ser ou não valoradas, quando em julgamento a vítima se recusa validamente a depor, nos termos do n.º 1 do art. 134.º do CPP. Esta questão adquiriu relevo, em virtude de o Tribunal da Relação de Lisboa ter proferido, num curto espaço de tempo, dois acórdãos que vieram perfilhar soluções diametralmente opostas, em concreto: o Acórdão de 15 de setembro de 2021, relatado pela Desembargadora Adelina Barradas de Oliveira, no âmbito do proc. n.º 20/21.1SXLSB.L1-3 e, subsequentemente, o Acórdão de 20 de abril de 2022, relatado pela Desembargadora Maria Bernardo Perquilhas, no âmbito do proc. n.º 37/21.6SXSLB.L1. Se, no primeiro, foi acolhido o entendimento de que a recusa a depor da testemunha-vítima em sede de audiência de julgamento implica que as declarações para memória futura que lhe hajam sido tomadas em inquérito não possam ser valoradas, essencialmente por força do disposto no art. 356.º, n.º 6 do CPP. Já no segundo aresto foi, contudo, perfilhado o entendimento contrário, tendo sido admitida a sua valoração, uma vez que, nas palavras do acórdão, “acima de tudo”, as declarações para memória futura tomadas à vítima, quando esteja em causa um crime de violência doméstica, beneficiam de um regime especial plasmado no art. 24.º, n.º 6 do Estatuto da Vítima, pelo que, segundo esta perspetiva, não é aplicável o disposto no n.º 6 do art. 356.º do CPP.

Nesta sequência, foi interposto recurso extraordinário de fixação de jurisprudência, nos termos do art. 437.º, n.º 2 do CPP, tendo em consideração que estavam em causa dois acórdãos da mesma Relação que, versando sobre a mesma questão de direito, assentaram, contudo, em soluções opostas. Sucede que o referido recurso não obteve provimento, uma vez que o STJ considerou, a nosso ver acertadamente, que não poderia considerar-se verificado o requisito substancial da oposição de julgados, dado que não havia identidade de situações de facto, pois, no acórdão fundamento, a ofendida, uma vez convocada para a audiência de julgamento, recusou-se, efetivamente, a prestar declarações, mas, no acórdão recorrido, a ofendida declarou que já tinha dito tudo o que tinha a dizer, o que levou o STJ a concluir que a mesma não se recusou a depor, antes

“prestou declarações, remetendo para o que já havia dito anteriormente”¹⁰⁴.

Consequentemente, não tendo sido fixada jurisprudência sobre esta concreta questão, assistiu-se a uma divisão ao nível das Relações¹⁰⁵, que, uma vez chamadas a pronunciar-se, ora aderiram ao entendimento plasmado no Ac. do TRL de 15 de setembro de 2021, ora subscreveram aquele que foi defendido no Ac. da mesma Relação de 20 de abril de 2022. Particularmente digno de destaque neste âmbito é o recente Ac. do TRL, de 8 de fevereiro de 2023, relatado pela Desembargadora Maria da Graça Santos Silva¹⁰⁶, que encarou a questão sob uma perspetiva diversa, colocando o problema a montante, ou seja, na circunstância da vítima ter sido inquirida novamente, em sede de audiência de julgamento, sem que tenha sido apresentada justificação para o efeito. Em concreto, reconheceu-se, neste aresto, que, dos artigos 21º, n.º 2, al. d) e 24º, n.º 6, do Estatuto da Vítima resulta um regime especial relativo à prestação de declarações para memória futura, em processos de violência doméstica, em virtude de a vítima deste tipo de crime beneficiar do estatuto de vítima especialmente vulnerável, nos termos dos artigos 67.º- A, n.º 1, al. b) do CPP e 2º, al. b) da Lei 112/2009. Deste modo, uma vez que, por força deste regime especial, a vítima só deverá prestar depoimento em audiência de julgamento, se tal for indispensável à descoberta da verdade e não puser em causa a sua saúde física ou psíquica, e o tribunal *a quo* não proferiu despacho prévio a justificar devidamente a necessidade dessa diligência, entendeu-se, no referido acórdão que, ao inquirir a vítima em sede de audiência, aquele tribunal “praticou uma irregularidade relevante, que afeta os termos subsequentes à mesma, ou seja, a validade da recusa em depor”. Assim se conclui, naquele aresto, que “a recusa dela em depor não vale, consequentemente, para efeitos do n.º 6 do artigo 356º/CPP”, pelo que “não foi produzida prova proibida”.

Ora, em face do panorama traçado e das posições assumidas na prática judiciária, encaremos de forma mais desenvolvida a questão em apreço.

No processo penal português, o instituto das declarações para memória futura – legalmente previsto nos termos dos artigos 271.º e 294.º do CPP, para as fases de inquérito e de instrução, e no art. 320.º do CPP, para a fase de julgamento – tem vindo a ser alvo de sucessivos alargamentos. Primitivamente, a tomada de declarações para memória

¹⁰⁴ Cfr. Ac. do STJ, de 22.09.2022, proc. n.º 37/21.6SXLBSB-A.S1.

¹⁰⁵ A título de exemplo, veja-se o Ac. do TRL de 23.03.2022, proc. n.º 150/21.0PALSBL1-3, com declaração de voto da Desembargadora Maria Perquilhas, o Ac. do TRC de 09.11.2022, no âmbito do proc. n.º 712/21.5PCAMD.C1 e o Ac. do TRP de 14.12.2022, no âmbito do proc. n.º 82/21.1GBOAZ.P1.

