



DEPOIMENTO INDIRECTO

Dissertação orientada pelo prof. Dr. Fernando Silva

Alfredo Jorge Miranda Morais

04 de novembro de 2014

Índice

Abreviaturas	5
Introdução	6

Capítulo I Da Evolução ao regime actual

1. Breve Evolução Histórica no ordenamento jurídico português	9
2. Regime Actual	15

Capítulo II Enquadramento e admissibilidade do depoimento indirecto enquanto meio de prova

3. O âmbito de Aplicação do Depoimento Indirecto	
3.1 Depoimento Indirecto à Luz dos Princípios Constitucionais	20
4. Deveres dos Tribunais na investigação do crime	25
5. Situações Afins do Depoimento indirecto	29
6. Prova Documental no Depoimento Indirecto	32
7. Relevância das Declarações do Arguido Extraprocessuais	34

Capítulo III Ambito do depoimento indirecto

8. Âmbito Subjectivo do Depoimento Indirecto	38
9. Depoimento Indirecto e os Co-arguidos	45

10. Análise de jurisprudência (co-arguição)	52
11. Conclusão	56
Bibliografia	58

À minha esposa Patricia pela paciência e confiança que depositou em mim

À minha filha Mónica

E ao meu orientador por todo o apoio que me deu, e compreensão que demonstrou ao longo deste estudo

Abreviaturas

BMJ boletim do ministério da justiça

CC Código civil português

CCCP comentário coninmbricense ao código penal

CEJ Centro de Estudos Judiciários

CJ Colectânea de Jurisprudência

CP Código penal português

CPA Código de processo administrativo

CPP Código de processo penal

CRP Constituição da Republica Portuguesa

FDUC Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

FDUL Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

FDUP Faculdade de Direito da Universidade do Porto

OPC Orgao de Policia Criminal

STJ Supremo Tribunal de Justiça

TC Tribunal Constitucional

TEDH Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TRC Tribunal da Relação de Coimbra

TRP Tribunal da Relação do Porto

TRG Tribunal da Relação de Guimarães

ULP Universidade Lusófona do Porto

UAL Universidade Autónoma de Lisboa

Nota: quando não se indica o código a que um artigo diz respeito, deve ter-se presente que é o Código de Processo Penal Português

INTRODUÇÃO

O depoimento indirecto está sistematicamente inserido nos meios de prova, pois o artº 129 do CPP, que a ele se refere expressamente, surge no âmbito da prova testemunhal, precisamente nas declarações das testemunhas.

É através do ouvir dizer (depoimento indirecto), que os tribunais ou as autoridades competentes nas várias fases processuais têm conhecimento da notícia do crime, não sendo expressamente de forma verbal, o mesmo pode resultar da leitura de documentos elaborados por outrem.

Numa controvérsia da doutrina e da jurisprudência por vezes pouco pacífica, faço alusão ao regime do depoimento indirecto (artº 129 do CPP), relativamente à sua admissibilidade e a sua temática durante as várias fases processuais.

Salienta-se que o regime do depoimento indirecto, conseguiu manter a sua versão inicial, não tendo sido objecto de qualquer alteração nas vinte cinco intervenções legislativas que o código processo penal sofreu.

No depoimento indirecto emergem a observância do princípio da imediação enquanto pressuposto da valoração da prova (cfr. Artº 355 nº1 do CPP) e a necessidade de garantir o exercício do contraditório (cfr. artº327, nº2 e artº348 nº4 ambos do CPP) é precisamente toda a problemática envolto ao depoimento de ouvir dizer que vai ser analisada.

Segundo uma parte da nossa jurisprudência sustenta que¹ “ (...)XV- Assumida a relevância das exigências da contraditoriedade e imediação num processo penal de sistema acusatório compreende-se a irrelevância que, em princípio é conferido ao depoimento indirecto.

¹ Vide acórdão do STJ, de 03 de Março de 2010, tirado do processo 886/07.8 PSLSB.L1.S1., no ponto XV e XVI, onde se refere que “(...) o que está em causa não é o que a testemunha percepcionou mas sim o que lhe foi transmitido por que percepcionou os factos. Assim o depoimento indirecto não incide sobre os factos que constituem objecto de prova mas sim sobre um depoimento”. Consultado em www.dgsi.pt. E vide o acórdão do TC de 2 março de 1994, nº423/94, também citado por Sousa, Luis Filipe Pires de, Prova Testemunhal, Almedina, 2013, pp.180-181 onde se enuncia que: “(.....) não estando em causa a intocável dignidade da pessoa humana, não se justificava uma proibição absoluta de produção e valoração do testemunho de ouvir dizer, sendo consentidas as limitações à regra dessa proibição desde que dotadas de razoabilidade. Com isso não se põem em causa os princípios da imediação, de igualdade de armas e a regra de cross-examination, tendo por objecto, obviamente, a prova mediata produzida”

A essência da prova testemunhal encontra-se nas declarações que uma efectua uma pessoa sobre que percebeu pessoal e directamente. A prova testemunhal caracteriza-se pela imediação com o acontecimento que se presenciou visual ou auditivamente”.

Neste regime é notório a dialéctica entre a acusação e a defesa, por vezes com objectivos diferentes, a acusação na procura da melhor prova e defesa por vezes de promover o acesso á fonte do conhecimento, afim de ser inquirida pelo tribunal e pela mesma, o tribunal no intuito de alcançar a verdade para obter uma decisão justa para o mérito da causa.

No decurso do testemunho de ouvir dizer por vezes deparamo-nos por um testemunho directo e aí, é notório fazer a distinção entre os dois testemunhos.

O objectivo do presente trabalho consiste numa análise aprofundada ao regime do depoimento indirecto, não olvidando as várias posições doutrinárias e trazendo á colação a jurisprudência por vezes tão controversa.

A questão á problemática do arguido como fonte, durante este estudo tentou-se dar a explanação jurídica ás questões seguintes:

Será que o depoimento indirecto relativamente ao arguido pode ser valorado no nosso modelo processual penal vigente?

Não será um meio de prova fragilizado?

Qual é a fiabilidade de um depoimento de um arguido no caso de contradição com o depoimento indirecto?

O silêncio do arguido pode ser indicio de culpa?

No silêncio do arguido o principio do contraditório está posto em causa?

O legislador na letra da lei do artº 129 do CPP, fala-nos em “pessoas” era intenção do mesmo na interpretação do artigo aplicar-se só ás testemunhas ou também a outros sujeitos processuais?

As declarações do co-arguido será um meio de prova sustentável para uma acusação ou condenação?

Primeiramente, fez-se uma abordagem ao direito probatório, para se perceber a origem do depoimento indirecto desde a idade Média até á legislação vigente.

Seguidamente, a admissibilidade e valoração do depoimento indirecto enquanto meio de prova, os

problemas inerentes ao mesmo no nosso ordenamento jurídico, observa-se os princípios que estão presentes ou que são postergados através da utilização do depoimento indirecto. Os deveres do tribunal perante uma testemunha de ouvir dizer.

Continuamente, analisa-se o âmbito do regime nas várias fases processuais do processo, ainda em sede de depoimento indirecto a co-arguição e a leitura de documentos.

Conclui-se assim com a análise do regime do depoimento indirecto cfr. Artº129 do CPP.

Capítulo I Da Evolução ao regime actual

1. Breve Evolução Histórica no Ordenamento Jurídico Português

Daquilo que se conseguiu extrair quanto à forma como o depoimento indirecto se foi modificando desde de a idade média até aos dias vigentes, retira-se que foi nesta fase da idade média que o regime português foi marcante, que se compreende entre os séculos V e XV.

Focando no testemunho de ouvir dizer, o jurista Baldo², na sua teoria dos testemunhos, diferenciava o *testis de auditu* próprio, cujo depoimento incide sobre o facto que a testemunha ouviu e o *testis de auditu alieno*, em que narra um facto a que não assistiu mas lhe foi transmitido oralmente por outra fonte. Note-se que se a testemunha percebe a audição, há a verdade do objecto processual sobre a qual está a depor, sendo assim o testemunho válido. Pelo contrário, o testemunho de ouvir dizer integrava a desconfiança cultural.

Neste período era usual a opinião de que o ouvir dizer e o próprio boato legitimavam o recurso a meios especialmente intrusivos. Daí que o testemunho de ouvir dizer fosse visto como um testemunho em segunda mão e de uma menor valia em comparação com o testemunho em primeira mão. A testemunha era como um intermediário daquilo que teria ouvido, o que poderia culminar assim na inadmissibilidade da fonte pessoal, pois não advinha qualquer contacto directo com os factos percebidos através dos sentidos. Portanto na Idade Média o testemunho de ouvir dizer não poderia fazer prova plena, sendo intitulado de testemunho de ouvida.