¹⁰⁶ Proc. n.º 617/20.7GBMTJ.L1-3.

futura destinava-se apenas a acautelar o perigo de dissipação da prova antes do processo atingir a fase de julgamento. Por isso, o n.º 1 do art. 271.º do CPP apenas admitia o recurso a este instituto em caso de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro de uma testemunha, que previsivelmente a impedisse de ser ouvida em julgamento. No entanto, com as alterações legislativas que foram introduzidas pela Lei n.º 59/98, de 25 de agosto e, posteriormente, pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, o âmbito de aplicação das declarações para memória futura foi significativamente ampliado, já não se dirigindo apenas à recolha antecipada de prova que poderia vir a revelar-se impossível ou muito difícil de produzir em sede de julgamento, mas também à proteção das vítimas de determinado tipo de crimes, em concreto, dos crimes de tráfico de pessoas e contra a liberdade e autodeterminação sexual, os quais passaram a constar da previsão normativa do n.º 1 do art. 271.º do CPP. Ficou patente, sobretudo, a preocupação do legislador com a proteção dos menores, vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, uma vez que, nesse caso, passou a ser obrigatória a tomada de declarações para memória futura ao ofendido, no decurso do inquérito (cfr. art. 271.º, n.º 2 e n.º 4 do CPP).

Posteriormente, teve lugar um novo alargamento deste instituto, desta vez, por via da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, que veio estabelecer o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas. Em concreto, o art. 33.º deste diploma legal, passou a prever um regime autónomo para a prestação de declarações para memória futura pela vítima de violência doméstica, conferindo à própria vítima, mesmo que não constituída assistente ou parte civil, legitimidade para o requerer. Como refere CRUZ BUCHO, apoiando-se na exposição de motivos da proposta de lei que esteve na base deste diploma legal, o objetivo visado pelo legislador, com a consagração deste regime, foi, claramente, “proteger a vítima, prevenindo a vitimização secundária e a sujeição a pressões desnecessárias”¹⁰⁷. Não poderá, contudo, deixar de se notar que o regime que foi estabelecido não se afigura substancialmente distinto do plasmado no art. 271.º do CPP, na medida em que a tomada de declarações para memória futura, nos processos de violência doméstica, ainda assim, continua a dispor de carácter facultativo (cfr. art. 33.º, n.º 1, da Lei n.º 112/2009) e, à semelhança do estatuído no n.º 8 daquele normativo, prevê o n.º 7 do art. 33.º, da referida Lei n.º 112/2009 que a tomada de tais declarações “não prejudica a prestação de

¹⁰⁷ CRUZ BUCHO, «Declarações para memória futura (elementos de estudo)», <https://www.trg.pt>, p.61.

depoimento em audiência de julgamento, sempre que ela for possível e não puser em causa a saúde física ou psíquica de pessoa que o deva prestar”. Com a introdução no CPP do Estatuto da Vítima (doravante designado por EV), por força da Lei n.º 130/2015, de 04 de setembro, a vítima de violência doméstica passou, efetivamente, a poder considerar-se uma vítima especialmente vulnerável, nos termos da al. b) do art. 2.º da Lei 112/2009 e, bem assim, da al. b) do n.º 1 do art. 67.º-A do CPP, porquanto estabelece o n.º 3 deste normativo que “as vítimas de criminalidade violenta e de criminalidade especialmente violenta são sempre consideradas vítimas especialmente vulneráveis” e dúvidas não há de que o crime de violência doméstica se subsume ao conceito de “criminalidade violenta”, previsto na al. j) do n.º 1 do CPP. Ora, nos termos da al. d) do n.º 2 do art. 21.º do EV, a prestação de declarações para memória futura analisa-se num direito da vítima especialmente vulnerável e beneficia, efetivamente, de um regime especial, consagrado nos termos do art. 24.º deste diploma legal.

Deste modo, a questão que se impõe prende-se com saber se a consagração deste regime afasta ou não a aplicação do preceituado nos termos do art. 356.º, n.º 6 do CPP. O Ac. do TRL de 20 de abril de 2022 forneceu uma resposta positiva a esta questão, referindo que: “o n.º 6 do art.º 356.º do CPP integra esse normativo desde a data da sua aprovação, ou seja 1987, e o n.º 6 do art.º 24.º do Estatuto da Vítima data de 2015. Deste modo, a interpretação a fazer não pode ser a de esta norma, mais recente, ou seja, lei nova, aplicada a situações específicas e próprias, a vítimas e não qualquer outra testemunha, ceda perante a norma do CPP referida, que é muito anterior, pensada e elaborada numa altura em que não se procedia à gravação das declarações, mas à sua exarcação completa em auto ou por súmula, e que se aplica genericamente. Significa assim que o art.º 24.º do Estatuto da vítima é mais recente que o art.º 356.º do CPP. Contudo, para além de uma norma ser mais recente que a outra, entre o art.º 24.º do Estatuto da Vítima e o art.º 356.º do CPP existe ainda uma relação de especialidade, pelo que [se]¹⁰⁸ pode considerar revogado o disposto no art.º 356.º do CPP, norma geral, atento o disposto no art.º 7.º, n.º 3 do CC”. Concluindo adiante que: “(...) acima de tudo, o art.º 356.º do CPP não contém qualquer referência ao art.º 24.º do Estatuto da Vítima, legislação especial, razão pela

¹⁰⁸ No acórdão, a afirmação consta na negativa, ou seja, refere-se “pelo que não se pode considerar revogado o disposto no art. 356.º do CPP, norma geral, atento o disposto no art.º 7.º, n.º 3 do CC”. No entanto, atento o previsto neste último normativo e a argumentação expendida até aqui denota-se que terá sido mero lapso e que o pretendido seria afirmar que “se pode considerar revogado o disposto no art. 356.º do CPP, norma geral (...)”.

qual não lhe é aplicável o seu n.º 6”.

No entanto, a nosso ver, esta argumentação não pode colher, porquanto não pode entender-se que, pelo simples facto de o art. 24.º, n.º 6 do EV prever um regime especial e se analisar num normativo mais recente que o art. 356.º, n.º 6, do CPP, que, pura e simplesmente, fica afastada a sua aplicação, quando a vítima de violência doméstica, tendo prestado declarações para memória futura em inquérito, todavia, se recusa validamente a depor em sede de audiência de julgamento.

Repare-se que a lei especial nova derroga a lei geral antiga no âmbito da mesma previsão normativa. Ou seja, é pressuposto imprescindível para que essa derrogação opere, que as normas legais em confronto evidenciem o mesmo âmbito objetivo de regulação, estabelecendo, contudo, uma delas, para a mesma realidade objeto de regulação, um regime especial, aplicável apenas a certas situações ou pessoas, o que não se verifica no presente caso. O art. 24.º, n.º 6 do EV veio restringir ainda mais os casos em que a vítima, tendo prestado declarações para memória futura em inquérito, pode vir a prestar depoimento em julgamento, dispondo que tal apenas poderá vir a suceder, quando se afigure imprescindível para a descoberta da verdade material e não ponha em causa a saúde física e psíquica da vítima, tendo em conta a necessidade de prevenir a vitimização secundária. Daqui resulta que se mantém, ainda que a título excepcional, a possibilidade de a vítima ser chamada a depor em audiência de julgamento. Por seu turno, o art. 356.º, n.º 6 pressupõe que a testemunha (abrangendo-se aqui a testemunha-vítima) é convocada para a audiência de julgamento e que, nessa sede, se recusa validamente a depor, estatuidando que, em tal caso, a recusa implica que o depoimento que houver prestado em inquérito ou instrução não possa ser lido e, conseqüentemente, não possa ser valorado. Deste modo, não se vislumbra uma colisão direta entre o disposto no art. 24.º, n.º 6, do EV e o art. 356.º, n.º 6 do CPP, que legitime a conclusão de que este normativo haverá que ceder perante aquele, uma vez que estes preceitos legais evidenciam previsões normativas distintas¹⁰⁹.

Relativamente aos artigos 271.º, n.º 8 do CPP e 24.º, n.º 6 do EV, é que, de facto, se pode concluir, como refere o aludido acórdão¹¹⁰, pela presença de uma relação de

¹⁰⁹ Recorde-se que “há relação de especialidade no caso de interconexão dos elementos constitutivos das normas, análoga à que ocorre entre o conceito geral e o conceito especial, ou seja, quando a previsão normativa de uma norma jurídica abranja os elementos de outra e algum elemento especializador”, cfr. NETO, A., *Código Civil Anotado*, Lisboa: EDIFORUM, 20ª ed., 2013, p.18.

¹¹⁰ Refere-se adiante no citado acórdão que “Igual relação de especialidade se verifica entre os artigos

especialidade. Mas, repare-se que, neste caso, ambos os preceitos em confronto se destinam a regular as situações em que, tendo sido tomadas declarações para memória futura, pode vir a ter lugar a prestação de novo depoimento em audiência de julgamento, estabelecendo, contudo, o art. 24.º, n.º 6 do EV um regime especial e mais restritivo que o disposto no n.º 8 do art. 271.º do CPP, por estar em causa vítima especialmente vulnerável.

Acresce que, dispõe o n.º 1 do art. 24.º do EV que “o juiz, a requerimento da vítima especialmente vulnerável ou do Ministério Público, pode proceder à inquirição daquela a fim de que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento, nos termos e para os efeitos previstos no art. 271.º do CPP. Ou seja, o n.º 1 do art. 24.º do EV remete integralmente para o art. 271.º do CPP, o que inclui o seu n.º 6 que prescreve que “é correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 352.º, 356.º, 363.º e 364.º”. Deste modo, se o legislador quisesse excluir o n.º 6 do art. 271.º do CPP da remissão operada, ou que não se aplicasse o art. 356.º, n.º 6 a que aquele normativo se refere, teria feito essa ressalva expressamente ou pelo menos consagrado no corpo do art. 24.º do EV alguma disposição da qual resultasse o seu afastamento e não o fez. Ao estabelecer o regime disposto no n.º 6 do art. 24.º do EV, o que o legislador afastou não foi a aplicabilidade do art. 356.º, n.º 6 do CPP, mas antes o regime geral disposto no art. 271.º, n.º 8, do CPP, quando estejam em causa vítimas especialmente vulneráveis.

Nestes termos, não se concorda com o aludido acórdão quando refere que “o art.º 356.º do CPP não contém qualquer referência ao art.º 24.º do Estatuto da Vítima, legislação especial, razão pela qual não lhe é aplicável o seu n.º 6”. Na verdade, não é o art. 356.º, n.º 6 do CPP, norma geral anterior, que deveria conter uma referência ao art. 24.º do EV. Ao invés, é o 24.º do EV que, querendo afastar a aplicação do n.º 6 do art. 356.º do CPP, deveria conter essa referência e não contém.

Para além do mais, não pode restringir-se a análise desta questão ao disposto no art. 24.º, n.º 6 do EV e à relação que intercede entre este normativo e o art. 356.º, n.º 6 do CPP. Desde logo, não se pode ignorar o estatuído nos restantes normativos do EV, o próprio regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas (doravante designado por LVD) e, bem assim, a forma como estes diplomas legais se articulam entre si e o CPP. É que, repare-se, o conceito de vítima

271.º, n.º 8 do CPP e o 24.º, n.º 6 do Estatuto da Vítima, sendo esta a norma especial, porque apenas se aplica a testemunhas que tenham a qualidade de vítima”.

especialmente vulnerável engloba uma pluralidade de vítimas de diferentes tipos de crime e o que está em causa nesta questão é, em concreto, a vítima de factos suscetíveis de integrar a prática do crime de violência doméstica.