O segundo período do nosso regime, que se pronunciou sobre o depoimento indirecto foi o Antigo Regime, que se centrava nos séculos XVI e XVIII. No Antigo Regime e correspondente sistema de provas, quando a fonte originária era identificada tinha o seu valor e combinado com outras provas, poderia resultar numa condenação. Note-se que é bastante diferente falar num ouvir dizer em que a

² MESQUITA, Paulo Dá, *A Prova do crime e o que se disse antes do julgamento*, Coimbra Editora, 2012, pp. 463

fonte originária é determinada, e em sentido contrário, um ouvir dizer resultante de um rumor ou vozes públicas, e é daqui que se afere a obrigação dos juizes de interrogar a testemunha sobre a fonte da informação.

Na sequência do final do Antigo Regime, o notável professor Pascoal José de Melo Freire³ foi autor, entre outros, de um projecto de Código Penal encomendado pela rainha D. Maria I, ao qual deu o título de Ensaio do Código Criminal. E foi precisamente neste projecto que Melo Freire se pronunciou sobre o depoimento indirecto. Para este autor apesar de as testemunhas de vista (primeira mão) serem as mais credíveis, não se poderia rejeitar as de ouvida, até porque foram elas que ouviram, logo se narram o que ouviram de outras pessoas merecem a mesma fé que o autor dessas mesmas palavras. Portanto seguindo as suas palavras, ‘as testemunhas de ouvida não provarão por si, mas pela qualidade das pessoas a quem ouviram o facto criminoso, que por ele serão perguntadas.’⁴

Daí que sobressaia o dever procedimental do Tribunal interrogar a fonte originária, sob pena do testemunho de ouvir dizer não ser suficiente para prova, não se reconhecendo valor probatório autónomo ao testemunho de ouvir dizer, que estaria sempre dependente da audição da fonte. Fixam-se assim várias regras para valorar esta figura: rejeitava-se o testemunho de ouvir dizer em que não se nomeasse autor certo, o ouvir dizer tinha mais peso quando se reportava à antiguidade de certos eventos e por fim os rumores não podiam valer como prova mas apenas como um indício.

Posteriormente o terceiro período relevante foi, sem dúvida, o compreendido entre a Monarquia Constitucional (1820-1910) e o Estado Novo (1933-1974).

É precisamente durante o séc. XIX, que o testemunho de ouvir dizer tomou relevo a partir do artigo 95.º da Nova Reforma Judiciária⁵, na 3.ª parte no título V, que enunciava: ‘ Às testemunhas será perguntado o modo porque souberam o que depõem, se disserem que o sabem de vista, serão perguntadas em que tempo e lugar o viram, se estavam outras pessoas que também o vissem, e quais eram: Se disserem que o sabem de ouvida, serão perguntadas de quem ouviram, em que tempo e lugar e se estavam outras pessoas que os ouvissem e quais eram estas, e todas as respostas

³ PINTO, Frederico de Lacerda Da Costa, «Depoimento Indirecto, legalidade da prova e direito de defesa», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, 3.º Vol., Coimbra Editora, 2010, pp. 1042

⁴ MESQUITA, Paulo Dá, ob. cit., pp. 463

⁵ “Em matéria de revisão de legislação, o Decreto-Lei de 22 de Novembro de 1835, nomeou uma comissão para se incumbir da revisão de todas as leis que haviam sido promulgadas pela Reforma Judiciária. Em menos de um ano a comissão terminou o seu labor, que se consubstanciou na Nova Reforma Judiciária, onde se compreende um diploma importante para a análise em questão: o Decreto- Lei de 13 de Janeiro de 1837 que reformou o processo criminal. Esta nova reforma foi promulgada durante a ditadura de Passos Manuel, saída da revolução de Setembro”.

serão escritas nos depoimentos’.

As testemunhas nunca poderiam dizer que sabiam de ciência certa o que depunham. Se por acaso o juiz se contentasse com essa resposta e mandasse o escrivão proceder à escrita da mesma, acatando a ordem, pagava cada um uma multa de cinco até cinquenta mil reis que seria imposta pelas Relações. Este regime foi mantido no artigo 947º da Novíssima Reforma Judiciária⁶, isto porque as testemunhas eram apenas ouvidas pelo juiz na presença do escrivão. Beleza dos Santos⁷ na sua argumentação não dava evidência ao artigo 947º da Novíssima Judiciária, em comparação com outras regras procedimentais, pois defendia que a mesma dispunha apenas sobre o que deve ser perguntado à testemunha e o que lhe é proibido declarar, nada dizendo sobre o valor deste instituto. Posteriormente pelo Código de Processo Penal de 1929, através do artigo 233.^{o8} manteve-se a regra da recolha da fonte originária, contudo a confiança e o respeito pelo juiz no referido código, trouxe o fim da previsão da sanção pecuniária, em que incorreriam o juiz e o escrivão que escrevessem a resposta da testemunha de ouvir dizer que não indicasse a sua razão de ciência.

Perante isto é de notar que a doutrina parece mais permissiva quanto à admissibilidade do testemunho de ouvir dizer. Neste sentido Luís Osório⁹ apenas manifesta uma certa reserva, obviamente quando não se identifique a fonte originária.

A falta da indicação dessa razão de ciência leva a que o depoente não tenha razão para afirmar o que diz, acabando as suas palavras por perder todo o valor de prova quanto ao facto que foi afirmado ou negado. Portanto a testemunha e o declarante não podem escusar com um pretenso direito de segredo, pois a partir do momento que vão a audiência fazer a revelação de certo facto, o modo de como obtiveram esse conhecimento não pode constituir segredo, sob pena de serem punidos pelo artigo 242.^o do CPP de 1929, no sentido de que “*a testemunha que se recusar a responder às perguntas que lhe forem feitas será autuada e processada por desobediência qualificada e recolhida à cadeia onde se conservará até que responda (...)*”

⁶ “A Reforma Judiciária setembrista vigorou escasso tempo, tendo sido substituída em 1840 pela Novíssima Reforma Judiciária que foi aprovada pelo Decreto de 21 de Maio de 1841”.

⁷ MESQUITA, Paulo Dá, ob. cit., pp. 470

⁸ O artigo 233º do CPP de 1929 quando enuncia, “ às testemunhas será perguntado o modo porque souberam o que depõem” vem realçar que o fundamento destas perguntas é avaliar melhor o valor do depoimento da testemunha. A lei é exigente quando diz que não se deve escrever o que a testemunha diz quando esta não indique a razão de ciência, mas pode haver vantagem, segundo a opinião de Luís Osório, em o escrever, para melhor avaliar a credibilidade da testemunha, pois pode traduzir-se numa prova evidente da paixão com que depõe mas apenas isso, pois não prova o facto probando”.

⁹ PINTO, Frederico de Lacerda Da Costa, ob. cit., pp.1046

Assim, questionava-se a testemunha de ouvir dizer quanto à origem do facto percebido para aferir da sua viabilidade, tudo em prol da descoberta da verdade para em sede de julgamento o julgador dispor de toda a informação necessária à livre apreciação da prova orientada a uma decisão justa e coerente. Se na respectiva recolha do depoimento existisse algum vício, não incorreria numa proibição de prova mas numa invalidade processual por força do vício que teria sido praticado na sua inquirição ou registo, prescrevendo assim um específico método de proceder à inquirição e ao registo dos depoimentos. Portanto o testemunho de ouvir dizer poderia ser valorado, sendo contudo inválido o depoimento que não referisse a razão de ciência.

Esta especificidade de procedimento traz à colação a linha de continuidade entre a doutrina da Novíssima Reforma Judiciária e o CPP de 1929. Navarro Paiva¹⁰ defende que o testemunho de ouvida é muito inferior ao testemunho directo. Assim se X declara que Y lhe narrou tal facto, o depoimento de X apenas prova que Y lhe referiu aquele facto mas não prova que Y disse a verdade. Contudo este menor valor apesar de atendido, poderá não ser decisório pois o veredicto final apoiar-se-á na íntima convicção do juiz, pois esta sendo livre e espontânea não está sujeita às regras estabelecidas na lei, resultando somente dos impulsos da sua consciência e da experiência da vida comum.

Enquanto Navarro de Paiva¹¹ sustentava que a regra de questionar sobre a razão de ciência à testemunha mantinha-se numa exigência procedimental no julgamento, diferentemente Luís Osório¹² considerava que esta indagação também deveria ter lugar no corpo de delito para a descoberta da verdade, pois assim tinha-se uma maior investigação e poderia levar a uma corroboração do depoimento, o que não acontece na audiência de julgamento.

Esta intenção de não aplicar a regra de chamar a depor a fonte originária no julgamento, que é inerente à utilização do ouvir dizer, não era aceite na doutrina e na jurisprudência pois, unanimemente era considerado que a norma deveria ser aplicada à fase do julgamento.¹³

¹⁰ MESQUITA, Paulo Dá, ob. cit., pp. 472

¹¹ PINTO, Frederico de Lacerda da costa, ob.cit.pp.1046

¹² Mesquita, Paulo Dá, ob, cit. pp.472

¹³ MESQUITA, Paulo Dá, ob. cit., pp. 473

As reservas da doutrina nacional em relação à admissibilidade desta forma de testemunho em processo penal aumentaram na segunda metade do século XX. Cavaleiro Ferreira¹⁴ condicionava a validade da prova testemunhal ao depoimento em juízo de pessoa com conhecimento directo do facto probando, isto num processo penal que se ultimava o princípio da imediação como factor de certeza judicial e exacta compreensão da prova.

Após a aprovação da Constituição de 1976, e apesar de esta não ter regulado de forma directa a problemática do depoimento indirecto, não tardou a que o testemunho de ouvir dizer viesse a ser abalado com uma publicação, em 1981, de um parecer de Costa Andrade¹⁵ onde se defende uma proibição absoluta da utilização do testemunho de ouvir dizer na fase de julgamento. Este parecer foi escrito em 1979 e veio analisar as situações em que várias testemunhas são interrogadas não sobre os factos mas sobre o que se diz. Segundo o seu parecer, a admissibilidade do testemunho de ouvir dizer previsto no artigo 233º do CPP de 1929 deveria ser limitado à fase da investigação, pois o artigo só o referenciava nessa fase processual, não o admitindo em julgamento, isto fundamentalmente por três razões: a lei não prevê o depoimento indirecto na fase de julgamento apenas na fase de corpo de delito (na instrução) pelos limites do contraditório e da imediação, e essencialmente pelas exigências da Constituição de 76.¹⁶

Daí que não se possa desatender ao significado da ostensiva diferença, entre o interrogatório das testemunhas no quadro do corpo de delito e às relativas ao interrogatório na fase de julgamento. Portanto na instrução tratava-se de recolher o máximo de elementos susceptíveis de consolidar uma suspeita quanto à prática do crime. No julgamento trata-se inversamente de procurar a verdade material com as limitações existentes dum pleno direito de defesa, assegurado através da estrutura acusatória, dos princípios da *cross examination* (contra-interrogatório) e da imediação. Por isso previu para a instrução a hipótese do testemunho de ouvir dizer, não concretizando o mesmo para o julgamento, pois seria intolerável admiti-lo num processo acusatório sob pena do legislador ‘fechar’ os olhos ao perigo da intervenção em julgamento de voz anónima e sem rosto do que se diz. Conclui-se que sobre os testemunhos de ouvir dizer na fase de julgamento impende uma proibição de prova, o que leva à inadmissibilidade do testemunho de ouvir dizer, e num segundo momento à inadmissibilidade da sua valoração, caso os meios proibidos de prova sejam utilizados.

¹⁴ PINTO, Frederico de Lacerda Da Costa, ob.cit., pp 1046

¹⁵ ANDRADE, Manuel Costa, “Parecer” in CJ VI, 1981, pp. 6-9

¹⁶ Exigências de um processo de estrutura acusatória, integrando os princípios da imediação e do contraditório

Esta tese foi apoiada por Figueiredo Dias¹⁷, sendo apenas expressão de dúvidas para este autor quanto ao efeito à distância¹⁸ relativamente a outros meios de prova. Através do testemunho de ouvir dizer, vem reforçar a ideia do sancionamento enquanto proibição de prova, que não se deve prender com um efeito à distância, visto não se tratar de garantia da dignidade humana.

A solução acolhida no actual Código Processo Penal Português não veio a ser a de interdição absoluta do testemunho de ouvi dizer, mas sim de uma admissibilidade condicionada que tem sido pacificamente aceite.

¹⁷ MESQUITA, Paulo Dá, ob. cit., pp. 478

¹⁸ “Segundo a teoria dos frutos da árvore envenenadas, as provas que atentam contra os direitos da liberdade arrostam com um efeito à distância que consiste em tornarem inaproveitáveis as provas secundárias a elas causalmente vinculadas, a menos que essas provas tivessem sido obtidas directamente, mesmo na falta da prova nula, através de um comportamento lícito alternativo”. Assim designadamente Valente, Manuel Monteiro Guedes, processo penal, Tomo I, 3ª edição, Almedina 2010, pp.568 e no mesmo sentido Mendes, Paulo Sousa, “As proibições de prova no processo penal” in jornada de direito processual penal e direitos fundamentais, Almedina pp.152

2. O Regime actual

2.1. O âmbito de aplicação do depoimento indirecto

Nos termos do actual artigo 129.º do CPP o depoimento indirecto consiste na revelação processual de factos que não foram objecto de conhecimento directo da testemunha que os vai relatar em Tribunal, tendo origem numa informação que lhe foi transmitida por outra pessoa.¹⁹

O artigo 129.º do CPP não vem proibir o depoimento indirecto, mas condiciona a possibilidade da sua utilização processual. A lei portuguesa não criou, portanto uma proibição de obtenção de prova nestes casos, mas sim uma proibição de valoração do depoimento indirecto, na parte em que a fonte da informação não seja chamada a depor, impondo assim uma proibição de fundamentação da decisão com base nesse meio de prova.

A proibição será absoluta sempre que a testemunha que faz o depoimento indirecto não saiba identificar a pessoa ou fonte do seu conhecimento, ou se recuse a fazê-lo (n.º 3 do artigo 129.º do CPP). A indicação da fonte de informação conhecida pela testemunha de ouvir dizer é um acto de natureza funcional; ou seja, não é necessariamente uma identificação completa, bastando a indicação de elementos que permitam a localização da fonte a chamar a depor²⁰.

Nos casos do nº3 do artigo 129º do cpp (depoimento indirecto) devemos ter em conta dois pontos frágeis: a testemunha de ouvir dizer não conhece directamente os factos que relata ao tribunal e a fonte de informação permanece desconhecida por decisão sua, o que impede a aferição da sua credibilidade e da razão de ciência. Esta recusa ou impossibilidade de identificação da fonte originária afectam não só a possibilidade de provar o facto probando, mas também a possibilidade de contraditório sobre o facto em causa.

¹⁹ No mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 11-02-2008, C.J., 1, pág.296 em suma no ponto I: “quando a testemunha relata em tribunal aquilo que ouviu da boca de outra pessoa, o depoimento é directo porque a testemunha dele teve conhecimento directo por o ter captado por intermédio dos seus próprios ouvidos”.

II- “ Estando em causa a autoria de uma agressão, se o relato da testemunha é o que ouviu ao ofendido, o seu depoimento é indirecto, na medida em que relativamente a essa autoria, a testemunha não possui conhecimento directo”, consultado em CASTRO, Rui da Fonseca e, *Processo Penal – Julgamento*, 2ª edição, Quid Juris, , Lisboa , 2013, pp. 142.

²⁰ TEIXEIRA, Carlos Adérito, «Depoimento indirecto e Arguido: Admissibilidade e Livre valoração *versus* Proibição de Prova» in *Revista do CEJ* n.º 2, pp. 134

Nos casos em que funciona a permissão condicionada, o depoimento indirecto e respectiva valoração ficam dependentes da verificação de um facto autónomo. Quando uma testemunha vem depor sobre algo que é do conhecimento de um terceiro, sendo este que tem conhecimento directo do facto, esse depoimento da testemunha com conhecimento indirecto feito em audiência não pode ser convertido em prova do facto probando, excepto quando ocorra uma das situações previstas na lei ou o terceiro seja chamado a depor.

Estas excepções são as cláusulas que levam à possibilidade de utilização do testemunho de ouvir dizer enquanto meio de prova, como resulta inequivocamente do n.º 1 do referido artigo 129.º do CPP, na parte em que dispõe: *“Se o depoimento resultar do que se ouviu dizer a pessoas determinadas, o juiz pode chamar estas a depor. Se o não fizer, o depoimento produzido não pode, naquela parte, servir como meio de prova, salvo se a inquirição das pessoas indicadas não for possível por morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de serem encontradas.”*

Se a fonte for chamada a depor, a prova do facto acabará por ser feita através do depoimento desse terceiro, que é a fonte primária do conhecimento relevante para o processo e para a descoberta da verdade. O depoimento da testemunha de ouvir dizer acaba por ser um conhecimento de investigação, que vai permitir chegar à fonte primária da informação, e além disso é indiciador do nível de credibilidade das duas testemunhas, pois pode haver divergência dos dois depoimentos, conforme veremos *infra*.