Ora, se atentarmos no art. 33.º da LVD, constatamos que o seu n.º 5 preceitua que “é correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 352.º, 356.º, 363.º e 364.º do Código de Processo Penal”. Ou seja, o próprio legislador quando estabeleceu um regime autónomo para a tomada de declarações para memória futura à vítima do crime de violência doméstica fez questão de salientar que o mesmo não afasta a aplicação, nomeadamente, do disposto no art. 356.º do CPP, não ressalvando expressamente qualquer disposição deste normativo. E, posteriormente, com a entrada em vigor do EV, deixou claro no art. 2.º, que tem como epígrafe “articulação com outros diplomas legais”, que o mesmo não só “não prejudica os direitos e deveres processuais da vítima consagrados no Código de Processo Penal (...)”, como “não prejudica também os regimes especiais de proteção de vítimas de determinados crimes”, de que é exemplo claro a LVD.

Ademais, ainda que se pudesse conjecturar que o legislador disse menos do que queria dizer ou que não queria, após a introdução do EV, que, por força do n.º 5 do art. 33.º da LVD se aplicasse o n.º 6 do art. 356.º do CPP, esta afirmação também não é sustentável, atendendo à evolução legislativa registada. Com efeito, repare-se que, após a entrada em vigor do EV, em 2015, o legislador alterou por seis vezes a LVD e em nenhuma das alterações legislativas efetuadas suprimiu o n.º 5 do art. 33.º da LVD ou introduziu qualquer tipo de ressalva no sentido da remissão para o art. 356.º do CPP não abranger o seu n.º 6. Se essa fosse a sua intenção, certamente que tê-lo-ia feito.

Por outro lado, é também defendido no referido Ac. do TRL de 20 de abril de 2022 que as declarações para memória futura “não são simples declarações prestadas em inquérito ou em instrução, mas sim prestadas em audiência aberta antecipadamente para esse efeito, perante o juiz e com todas as garantias de defesa próprias do julgamento, garantindo-se plenamente o exercício do contraditório, como se extrai do disposto no art.º 271.º já referido”. Nas palavras do referido aresto, “[é] prova antecipada. E não prova recolhida no e para o Inquérito, na e para a Instrução”, dando, assim, a entender que as declarações para memória futura não se poderiam reconduzir ao âmbito do art. 356.º, n.º 6 do CPP, pelo que, não obstante a recusa válida a depor em audiência, poderiam ser valoradas.

Ora, não se contesta, evidentemente, a particular natureza das declarações para

memória futura, sujeitas a um regime jurídico próprio, assente em pressupostos e condições específicas de legalidade, dos quais depende a possibilidade de virem a ser tomadas em consideração em sede julgamento. No entanto, repare-se que esta leitura restrita do art. 356.º, n.º 6, do CPP, que exclui do seu âmbito as declarações para memória futura, também não procede, quando se efetua uma interpretação sistemática deste normativo. Vejamos.

O art. 355.º, n.º 1 do CPP, em homenagem aos princípios da imediação e da oralidade, consagra a regra geral de que “não valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência”. Porém, o n.º 2 deste normativo ressalva do disposto “as provas contidas em atos processuais cuja leitura, visualização ou audição em audiência sejam permitidas nos termos dos artigos seguintes”. Deste modo, uma vez que a al. a) do n.º 2 do art. 356.º do CPP permite expressamente a leitura das declarações tomadas nos termos dos arts. 271.º e 294.º, surge evidente que, não obstante não tenham sido produzidas ou examinadas em audiência, as declarações para memória futura podem, ainda assim, ser valoradas, por aplicação conjugada dos preceitos contidos nos artigos 355.º, n.º 1 e n.º 2 do e 356.º, n.º 2, al. a) do CPP¹¹¹. Sucede que o próprio normativo que admitiu expressamente a leitura das declarações tomadas nos termos dos arts. 271.º e 294.º, ou seja, em inquérito e instrução, prescreve adiante no seu n.º 6 que fica, contudo, “proibida, em qualquer caso, a leitura do depoimento prestado em inquérito ou instrução por testemunha que, em audiência, se tenha validamente recusado a depor”. Ora, ao estabelecer uma proibição expressa de leitura “em qualquer caso”, o legislador, invariavelmente, está a reportar-se a quaisquer das situações acima referenciadas, pelo que não poderá deixar de se considerar aqui abrangidas as declarações para memória futura mencionadas na al. a) do n.º 2 do art. 356.º do CPP¹¹². Repare-se que, se essa não tivesse sido a sua intenção, o legislador teria ressalvado expressamente essa disposição no âmbito da previsão normativa do n.º 6 do art. 356.º do CPP. Não o tendo feito, deve considerar-se que tais declarações se encontram aqui incluídas, pelo que, sendo expressamente proibida a sua leitura, quando quem as prestou se recusa validamente a depor em audiência, conseqüentemente fica proscrita a possibilidade da sua valoração.

¹¹¹ Foi fixada jurisprudência neste sentido no AUJ n.º 8/2017, publicado no DR 1.ª série, n.º 224, de 21 de novembro de 2017.

¹¹² Neste sentido, veja-se igualmente o Ac. do TRL, de 23.03.2022, proc. n.º 150/21.0PALSBL1-3.

Deste modo, não se pode concordar com o aludido acórdão quando refere que: “(...) exercido o direito de recusa a depor ou ao contrário a ele renunciar prestando depoimento, não pode mais tarde a testemunha que tem a qualidade de vítima, querer exercer em sentido diverso o mesmo direito com efeitos retroativos, pois ele já foi exercido. Já produziu efeitos probatórios: as declarações uma vez prestadas constituem prova a valorar; são prova já constituída não podendo ser excluídas do universo probatório a valorar pelo juiz, por vontade da vítima”.