A solução adoptada pelo legislador português assenta, pois, na admissibilidade do depoimento indirecto, condicionada à verificação de uma das situações contempladas no artigo: o depoimento da fonte originária ou, um caso de impossibilidade fáctica de a mesma depor: *“Se o depoimento resultar do que se ouviu dizer a pessoas determinadas, o juiz pode chamar estas a depor. Se o não fizer, o depoimento produzido não pode, naquela parte, servir como meio de prova, salvo se a inquirição das pessoas indicadas não for possível por morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de serem encontradas”*, o que comporta, de forma implícita, uma interdição da sua valoração nas demais situações.²¹

²¹ Para além destas situações, TEIXEIRA, Carlos Adérito, ob.cit., pp.139, enumera outras que podem ser aplicadas por analogia à parte final do n.º1 do artigo 129.º: “os casos em que a fonte originária se encontra em estado de coma, com amnésia total, com um problema físico ou clínico absolutamente incapacitante ou uma situação traumática que desaconselhe em absoluto a prestação de depoimento, (alguns casos de vítimas menores de crimes sexuais)”

A solução constante da parte final do n.º 1, do artigo 129.º, ao admitir a valoração do depoimento indirecto em virtude da impossibilidade da fonte originária ser encontrada, suscitou controvérsia, na medida em que se fica sem se entender até que ponto esta impossibilidade pode ir e como deve ser delimitada.

Se, relativamente à morte e anomalia psíquica, se entende que se trata de impossibilidades absolutas da fonte originária ser inquirida e de se alcançar tal informação, nos demais casos tal não é igualmente perceptível. Daí que relativamente a estas situações se deva atender a uma impossibilidade relativa²², sendo que a mesma deve ser aferida no caso concreto, tendo em conta um nível de razoabilidade de tempo útil nas diligências da localização, e o nível de eficácia e persistência das entidades, cuja colaboração o tribunal solicitou. Neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12-04-2011, tirado no Processo n.º 487/01.4TAVIS.C1²³, delimita a impossibilidade de serem encontradas as pessoas indicadas pela testemunha indirecta, referida na parte final do n.º 1, do art.º 129º do CPP, referindo que não tem de ser uma impossibilidade absoluta, sendo suficiente que, esgotadas todas as diligências tendentes a encontrá-las, não tenha sido possível determinar o seu paradeiro²⁴. Portanto, é de admitir uma impossibilidade relativa, decorrente do insucesso das diligências efectuadas para encontrar tais pessoas no local em que era suposto estarem.

Atento o exposto, há que concluir que a prestação do depoimento indirecto é admissível como meio de prova, podendo estar em causa apenas a sua valoração pelo Tribunal. Decorre daqui que perante um regime de legalidade de prova como o consagrado no nosso ordenamento jurídico (cfr. artigos 125º e 2.º do CPP), se estivermos fora dos casos previstos no artigo 129º, a valoração do depoimento indirecto enquanto meio de prova é processualmente ilegal.

Por conseguinte, o sistema de admissibilidade condicionada que o legislador invocou é moldado em parte pelo sistema *common-law*, em que se distinguem quatro hipóteses: (i) uma primeira consiste na inadmissibilidade do depoimento indirecto, nos casos em que a testemunha de ouvir dizer não identifica a fonte originária (cfr. artigo 129.º, n.º 3) existindo uma proibição absoluta da valoração do depoimento indirecto; (ii) uma segunda hipótese baseia-se naquela em que a testemunha de ouvir

²² TEIXEIRA, Carlos Adérito, ob. cit., pp.136

²³ Consultado em www.dgsi.pt

²⁴ Neste sentido SOUSA, Luís Filipe Pires de, ob. cit. pp.184

dizer identifica a fonte originária caso em que admissibilidade do depoimento indirecto depende do juiz chamar a depor essa fonte originária; (iii) a terceira hipótese é composta pelas excepções previstas na parte final do nº1, do artigo 129.º do CPP “morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de serem encontradas”, cuja admissibilidade se pode configurar como automática; (iv) por fim a quarta hipótese integra um vasto campo de excepções atípicas (que, não estando previstas na lei, devem ser integradas no regime do artigo 129.º) ao condicionamento, basicamente de três ordens: apesar de identificada, a testemunha fonte não comparece por impossibilidade naturalística (coma, estado de amnésia, etc.); a testemunha comparece mas não presta declarações por impossibilidade jurídica, decorrente por exemplo, do privilégio da não auto incriminação e por fim a testemunha comparece mas revela-se indisponível, de forma voluntária ou não, para prestar depoimento (menor de tenra idade, testemunha ameaçada).²⁵

Portanto, um depoimento indirecto que não seja seguido de inquirição da fonte primária da informação não pode, em regra, isto é, sem prejuízo das excepções contempladas no artigo 129.º, ser utilizado como prova para fundamentar a sentença penal quanto ao facto apenas conhecido indirectamente pela testemunha que prestou depoimento.²⁶

Por conseguinte, se o admitíssemos colocar-nos-íamos perante uma ilegalidade processual, por violação das regras da prova testemunhal conforme os artigos 128.º n.º 1 e 129.º n.º 1 do CPP²⁷, pois o que está fora da permissão condicionada, não pode ser utilizado sob pena de contrariar o que está explícito na lei, advindo assim uma proibição de valoração. Apesar de influenciar de forma relevante a decisão do caso, a sua admissibilidade iria atribuir relevância a um conhecimento de alguém que não tem conhecimento directo do facto probando, nem é sujeito às regras de certificação da prova testemunhal (artigos 132.º, n.º 1, alíneas b) e d) e 348.º, n.º 1 do CPP). Por outro lado, não se garante o princípio do contraditório relativamente ao testemunho de ouvir dizer em fase de audiência, pois inutiliza-se o regime do contra-interrogatório da testemunha (artigos

²⁵ TEIXEIRA, Carlos Adérito, ob. cit., pp. 138, e no mesmo sentido SOUSA, Luís Filipe Pires de, ob. cit. pp.181

²⁶ Vide Acórdão do STJ de 09-01-1997 BMJ 463-416 confirma que “ O artigo 129.º do CPP só permite o depoimento que resulta do que foi ouvido dizer a pessoas determinadas, pretendendo a lei que seja determinada a razão de ciência que possa ser sujeito ao contraditório”, consultado em HENRIQUES, Manuel – Leal e SANTOS, Manuel Simas, *Código de Processo Penal Anotado*, Livro III, 1.º Vol., 3ª edição, Editora Rei dos Livros, 2008, pp. 717

²⁷ Para SOUSA, Luís Filipe Pires de, ob. cit. pp.185, nos casos em que seja admitido o depoimento indirecto em violação do condicionalismo imposto pelo artigo 129.º, n.º 1 do CPP, ocorre uma ineficácia probatória permanente, contudo daí não decorre a contaminação de toda a prova subsequente (e, por maioria de razão, toda a prova produzida independentemente do depoimento indirecto).

327.º n.º 2 e 348. n.º 4 do CPP) e ainda porque se iria pôr em causa o princípio da imediação derivado da ausência da fonte primária de informação que é revelada no depoimento indirecto (artigo 355º).²⁸

Deste modo, não se chamando a fonte primária a depor, converte-se um conhecimento extra-processual numa prova que não é produzida em audiência, o que é completamente contra à exigência do contacto directo com os meios de prova em audiência de julgamento para se assegurar que a decisão do Tribunal adira à verdade material, ao contraditório e à efectivação de um debate por todos os sujeitos processuais. Note-se que segundo a letra da lei e, de tudo o que já ficou explícito, o depoimento, na parte em que advém de um conhecimento indirecto, não vale em julgamento para formar a convicção do tribunal, retirando-se tal ilação do artigo 355º, nº 1 do CPP.

²⁸ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, ob. cit., pp.1054-1055

Capítulo II Enquadramento e admissibilidade do depoimento indirecto enquanto meio de prova

3. Depoimento Indirecto à Luz dos Princípios Constitucionais

Ao aferir a admissibilidade do depoimento indirecto como meio de prova, são chamados a colação alguns princípios constitucionais, tais como o principio da imediação e do contraditório²⁹ onde se encontram plasmados na nossa constituição no artº32 nº 5 da CRP, com total evidencia para a decisão do julgador, os mesmos na ausência da fonte primária da informação acabam por ficar inviabilizados.

O principio de igualdade de armas e prerrogativa contra a auto-incriminação estão também plasmados na nossa constituição.