Ora, em primeiro lugar, como acima já se salientou, qualquer pessoa que se encontre ligada ao arguido por alguma das relações previstas no n.º 1 do art. 134.º do CPP, independentemente da veste que assuma no processo (testemunha, vítima, assistente ou parte civil), não só dispõe da prerrogativa de recusar depoimento, sempre que deva depor, como, além do mais, não se encontra condicionada no seu exercício pela opção que haja tomado num pretérito ato de inquirição. Deste modo, o facto de ter sido legalmente advertida do direito que lhe assiste de recusar o depoimento e de a ele ter renunciado anteriormente em nada a coíbe de exercer, em audiência, o mesmo direito em sentido inverso. Em segundo lugar, os efeitos retroativos que se associam ao direito de recusa não resultam, evidentemente, da vontade da vítima, mas sim da opção do legislador que, como *ab initio* se referiu, não só reconheceu a certas pessoas intimamente ligadas ao arguido o privilégio de recusar o depoimento, como lhes atribuiu o poder de impedir a utilização das suas declarações processuais anteriores, através do exercício desse privilégio, em sede de audiência de julgamento (cfr. art. 356.º, n.º6 do CPP).

Assim, atendendo ao quadro de legalidade vigente, globalmente considerado, e, por força dos argumentos aduzidos, não podemos deixar de partilhar do entendimento avançado no Ac. do TRL de 15 de setembro de 2021, segundo o qual, nos termos do art. 356.º, n.º 6 do CPP, não podem ser valoradas as declarações para memória futura tomadas à vítima de violência doméstica, quando, em julgamento, a mesma se recusa validamente a depor, ao abrigo do n.º 1 do art. 134.º do CPP.

No entanto, repare-se que isto não significa que se subscreva em absoluto a opção legislativa assumida no art. 356.º, n.º 6 do CPP. São evidentes as suas fragilidades, quando estamos no domínio dos crimes intrafamiliares, e, em particular, no âmbito do crime de violência doméstica. Desde logo, não se olvida que esta solução possa levar, em certos casos, o agente da prática do crime a manipular a vítima, no decurso do processo, de molde a que, uma vez convocada para a audiência de julgamento, esta recuse depor. Do

mesmo modo que, também não se desconhece que este entendimento viabiliza, na prática, que muitos processos de violência doméstica sejam votados ao insucesso, sabido como é que, neste tipo de criminalidade, a prova é escassa e se alicerça, fundamentalmente, nas declarações da vítima.

Contudo, estes são argumentos que também têm que ser sopesados com a necessidade de respeitar a autonomia da vontade da vítima (cfr. art. 5.º do EV) e de tutelar os valores em que se fundamenta o direito de recusa a depor. Não pode olvidar-se a possibilidade de, no decurso do processo penal, se verificar uma genuína reconciliação entre o arguido e a vítima, certo como é que os relacionamentos familiares não são estáticos, nem todos os processos de violência doméstica evidenciam os mesmos contornos. Em tal caso, recusando-se a vítima validamente a depor, em sede de audiência, será sustentável que, ainda assim, se admita a valoração das declarações para memória futura que lhe hajam sido tomadas, sabendo que daí poderão resultar nefastas consequências familiares e pessoais para a própria vítima? De que modo é que esta solução se harmoniza com a ratio da recusa a depor? Tendo o crime de violência doméstica natureza pública, argumenta-se que “não se pode admitir, ainda que de forma indireta, que a vítima [tenha] poder para evitar a condenação, não prestando declarações”¹¹³. Mas, pode admitir-se que a condenação seja lograda através do sacrifício da consciência da vítima e da sua vida familiar porventura já reconstruída?

De todo modo, repare-se que estas são já questões que se podem suscitar e argumentos que se podem esgrimir no plano da política legislativa, mas nos quais o intérprete não se pode arrimar quando procura extrair das normas legais o seu verdadeiro sentido.

Por isso mesmo, cremos que, no plano legal, concatenando os diversos diplomas legais e realizando uma interpretação sistemática do disposto no art. 356.º, n.º 6, do CPP, não se podem encontrar excluídas do âmbito deste normativo as declarações para memória futura tomadas à vítima de violência doméstica nas fases preliminares do processo. No entanto, no plano do direito a constituir, podem, na verdade, avançar-se argumentos contra e a favor de cada uma das soluções, impondo-se, assim, da parte do legislador uma ponderação dos interesses em conflito e, sobretudo, uma clarificação do atual regime nesta matéria.

¹¹³ Cfr. Argumento avançado pela Desembargadora Maria Perquilhas, na declaração de voto que acompanhou o Ac. do TRL, de 23.03.2022, proc. n.º 150/21.0PALS.L1-3.

Conclusões

Da investigação realizada sobre as insuficiências e os principais problemas que se associam ao regime da recusa de depoimento em processo penal, é possível extrair-se as seguintes conclusões:

1. O art. 134.º do CPP foi consagrado em consequência da abolição da diferença estatutária entre testemunhas e declarantes e da concomitante ampliação da capacidade para testemunhar.
2. O reconhecimento legal de uma faculdade de recusar o depoimento, em derrogação do dever de testemunhar, não constitui uma solução normativa inovadora, nem ao nível do ordenamento jurídico interno, nem comparando com ordenamentos jurídicos estrangeiros com afinidade com o nosso.
3. A recusa de depoimento, nos termos do art. 134.º do CPP, tem um fundamento duplo: se imediatamente o que se visa é salvaguardar a testemunha do conflito de consciência, ínsito na obrigação de depor com verdade sobre factos imputados a um seu familiar, mediamente, o que se almeja, em última instância, é a proteção da família, enquanto instituição fundamental da sociedade (cfr. art. 67.º da CRP).
4. A proteção do arguido e a tutela da verdade material apenas se podem configurar como possíveis efeitos reflexos do exercício da prerrogativa de recusa a depor, mas não como o seu fundamento.
5. A introdução da al. c) no n.º 1 do art. 134.º do CPP enquadrou-se num conjunto de alterações legislativas que tiveram como escopo a conformação do processo penal em que seja arguida uma pessoa coletiva ou entidade equiparada. A solução consagrada nesse normativo já era defendida ao nível doutrinal e harmoniza-se com a razão de ser da recusa a depor.
6. A recusa de depoimento analisa-se numa faculdade da testemunha, que a pode livremente exercer, sem correr o risco de incorrer em quaisquer sanções e independentemente de quem haja motivado a sua intervenção no processo.