O principio de igualdade de armas tem que ser cimentado como instrumento de materialização de direitos a favor quer da acusação, quer da defesa, de modo a que se atribua a acusação e a defesa meios juridicos igualmente eficazes que tornem efectivos esses direitos, o principio funcionará como um sensor que determina o maior grau de efectivação das garantias de defesa³⁰

A prerrogativa compreende emanações do conspícuo conceito de dignidade humana (artºs.1º,25º e 26º da CRP).

Em termos imediatos encontra suporte nas garantias do processo penal nomeadamente da presunção de inocência (artº 32º, nº2, da CRP), protecção da integridade moral da pessoa no processo penal (artº32º,nº8),do acusatório (artº32º,nº5 da CRP) e do direito ao processo equitativo (artº20º, nº4, da CRP) interpretado a luz dos princípios da CEDH.

TC considera que está acolhida na CRP:cf. Acórdãos 695/95, 542/97, 304/04,181/05, 155/07 e 228/07.

O tribunal constitucional considerou que amplitude dos deveres informacionais do estado previstos no CPP de 1987 visam assegurar a prerrogativa contra auto-incriminação e embora se possa entrever nas entrelinhas a sua obrigatoriedade constitucional , a mesma não chega a ser

²⁹ No processo criminal, deve ter-se sempre em conta tanto as razões da acusação como as de defesa, segundo Carvalho, Paula Marques, Manual Prático de Processo Penal,8ª edição, 2014,pp.17

³⁰ Seguindo de perto Germano Marques da Silva,in “Curso de processo penal, vol.II e vol.III

peremptoriamente afirmada (v.g. AC.181/05).

Pelo menos , onde exista um contexto de intimidação por via do exercício da força ou da autoridade estadual em particular no direito ao silêncio , como condição de uma efetiva prerrogativa contra auto – incriminação .

A prerrogativa contra a auto – incriminação é um dos principais institutos do direito probatório de raiz anglo –americana , integrado no nosso direito e no continental, mas não se confunde com o direito ao silêncio mas convive com ele, tendo um corolário comum ; abrange o arguido e este tem direito ao silêncio independentemente da auto – incriminação .

Enquanto instituto centrado num modelo anglo americano é perspectivado num sistema mais individualista e menos cooperativista – direitos do individuo invocáveis contra o estado e não regulação do estado sobre o individuo , é um direito geral (na relação entre estado e individuo) , não aparece tão condicionado como o estatuto pessoal do arguido, não depende o seu exercício da regulamentação direta da lei. Conformar a proibição da leitura de declarações cuja obtenção tenha sido feita em violação da prerrogativa.

Como dispõe o artº 132 nº 2 do CPP , “A testemunha não é obrigada a responder a perguntas quando alegar que das respostas resulta a sua responsabilização penal”.

A prerrogativa só se reporta a factos passados , não há incriminação relativa a factos futuros. No compendio legal de 29 não existia equivalência, a regra em vigência 132-nº2 do CPP, onde reflete que não é o estado que faz avaliação do dever de prestar declarações . A pessoa em face da pergunta que lhe é feita , é que faz a própria avaliação , de onde pode fazer cessar o dever de colaboração que de outra forma existiria .

Discute-se o direito a palavra , e o não colaborar com a palavra sob a susceptibilidade de se auto-incriminar . A grande fonte constitucional com grande influencia é no 5º aditamento da constituição norte-americana , mas mesmo assim não são constituídas balizas.

A doutrina diz o seguinte : A prof. Vânia costa ramos ³¹; a prerrogativa devia ser expressamente previsto na CRP, outros autores entendem que já decorre de outros princípios constitucionais .

³¹ Cfr. Vânia Costa Ramos, Corpus Juris

Segundo o prof. Figueiredo Dias³²,

“Um modelo em que as declarações são consideradas como manifestação pessoal do direito de defesa do arguido, disponível, e não como meio de prova sujeita ao dever de verdade, esclarecia ainda, que para além das regras do procedimento, terá de ver-se na proibição que estamos referindo uma autentica e absoluta proibição de prova, com a consequência de ser inadmissível a valoração das declarações prestadas e das indicações que por seu intermédio tenham sido obtidas acerca de outros meios de prova”.

Na imediação³³ o julgador prima por um contacto directo com os meios de prova, não só esse contacto é de extrema importância, pois faz com que o decisor tenha uma observação mais ampla da postura da testemunha, que lhe dará uma maior informação para a descoberta da verdade material, garantido essa consistência do processo com a efectivação dos sujeitos processuais ao contraditório.³⁴

No contraditório³⁵ não basta só discutir as provas, mas o direito de os confrontar, ou seja, o pleno do contraditório traduz-se num debate ou discussão entre a acusação e a defesa, onde as partes em questão apresentam as suas razões de facto e de direito, para cada um alcançar o seu objetivo.³⁶

A controvérsia entre a doutrina e a jurisprudência está bem presente nas decisões do Tribunal constitucional com referencia a este principio pronunciando-se da seguinte forma, o contraditório estará sempre assegurado mesmo que não seja encontrado a fonte primária, pois o mesmo poderá ser efetuado na aplicação á testemunha de segunda mão que passa por um cross-examination por

³² Neste sentido, vide Jorge Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, Coimbra Editora, 2004(reimp.1974), pp.446 e ss.

³³ Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de Abril de 2008, tirado no Processo nº266/08-9, onde se afirma que “o artº 129º nº1 não viola o principio da estrutura acusatória do processo, nem o da imediação nem a regra do contraditório. Este preceito ao admitir o testemunho de ouvir dizer impõe que as pessoas referenciadas nesse depoimento sejam, elas próprias, chamadas a depor. E desse modo garante a imediação e possibilita a cross-examination”, consultado em www.dgsi.pt.

³⁴ Vide Acórdão do STJ, de 3 de Março de 2010, tirado no processo nº886/07.8PLSB.L1.S1, onde se refere que “(.....) assumida a relevância das exigências de contraditoriedade e imediação no processo penal de sistema acusatório, compreende-se a irrelevância que, em principio, é conferida ao depoimento indirecto. A prova testemunhal caracteriza-se pela sua imediação com o acontecimento que se presenciou visual ou auditivamente”, consultado em Castro, Rui da Fonseca, ob. Cit. Pp. 141.

³⁵ Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes e Moreira, Vital; *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007, pp. 523, onde afirma que : “relativamente aos destinatários existe o dever e direito de o juiz ouvir as razões das partes (da acusação e defesa) em relação a assuntos sobre os quais tenha de proferir uma decisão (....)”.

³⁶ Cfr. Silva, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal III*, 5ª edição, Verbo, Lisboa, 2011, pp. 169.

parte de todos os sujeitos processuais.

Indo mais além o TC³⁷ diz “(.....) sendo este o quadro em que se verificou impossibilidade de ouvir a pessoa indicada como fonte pelas testemunhas de acusação, que, de resto, puderam ser contraditadas pelos recorrentes; não havendo nenhum facto cuja prova tenha assentado exclusivamente nos referidos depoimentos indirectos; e sendo estes depoimentos apreciados pelo tribunal com a prudência que a impossibilidade de ouvir a fonte impõe e de acordo com as regras da lógica e da experiência é razoável e proporcionado que esses depoimentos sejam valorados como meios de prova”.

Sendo assim o TC legitima perante a CRP a admissibilidade do depoimento indirecto na ausência da fonte originária como dispõe o artº 129 nº1 in fine.

Segundo Carlos Adérito Teixeira, quando a afirmação da testemunha de ouvir dizer é reiterada por afirmação de outras testemunhas de segunda mão, pode vir a integrar a matéria de facto provada, dando a mesma credibilidade da fonte, com todo o poder que o judiciário dispõe na procura da verdade material supra referido.

Já Germano Marques da Silva, o contraditório será sempre um bem haja para a produção da prova, neste sentido “ numa participação activa através do interrogatório, e seguindo do contra-interrogatório das testemunhas as provas não são já consideradas como susceptíveis de apreensão unívoca por uma só pessoa (.....), mas como o resultado da investigação dialéctica dos sujeitos em confronto”.

No depoimento indirecto é necessário aferir da credibilidade da testemunha no sentido que na oitiva da mesma o julgador possa concluir por uma decisão que seja mais justa ao caso concreto, pois não deveremos olvidar que será um ouvir dizer.

A testemunha é chamada a depor sobre as suas percepções dos factos e circunstancias passadas quando foram relatadas á sua pessoa, mas não deverá fazer juízos de valor sobre o caso de maneira a não poder influenciar a decisão do julgador.

³⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional de 8 de julho de 1999, proc. N°440/99, sendo conselheiros Messias Bento, José de Sousa e Brito, Alberto Tavares da Costa, Maria dos Prazeres Beleza, Luis Nunes de Almeida.
www.tribunalconstitucional.pt

Com as especificidades já relatadas será necessário que o contraditório incida sobre o facto probando e que o julgador com toda a sua experiência consiga retirar o de melhor para o mérito da causa e sublinho nunca olvidar que está presente uma testemunha de ouvir dizer, por isso a regra é sempre de chamar a fonte originária quando possível , onde fica bem patente o principio da imediação com o pressuposto da livre apreciação da prova como dispõe o artº 127 do CPP.

Como está plasmado no artº32 da CRP que “ o processo criminal assegura todas as garantias de defesa incluindo o recurso”. Tal como defende Germano Marques da Silva (na obra Constituição da República Portuguesa anotada), a primeira parte da referida norma não constitui uma mera norma programática a ser desenvolvida posteriormente pela legislação ordinária, mas significa antes que há-de ser perante as circunstancias concretas de cada caso que se hão-de estabelecer os concretos conteudos dos direitos de defesa, no quadro dos principios estabelecidos na lei. Serão assim todos os meios que em concreto se mostrem necessários para que o arguido se faça ouvir pelo juiz sobre as provas e razões que apresentada em ordem a defender da acusação que lhe é movida.

Ou seja, face aos principios já expostos e tendo como principio primordial do nosso ordenamento juridico ou penal , a presunção de inocência, é essencial que ao arguido sejam conferido não só todas as garantias de defesa previstas na lei e entre as quais se enquadra todos os principios já referidos, como também o direito ao recurso, e o que se revele necessário á sua defesa.

Acresce, que o processo penal rege-se ainda por outro principio nomeadamente o do processo equitativo enquanto “justo processo” (“fair trial” ; “due process”), é integrado por vários elementos,um dos quais se traduz na confiança dos interessados nas decisões de conformação ou orientação processual e no seguimento do qual os interessados não podem sofrer limitação ou exclusão de posições ou direitos desfavoráveis , com os quais não poderiam contar.

O estarmos perante um principio de confiança na boa ordenação processual determinada pelo juiz.

O “justo processo”, presssupõe que os sujeitos processuais usem os seus direitos e cumpram os seus deveres com probidade, na procura da realização da justiça e da obtenção de uma decisão justa.

Contudo, impõe como contra-partida ás Autoridades que dirigem o processo seja em que fase processual for, um maior rigor das regras de maneira que não haja projecção de efeitos processualmente desfavoráveis em quem confiou no rigor e na regularidade legal de tais actos.

Só assim, no ambito de um estado de direito poderá estar assegurado as garantias de defesa do arguido, sempre com fundamento na presunção da respectiva inocência.

4. Deveres dos Tribunais na investigação do crime

No regime do depoimento indirecto ressalta ainda o princípio da investigação, principalmente nos casos em que as “pessoas determinadas” ou não foram arroladas sendo a sua inquirição possível, ou tendo sido ouvidas não foram inquiridas sobre o teor do que lhes foi dito (pela testemunha de ouvir dizer). E, é aqui que surge a questão de se saber até onde poderá ir o dever de acção do Tribunal de Julgamento para a descoberta da verdade.

Concordamos, com a doutrina³⁸ quando esta entende que o chamamento da fonte originária não é uma faculdade, mas um dever.³⁹

Apesar de o elemento literal do artigo sugerir que se trata de uma mera faculdade (“*o juiz pode chamar estas a depor*”) a realidade é que se está perante um poder/dever. E, por várias razões. Desde logo porque o Tribunal perante prova disponível deve analisá-la com o objectivo de encontrar a verdade material. Por outro lado, porque é a partir da fonte originária que se tem o conhecimento relevante, sob pena de se ter que fundamentar esse não chamamento da fonte com base no artigo 97.º, n.º 5 do CPP cuja violação constitui irregularidade (artigos 118.º, n.º 2 e 123.º do CPP). Se por outro lado existir uma total omissão de chamar a fonte originária, tal constitui uma violação dos artigos 129.º e 340.º, dada a necessidade de produção de todos os meios de prova fundamentais à descoberta da verdade material o que poderia estabelecer uma nulidade sanável nos termos do artigo 120.º n.º 2 d), segunda parte do CPP.⁴⁰

Carlos Adérito Teixeira considera que em prol do princípio da investigação nos termos do artigo 340.º, n.º 1 do CPP “*o Tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa*”.⁴¹

³⁸ Nesse sentido, TEIXEIRA, Carlos Adérito, ob. cit., pp. 131-135 e PINTO, Frederico de Lacerda Da Costa, ob.cit., pp. 1057

³⁹ Em sentido contrário vide Acórdão de STJ de 11-07-1991 in CJ, XVI, T, 4 consultado em HENRIQUES, Manuel – Leal e SANTOS, Manuel Simas, ob. cit., pp.714

⁴⁰ PINTO, Frederico de Lacerda Da Costa, ob. cit. pp. 1058

⁴¹ Cfr. Código de Processo Penal, Vinício Ribeiro, 2ª edição, Coimbra Editora

Se, no seguimento do chamamento da fonte originária, esta for também uma testemunha de ouvir dizer, tal facto obriga o tribunal a interrogar a fonte desta. Se se proceder à inquirição e mesmo assim se verificar que por sucessivas vezes estamos perante uma testemunha de ouvir dizer, neste caso estaremos perante rumores, prova inadmissível pelo artigo 130.º, n.º 1. O depoimento indirecto em cadeia só será admissível se for possível chegar à fonte originária sem interrupções, daí que a impossibilidade da fonte ser encontrada e as outras cláusulas previstas no artigo 129.º n.º 1 parte final só devem ser atendidas quando ocorrem com a fonte originária, e não em testemunhas de ouvir dizer intermediárias.

Para além deste poder/dever suscita-se ainda a questão de saber se a fonte originária para além de ser chamada a depor deve comparecer em audiência e prestar depoimento de acordo com as exigências legais. Por um lado, tanto Carlos Adérito⁴² como Costa Pinto⁴³ defendem que basta que o Tribunal diligencie de forma a obter o depoimento da fonte originária, não sendo necessária a efectividade do depoimento da fonte em seguimento da confirmação da conversa mantida com a testemunha de ouvir dizer ou coincidência entre os conteúdos dos depoimentos, pois essa congruência entre testemunhos deve ficar sujeita à livre apreciação do Tribunal. Contudo, não obstante o que foi referido, se possível não se deve prescindir que a fonte originária compareça em juízo de forma a garantir a disponibilidade para revelar os conhecimentos que tem do facto e que a mesma seja sujeita aos princípios da imediação e do contraditório.⁴⁴

Caso a fonte originária seja chamada ao processo, ou é impossível encontrá-la para que possa ir depor ou ela comparece em audiência. Contudo, a proibição de valoração inerente ao artigo 129.º cessa de imediato apenas com o chamamento a depor da fonte originária, mesmo que posteriormente a mesma se recuse legitimamente a depor, pois a valoração não depende do conteúdo do depoimento da mesma. Portanto, para valorar o depoimento indirecto apenas é necessário que a fonte originária compareça em juízo e seja confrontada com as questões dos sujeitos processuais independentemente de responder ou não às mesmas.

⁴²Cfr. TEIXEIRA, Carlos Adérito, ob. cit. pp. 139-142

⁴³Cfr. PINTO, Frederico de Lacerda Da, ob.cit, pp.1058-1059

⁴⁴ No mesmo sentido, SOUSA, Luís Filipe Pires de, ob. cit., pp.182, considera que essencial é que a testemunha compareça em juízo e possa ser inquirida pelos sujeitos processuais, independentemente de responder ou não às questões que lhe são dirigidas

Daí que Costa Pinto⁴⁵ defenda que o facto de a fonte originária se recusar a depor com base no regime legal de segredo (artigo 135.º a 137.º do CPP) ou alegar uma causa legítima derivada da lei (artigo 132.º n.º2 ou 134.º do CPP), não impede a valoração do depoimento indirecto, ficando posteriormente sujeito às regras gerais da apreciação de prova constantes no artigo 127.º do CPP.⁴⁶ Convém, no entanto, notar que, o facto de não se fazer cessar a proibição de valoração do depoimento indirecto nestes casos, não permite que o depoimento directo seja suprimido em benefício do testemunho de ouvir dizer, pois cada um desses testemunhos será apreciado conforme as regras gerais de livre convicção, o que permite considerar ou desconsiderar qualquer um dos depoimentos, não existindo qualquer tipo de hierarquia entre um e outro.⁴⁷