7. Pode considerar-se a recusa a depor como um direito subjetivo com características potestativas, uma vez que o seu exercício se impõe aos demais sujeitos e intervenientes processuais, os quais não podem, de maneira alguma, sindicar a conveniência ou oportunidade da opção da testemunha. A única sindicância permitida prende-se com os pressupostos de legalidade da invocação da recusa, que incumbe à entidade competente para receber o depoimento assegurar, através da verificação casuística dos pressupostos de que depende.
8. Titular da faculdade de recusar depoimento é verdadeiramente a testemunha que se encontra, no momento da sua inquirição, vinculada ao arguido por alguma das relações descritas no n.º 1 do art. 134.º do CPP.
9. Não se descortina, à luz da ratio que preside ao art. 134.º do CPP, uma fundamentação razoável para restringir a faculdade de recusar depoimento da pessoa que conviva com o arguido em condições análogas às dos cônjuges, aos factos ocorridos durante a coabitação, em termos distintos do que se encontra previsto para o cônjuge do arguido, pelo que a norma da al. b) do n.º 1 daquele normativo é suscetível de padecer de inconstitucionalidade, por violação do princípio da igualdade (art. 13.º do CRP).
10. A imposição da prestação de depoimento quanto aos factos ocorridos antes da coabitação implica que a pessoa que convive com o arguido em condições análogas às dos cônjuges e que não queira mentir, se veja estrangida a contribuir para a incriminação do seu companheiro e para rutura do seu núcleo familiar de facto. Inexistindo justificação razoável para desproteger a família de facto, a norma da al. b) do n.º 1 do art. 134.º do CPP é passível de censura constitucional, à luz das disposições dos arts. 36.º, n.º 1 e 67.º da CRP, conjugadas com o princípio da proporcionalidade (arts. 2.º e 18.º, n.º 2 da CRP).
11. No plano infraconstitucional, a restrição temporal da faculdade de recusa a depor do convivente com o arguido em condições análogas às dos cônjuges, além de teleologicamente insustentável, não se encontra em harmonia com o consagrado,

ao nível interno, no âmbito do processo civil, nem com o disposto em ordenamentos jurídicos estrangeiros com proximidade com o nosso.

12. O regime da recusa de depoimento afigura-se, assim, insuficiente, na medida em que não confere tutela a quem, não sendo casado, todavia partilhe a sua vida e possa, inclusivamente, ter filhos em comum com o arguido, no caso em que os factos que lhe são imputados antecedem o período da coabitação.
13. O regime da recusa de depoimento é aplicável, igualmente, aos assistentes e partes civis, por força do disposto no art. 145.º, n.º 3 do CPP. Não só inexistente disposição legal expressa que o interdite, como não se vislumbra qualquer incompatibilidade manifesta entre o seu respetivo estatuto processual e o reconhecimento da prerrogativa de recusa a depor. Pelo contrário, a ratio que lhe preside justifica a extensão desta prerrogativa àqueles sujeitos processuais.
14. A advertência contida no n.º 2 do art. 134.º do CPP deve ser realizada, de forma clara e concisa, em cada ato de inquirição, qualquer que seja a fase do processo em que o mesmo ocorra, por forma a garantir que a decisão da testemunha resulte de uma vontade livre e esclarecida.
15. Se a advertência não for realizada de molde a que resulte perceptível para o seu respetivo destinatário o sentido e alcance da faculdade que a lei lhe atribui, poderá vir a considerar-se que a mesma não foi efetuada.
16. A simples omissão da advertência legalmente exigida constitui uma nulidade *strictu sensu*, relativa ou sanável, que, como tal, haverá que ser arguida até à conclusão do depoimento, sob pena de se considerar sanada, nos termos do art. 120.º, n.º 3, al. a) do CPP.
17. Dispõe de legitimidade para arguir a referida nulidade apenas a pessoa em vista da qual a advertência é legalmente exigida e em cujo interesse a prerrogativa de recusa se encontra estabelecida. Assim, apenas o depoente se pode considerar “interessado”, para efeitos do disposto no art. 120.º, n.º 3, al. a) do CPP.

18. A omissão da advertência devida não pode deixar de relevar no plano substantivo, quando se afere da responsabilidade criminal da assistente, parte civil ou testemunha que haja prestado depoimento falso, nos termos dos arts. 359.º e 360.º do CP, respetivamente. Pode relevar ao nível da ilicitude, da culpa, ou, no limite, para efeitos de atenuação especial ou dispensa de pena (art. 364.º, al. b) do CP).
19. A realização da advertência a quem não dispõe, nos termos legais, da faculdade de recusar depoimento, vindo esta a ser ilegalmente exercida, apenas poderá constituir uma nulidade, quando ocorra na fase julgamento, uma vez que se poderá entender que traduz a omissão posterior de diligências que pudessem reputar-se essenciais para a descoberta da verdade, nos termos da al. d) do n.º 2 do art. 120.º do CPP.
20. A opção da testemunha pela prestação de depoimento, em sede de audiência de julgamento, implica a sujeição aos deveres que inerem à sua qualidade e que o depoimento que venha a prestar se configure um meio de prova processualmente válido e plenamente eficaz, suscetível, como tal, de ser livremente apreciado e valorado (cfr. art. 127.º do CPP), para efeitos de formação da convicção do tribunal.
21. A recusa lícita a depor, em sede de audiência de julgamento, inviabiliza em absoluto a possibilidade de serem lidas e conseqüentemente valoradas as declarações prestadas anteriormente pela testemunha nas fases preliminares do processo (cfr. art. 356.º, n.º 6 do CPP).
22. O legislador não se bastou com o reconhecimento de um direito a recusar o depoimento às pessoas que se encontrem intimamente ligadas ao arguido, por um vínculo familiar ao análogo. Mais do que isso, procurou garantir a efetividade desse direito, investindo os seus titulares do poder de operar a inutilização das suas declarações processuais anteriores, através do seu exercício em audiência de julgamento.