Paulo Dá Mesquita, na sequência da obrigatoriedade do dever de chamar a fonte originária, admite que se esta se recusar ilicitamente a depor, o depoimento indirecto é valorado automaticamente.⁴⁸ Se, por outro lado, a recusa em audiência for legítima, proíbe-se o que uma testemunha de ouvir dizer possa ter dito em declarações processuais nos termos do artigo 356.º, n.º 6 do CPP. Se a fonte originária se remeter ao silêncio é lógica a proibição das declarações processuais de uma testemunha de ouvir dizer. Contudo, isso não significa que se inutilize automaticamente o que a fonte originária possa ter dito em declarações extra-processuais, daí a separação sistemática entre declarações processuais e não processuais.⁴⁹ Em sentido contrário, Carlos Adérito Teixeira considera que o facto de a fonte originária se recusar ilegítima ou legitimamente, ou até mesmo se a mesma invocar o regime do segredo profissional, não proíbe a valoração do depoimento indirecto pois prevalece a descoberta da verdade.⁵⁰

⁴⁵ Cfr. PINTO, Frederico de Lacerda Da Costa, ob. cit., pp.1060, em sentido contrário ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, pp. 360

⁴⁶ No mesmo sentido afirmou-se no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 03-02-2014, tirado no Processo n.º 693/12.6JABRG.G1 pontoII, que “Sendo a testemunha fonte chamada a depor, o depoimento indirecto pode ser valorado, mesmo nos casos em que aquela se recusa, lícita ou ilicitamente, a prestar depoimento ou em que, por exemplo, diz nada se recordar.”. Da mesma forma SOUSA, Luís Filipe Pires de, ob. cit.pp.184-185, admite que se assim não fosse estar-se-ia a conferir à testemunha fonte um poder de controlar a admissibilidade da valoração do depoimento indirecto.

⁴⁷ Neste sentido SOUSA, Luís Filipe Pires de, ob. cit. pp. 183, afirma que o valor de cada meio de prova deve ser fixado pelo Tribunal segundo a concreta credibilidade que suscitar.

⁴⁸ Cfr. MESQUITA, Paulo Dá, ob. cit.,pp. 548

⁴⁹ MESQUITA, Paulo Dá, ob. cit.,pp.550, no mesmo sentido ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit., pp. 880

⁵⁰ Cfr. TEIXEIRA, Carlos Adérito, ob. cit., pp. 149

No caso de a fonte originária depor, em que testemunho o Tribunal vai apoiar a sua decisão se o testemunho de ouvir dizer e o directo forem contraditórios?

A este propósito, Adérito Teixeira⁵¹ entende que existindo uma contradição não há obstáculo em valorar o testemunho de ouvir dizer. Já Pinto de Albuquerque⁵² considera que admitir o testemunho de ouvir dizer seria intolerável, pois ir-se-ia consubstanciar numa tentativa de contornar o princípio da imediação. Portanto, na opinião deste autor, deve-se atender somente ao testemunho directo. Em sentido contrário, Paulo Dá Mesquita⁵³ considera este argumento de Pinto de Albuquerque inaceitável, visto que para além das proibições expressas no artigo, seria excessivo integrar outras que lá não se encontram. Acrescenta ainda o autor que, quanto aos documentos, a carência do princípio de imediação também existe e não é por isso que são sujeitos a uma proibição de valoração. Nos casos previstos no n.º 1, do artigo 129.º, sucede o mesmo, pois vigora a impossibilidade de inquirição da fonte originária; logo, por essa linha de ideias, deveria ser lhes aplicada a proibição? É com base nestas questões que o autor justifica a admissibilidade do testemunho de ouvir dizer.

Simas Santos e Leal Henriques admitem que *“se sente a necessidade de uma confirmação do depoimento indirecto, com a consequente audição das pessoas a quem se ouviu dizer, visto que o mérito de qualquer testemunho tem muito a ver com a razão de ciência da própria testemunha.”*⁵⁴

A minha opinião, vai ao encontro, da de Carlos Adérito Teixeira, pois existindo dois depoimentos contraditórios, deve-se valorar os dois, ficando ambos sujeitos à livre apreciação do julgador, que mediante outros meios de prova e a sua convicção, deve assentar a decisão naquele que se ajustar como o mais verdadeiro.

⁵¹ Cfr. TEIXEIRA, Carlos Adérito, ob. cit., pp. 140-141

⁵² Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit., pp.360

⁵³ Cfr. MESQUITA, Paulo Dá, ob. cit., pp. 537

⁵⁴ Cfr. HENRIQUES, Manuel – Leal e SANTOS, Manuel Simas, ob. cit. pp.713, no mesmo sentido o Acórdão de 12-05-2010 do Tribunal da Relação do Porto tirado no Processo n.º 402/07.1PBVRL.P1, delimita que o depoimento por ciência indirecta só depois de ser confirmado é que se torna válido como meio de prova.

5. Situações afins do depoimento indirecto

Existem situações que pela sua natureza não se reconduzem ao conceito de depoimento indirecto, mas estão muito próximas. É o caso do depoimento da testemunha que relata aquilo que percepcionou directamente no contacto com a fonte originária, pois captou o facto por intermédio dos seus sentidos.⁵⁵

Por outro lado, quando o relato de um crime de violência doméstica é feito pela pessoa a quem a vítima contou o crime que sofreu, esse depoimento pode ser usado para demonstrar a congruência do que a vítima narra em tribunal com o relato que fez logo após o crime ter sido praticado ou até mesmo para corroborar a prova de que a vítima não consentiu o facto. Nestes casos não se trata de depoimento indirecto, pois a testemunha relata algo de que tem conhecimento directo, a conversa que manteve com a vítima, sendo esse testemunho usado para aferir da credibilidade da mesma.⁵⁶ Questão diversa é a da prova da agressão em si, sobre a qual a testemunha não tem conhecimento directo pelo que tal depoimento não é idóneo para demonstrar a agressão em si sem prejuízo do seu relevo em articulação com o depoimento da vítima.⁵⁷

Portanto, os casos elencados traduzem-se em situações que não se enquadram no âmbito de aplicação do artigo 129.º do CPP, pelo que não se verifica quanto a elas a proibição de valoração.

O outro tipo de situações pode ser o de alguém, que na medida em que não constituem verdadeiro

⁵⁵ Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 11-02-2008 tirado no Processo n.º 2181/07-1 consultado em PINTO, Frederico Lacerda da Costa, ob. cit., pp. 1063. No mesmo sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob.cit., pp.362, afirma que é admissível o depoimento da testemunha sobre as circunstâncias de tempo, espaço e modo, do seu contacto com a testemunha fonte ou sobre o estado físico ou psicológico desta, pois nestes casos há um depoimento directo e, no mesmo sentido Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 25-02-2009 tirado no Processo n.º 736-08.8GAEPS.G1

⁵⁶ Neste sentido TEIXEIRA, Carlos Adérito, ob. cit., pp. 153-154, relata que quando a testemunha indirecta se mostra bem posicionada para colher a informação da testemunha fonte no primeiro relato posterior à violência, roubo, etc., este depoimento é mais emotivo, genuíno, espontâneo, tratando-se de um depoimento directo.

⁵⁷ SOUSA, Luís Filipe Pires de, ob. cit. pp.179

depoimento indirecto, pouco antes de morrer revela um facto relevante, em que relata ser ele o autor desse facto criminoso, ou saber quem o tenha praticado. Ora, nestes casos, estando a fonte originária em estado terminal, por força de necessidade de prova as suas declarações devem chegar ao processo, mesmo que se prescinda do chamamento da fonte originária.

Embora rigorosamente estas situações não sejam qualificáveis de depoimento indirecto, a possibilidade da valoração do depoimento indirecto quando não seja a depor a fonte originária é controvertida. Paulo Pinto de Albuquerque valoriza o elemento literal do artigo 129.º (o que não inclui estas hipóteses). Para concluir pela possibilidade de valoração do depoimento indirecto nestes casos, Adérito Teixeira considera que, para além das situações expressas no teor literal do artigo 129.º, outras há a considerar. Em suma, enquanto o primeiro autor restringe o âmbito de aplicação do artigo ao seu elemento literal, não permitindo qualquer alargamento desse âmbito, já Carlos Adérito Teixeira mostra alguma abertura ao alargamento interpretativo das situações sujeitas aquele regime.⁵⁸

Costa Pinto, por sua vez, embora admita em abstracto a possibilidade de aplicação analógica do artigo 129.º a outros casos substancialmente idênticos aos aí expressamente previstos, entende que não será este o caso, por nestas hipóteses se tratar de questões não análogas as que estão previstas naquele artigo.⁵⁹

Esta última perspectiva parece-me essencialmente correcta, pelo que concluo, como Costa Pinto, que não se justifica alargar o âmbito de aplicação do artigo 129.º do CPP aos casos que agora estamos a considerar.