23. À luz do quadro de legalidade vigente, e, designadamente, por força de uma interpretação sistemática do art. 356.º, n.º 6, do CPP, não se podem considerar excluídas do âmbito deste normativo as declarações para memória futura tomadas nas fases preliminares do processo à vítima de factos suscetíveis de integrar a prática de um crime de violência doméstica.

Bibliografia

- AIRES DE SOUSA, S., “*Agent provocateur* e meios enganosos de prova: algumas reflexões”, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, org. Manuel da Costa Andrade, Coimbra: Coimbra Editora, 2003
- ALBUQUERQUE, Paulo P. de, Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4.^a ed. atual., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011
- ANTUNES, M.J., «A posição processual da pessoa coletiva constituída arguida», in *Julgar*, n.º 38, 2019
- ANTUNES, M. J., *Direito Processual Penal*, 5.^a ed., Coimbra: Almedina, 2023
- ANTUNES, M. J. *Processo Penal e Pessoa Coletiva Arguida*, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2020
- CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007
- COSTA ANDRADE, M., *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006
- COSTA ANDRADE, M., “Bruscamente no verão passado”, a Reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente, Coimbra: Coimbra Editora, 2009
- CRUZ BUCHO, J., «Declarações para memória futura (elementos de estudo)», disponível em <https://www.trg.pt>
- CRUZ BUCHO, J., «A recusa de Depoimento de Familiares do Arguido: o Privilégio Familiar em Processo Penal (notas de estudo)», disponível em <https://www.trg.pt>
- DÁ MESQUITA, P., *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento, estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011
- GAMA, António [et. al.], *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo II, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2021
- GAMA, António [et. al.], *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo III, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2021
- GASPAR, A. [et al.], *Código de Processo Penal Comentado*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2021

- LOPEZ, M., «El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal», in Indret, n.º 4, 2012
- MARQUES DA SILVA, G., A pessoa coletiva como arguida no processo penal, texto elaborado e divulgado na Conferência proferida no Curso de Outono de Direito Penal da Pessoa Coletiva organizado pelo IDPCC, disponível em <https://carlospintodeabreu.com/publicacoes/a-pessoa-colectiva-como-arguida-no-processo-penal/>
- MARQUES DA SILVA, G., Curso de Processo Penal, Vol. II, 5.ª ed., Lisboa: Verbo, 2011
- MEDINA DE SEIÇA, A., «Prova testemunhal. Recusa de Depoimento de Familiar de um dos Arguidos em caso de Co-Arguição (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de Janeiro de 1996)», in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 6, Fasc. 3.º
- MEDINA DE SEIÇA, A., O Conhecimento probatório do Co-Arguido, Coimbra: Coimbra Editora, 1999
- MEDINA DE SEIÇA, A., Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, Constituição Portuguesa Anotada, Vol. I, 2.ª ed. (revista), Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017
- MOURÃO, Helena, «O efeito-à-distância das proibições de prova no Direito processual penal português», in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 16, n.º 4, Outubro-Dezembro, 2006
- NETO, A., Código Civil Anotado, 20ª ed, Lisboa: EDIFORUM., 2013.
- SIMAS SANTOS, Manuel, LEAL-HENRIQUES, Manuel [et. al.], Código de Processo Penal Anotado, vol. I, 3.ª ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2008
- SOUSA MENDES, P. “As Proibições de Prova no Processo Penal”, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Coimbra: Almedina, 2004

Jurisprudência citada

- Acórdão do TC n.º 359/2011, de 12/07/2011, relatado por João Cura Mariano (processo n.º 58/11).
- Acórdão do TC n.º 486/2018, de 04/10/2018, relatado por Fernando Vaz Ventura (processo n.º 589/2017).
- Acórdão do TC n.º 154/09, de 25/03/2009, relatado por Vítor Gomes (processo n.º 1063/07).
- Acórdão do TC n.º 134/07, de 27/02/2007, relatado por Rui Moura Ramos (processo n.º 506/06).
- Acórdão do TC n.º 88/04, de 10/02/2004, relatado por Gil Galvão (processo n.º 411/03).
- Acórdão do TC n.º 275/02, de 19/06/2002, relatado por Paulo Mota Pinto (processo n.º 129/01).
- Acórdão do TC n.º 39/88, de 09/02/1988, relatado por Messias Bento (processo n.º 136/85).
- Acórdão do TC n.º 569/08, de 26/11/2008, relatado por Maria Lúcia Amaral (processo n.º 580/2007).
- Acórdão do TC n.º 624/2019, de 23/10/2019, relatado por José António Teles Pereira (processo n.º 169/2019).
- Acórdão do STJ, de 11/02/2015, relatado por Helena Moniz (processo n.º 182/13.1PAVFX.S1).
- Acórdão do STJ, de 11/05/2017, relatado por Isabel São Marcos (processo n.º 1014/11.0PHMTS.P1-A.S1).
- Acórdão do STJ, de 13/01/2022, relatado por Orlando Gonçalves (processo n.º 225/18.2PASXL-A.S1).
- Acórdão do STJ, de 21/10/2009, relatado por Isabel Pais Martins (processo n.º 12124/04.0TDLSB-A.S1).
- Acórdão do STJ, de 04/07/2018, relatado por Maia Costa (processo n.º 1006/15.0JABRG-D.S1).
- Acórdão do STJ, de 21/03/2019, relatado por António Clemente Lima (processo n.º 356/17.6GACSC-A.S1).
- Acórdão do STJ, de 20/06/2018, relatado por Raul Borges (processo n.º 1014/11.0PHMTS.P1).

- Acórdão do STJ n.º 8/2017, de 21/11/2017, relatado por Manuel Augusto de Matos (processo n.º 895/14.0PGLSB.L1-A.S1).
- Acórdão do TRL, de 30/05/2007, relatado por Ricardo Silva (processo n.º 9332/06).
- Acórdão do TRL, de 15/09/2021, relatado por Adelina Barradas de Oliveira (processo n.º 20/21.1SXLSB.L1-3).
- Acórdão do TRL, de 20/04/2022, relatado por Maria Bernardo Perquilhas (processo n.º 37/21.6SXSLB.L1).
- Acórdão do TRL, de 08/02/2023, relatado por Maria da Graça Santos Silva (processo n.º 617/20.7GBMTJ.L1-3).
- Acórdão do TRL, de 23/03/2022, relatado por Ana Paula Grandvaux (processo n.º 150/21.0PALS.B.L1-3).
- Acórdão do TRE, de 19/12/2013, relatado por António João Latas (processo n.º 497/12.6PALGS.E1).
- Acórdão do TRE, de 13/07/2017, relatado por Ana Barata de Brito (processo n.º 1508/15.9T9BJA.E1).
- Acórdão do TRE, de 03/06/2008, relatado por António João Latas (processo n.º 1991/07-1).
- Acórdão do TRE, de 05/06/2018, relatado por Maria Filomena Soares (processo n.º 476/16.4 GFSTB.E1).
- Acórdão do TRG, de 30/06/2014, relatado por Maria Luísa Abrantes (processo n.º 272/ 11.5IDBRG.G1).
- Acórdão do TRG, de 06/10/2014, relatado por Ana Teixeira e Silva (processo n.º 1096/13.0PBGMR.G1).
- Acórdão do TRG, de 11/05/2009, relatado por Estelita Mendonça (processo n.º 608/07.3PBVCT.G1);
- Acórdão do TRP, de 30/01/2013, relatado por Maria do Carmo Silva Dias (processo n.º 95/10.9GACP.V.P1).
- Acórdão do TRP, de 11/01/2017, relatado por Francisco Mota Ribeiro (processo n.º 1014/11.0PHMTS.P1).
- Acórdão do TRP, de 06/04/2022, relatado por Pedro Afonso Lucas (processo n.º 2218/20.0T9VFR.P1M).

- Acórdão do TRP, de 22/10/2014, relatado por Maria Manuela Paupério (processo n.º 135/13.0GCLMG.P1).
- Acórdão do TRP, de 14/12/2022, relatado por Paulo Costa (processo n.º 82/21.1GBOAZ.P1).
- Acórdão do TRP, de 09/11/2016, relatado por Eduarda Lobo (processo n.º 313/13.1EAPRT.P1).
- Acórdão do TRP, de 15/10/2023, relatado por Fernando Monterroso (processo n.º 0313324).
- Acórdão do TRC, de 07/03/2018, relatado por Brizida Martins (processo n.º 94/14.1GBPL.C1).
- Acórdão do TRC, de 25/06/2014, relatado por Luís Coimbra (processo n.º 313/10.3TACNT-A.C1).
- Acórdão do TRC, de 09/11/2022, relatado por José Eduardo Martins (processo n.º 712/21.5PCAMD.C1).
- Acórdão do TEDH, de 24/11/1986, sobre o caso Unterpertinger c. Austria (n.º 9120/80).

Índice

Introdução.....	10
Capítulo I – O Estágio	11
1. A instituição: O Juízo Central Criminal de Lisboa.....	11
1.1 Competência.....	11
1.2 Tribunal Coletivo	11
1.3 Tribunal do Júri	12
2. Atividades desenvolvidas	16
2.1 Assistência a diligências.....	16
2.2 Consulta e estudo de processos	20
2.3 Acompanhamento no serviço de turno no Tribunal de Instrução Criminal de Lisboa.....	22
Capítulo II – A recusa de depoimento em processo penal: insuficiências do regime e problemas subsistentes na prática judiciária.....	24
1. A ratio da recusa de depoimento	24
2. Titulares da faculdade de recusar depoimento	38
2.1 A testemunha.....	38
2.2 O cônjuge e o convivente em condições análogas às dos cônjuges	40
2.3 A constitucionalidade da restrição da faculdade de recusa, de quem convive em condições análogas às dos cônjuges, aos factos ocorridos durante a coabitação.....	43
2.3.1 O princípio da igualdade – art. 13.º da CRP	45
2.3.2 A proteção constitucional da família – arts. 36.º e 67.º da CRP	47
2.3.3 Conclusão	49
3. A (in)aplicabilidade da recusa de depoimento aos assistentes e às partes civis..	50
3.1 A origem do problema: o nº3 do art. 145º do CPP.....	51
3.2 O assistente.....	52
3.3 As partes civis	56
3.4 Conclusão	56
4. A advertência: relevância processual e substantiva da sua omissão	57
5. Consequências jurídicas da prestação e recusa lícita de depoimento	71
5.1 A impossibilidade de valoração das declarações para memória futura tomadas à vítima do crime de violência doméstica.....	72
Conclusões.....	83
Bibliografia.....	88