Esta posição não impede, contudo, antes pelo contrário que concordemos com Carlos Adérito Teixeira, quando este autor defende a aplicação analógica do artigo 129.º aos casos de: “*os casos da fonte se encontrar em estado de coma, com amnésia total, com um problema físico ou clínico absolutamente incapacitante ou uma situação traumática que desaconselhe em absoluto a prestação de depoimento* (alguns casos de vítimas menores de crimes sexuais)”.⁶⁰

⁵⁸PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, ob. cit., pp. 1067

⁵⁹PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, ob. cit., pp.1068

⁶⁰Cfr. TEIXEIRA, Carlos Adérito, ob. cit., pp. 137 e ss e, no mesmo sentido SOUSA, Luís Filipe Pires de, ob.cit.pp.184

De acordo com o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 25-05-2009, “(..) só se considera depoimento indirecto, se a pessoa que faz o relato, não assistiu ou presenciou a ocorrência, ou seja se entre A e B se desenvolve uma conversa, a que C pessoalmente assiste, mas na qual não intervém, apesar de o seu depoimento resultar do que ouvir dizer de pessoas determinadas temos como indiscutível que não estamos perante depoimento indirecto, ele esteve presente, viveu a realidade, ouviu as conversas de A e B (...). O critério operativo da distinção entre o depoimento indirecto e directo é o da vivência da realidade que se relata: se o depoente viveu e assistiu a essa realidade o seu depoimento é directo, se não, é indirecto.”

6. Prova Documental no Depoimento indirecto

Dispõe o artigo 129º, nº1 do CPP que :”Se o depoimento resultar do que se ouviu dizer a pessoas determinadas, o juiz pode chamar estas a depor. Se não o fizer, o depoimento produzido não pode, naquela parte, servir como meio de prova, salvo se a inquirição das pessoas indicadas não for possível por morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de serem encontradas.”, e o nº2 do mesmo artigo que “O disposto no numero anterior aplica-se ao caso em que o depoimento resultar da leitura de documento de autoria de pessoa diversa da testemunha”.

Na interpretação do caput relacionando o nº1 e o nº2, do artº129 podemos analisar a forma como a prova documental se expressa no depoimento indirecto e assim teremos um raciocínio na aplicação das regras gerais ao depoimento que resulte da leitura de documento cuja autoria é de alguém que não a própria testemunha.

Nos documentos declarativos levanta-se a mesma questão no depoimento indirecto , na ausência da razão de ciência coloca em causa a veracidade do teor do documento, não se sabe se as palavras proferidas foram emitidas por aquele declarante, pois o documento funciona como um mediador, tal como um mediador humano.

Com o documento só apenas, é impossível o contraditório, na aplicação do artº129 é necessário ter em atenção esta fragilidade no momento que considerarmos se a fonte é o autor do documento ou o próprio documento.

Na primeira situação é logico que a revelação de tal facto pela testemunha, exige que o autor do documento , cujo conteúdo foi revelado seja chamado a depor, só pode ser valorado com as excepções plasmadas na parte final do preceito jurídico em causa.

Na segunda situação a emissão da mensagem constitui o facto probando, e aí ponderamos se as palavras que foram escritas no documento irão constituir crime dando o exemplo (ameaças, injurias etc).

Assim não há dúvidas na aplicação da regra jurídica (129 CPP), pois não existe qualquer limite á utilização do documento como emissor da mensagem.

Ao invés, a situação de alguém que reproduz o conteúdo de um documento de que não é autor e cujo documento está ilegível não é possível a apresentação do mesmo em tribunal, assim aplicar-se-ia o nº1 do artigo 129 do CPP a uma fonte documental.

Verificava-se uma restrição de outro principio (imediação) com a não apresentação do documento o que era contraproducente a valoração do mesmo e aceitação como depoimento indirecto, mas já a parte que a testemunha depõe que esteve em contacto com o mesmo é valorado, pois ai temos um conhecimento directo por parte da testemunha.

As limitações constantes do nº3, para além de se aplicarem ao nº1, por analogia, também se aplicam aos casos do nº2 sempre que a testemunha que relata o conteúdo do documento se recuse ou não saiba proceder á identificação do documento ou do autor do mesmo.

Paulo Dá Mesquita utiliza vários exemplos de como os documentos se podem manifestar no artigo 129 do CPP: A diz que B retirou dinheiro de uma caixa registadora e tal ficou registado num papel manuscrito pelo próprio, logo os problemas concentram-se na prova de um eventual furto e não de um eventual crime de difamação relativo á existência da declaração.

Ou utilizando outro exemplo:(evento Z) a actuação de A é percebida por B e, (evento j) B relata por escrito ao C o evento Z logo, mais uma vez, a utilização do documento neste caso vai servir para provar o evento Z e nunca relativamente ao evento J.

7. Relevância das declarações do arguido extraprocessuais e nas fases preliminares do processo

A temática deste instituto jurídico (depoimento indirecto) acabou sempre por ser discutido em sede de audiência, olvidando as outras fases processuais de extrema importância para aquisição da prova como é em sede de inquérito ou em sede de instrução.

Será de referir que a norma em questão , quando é discutida a sua admissibilidade e os limites impostos pela mesma em audiência de julgamento pelo juiz competente, será idêntica ao que se faz nas fases processuais preliminares, o MP e o JIC ao ter o contacto com o depoimento indirecto, a sua admissibilidade e valoração se faz nos mesmos parâmetros legais?

Segundo Paulo pinto de albuquerque e António Barreiros, o depoimento indirecto tem a sua admissibilidade assegurada nas outras fases processuais como se fosse em sede de audiência de julgamento, com os requisitos necessários para admissibilidade da mesma, com todas as limitações previstas para o enquadramento jurídico da norma supra-referida⁶¹.

Indo mais além, não tinha razão de ser, tanto o MP, quando acusa ou o Jic, quando pronuncia para julgamento tem que observar o principio da legalidade artº125 do CPP, em conjugação com o artº 126 e artº 129 do mesmo compêndio legal, a contrário o facto probando estava ferido de morte por nulidade.

Nas declarações extraprocessuais proferidas pelo arguido (as conversas informais), quando na recolha de informação por parte dos OPC, traz á discussão a controvérsia entre a doutrina e a jurisprudência.

⁶¹Cfr. Albuquerque, Paulo Pinto de, ob. cit., pp. 363, no mesmo sentido Barreiros, José António, “Depoimento policial em audiência penal, Âmbito e limites”, Revista do Instituto Superior de Policia Judiciária e Ciências Criminais, III série, Coimbra Editora, 2004, pp. 31.

Trazendo á colação o artº 356 nº7 do CPP “ os órgãos de policia criminal que tiverem recebido declarações cuja leitura não for permitida, ou quaisquer pessoas que, a qualquer titulo, tenham participado na sua recolha, não podem ser inquiridas sobre o conteúdo daquelas”.

Porém, já assim não é quando os agentes de autoridade obtém conhecimento dos factos por modo diferente das declarações do arguido reduzidos a auto.

A jurisprudência vai nesse sentido no acórdão do STJ de 11 de Dezembro de 1996, publicado no BMJ, pp.462, 299, considerou, como consta do sumário” II- os agentes da policia judiciaria não ficam impedidos de depor sobre factos de que tiveram conhecimento directo por meios diferentes das declarações do arguido no decurso do processo. III- os agentes da policia judiciaria que procederam á reconstituição do crime podem depor como testemunhas sobre o que se terá passado nessa reconstituição , por esta situação não estar abrangida pelo nº 7 do artº 356 do CPP”.

Segundo Paulo Pinto Albuquerque,⁶² o depoimento dos agentes policiais está sujeito a um regime diferente de quaisquer outras testemunhas, em virtude da proibição legal dos artºs 356º, nº7, ou seja não é aproveitado em audiência de julgamento as asserções dos agentes da policia sobre os depoimentos de outros sujeitos processuais como os arguidos, testemunhas, assistentes, ofendidos ou partes civis, sejam elas feitas antes ou depois da abertura formal do inquérito, sendo o agente em causa instrutor ou não do processo, salvo se o depoimento do agente policial ser sobre declarações que ouviu fazer durante a prática do facto criminoso inteiramente licita.

No conhecimento indirecto do facto probando em fases processuais preliminares terá que se ter em consideração, em que momento o OPC teve contato com o arguido, se foi antes da constituição de arguido ou á posteriori , pois é esta destriça que fará a aplicação da proibição de produção de prova como dispõe o artº 357º nº1 al.b)e nº3 e 356º nº1 al.b), em conjugação com o artº 129º do CPP, o mesmo se passa relativamente ao relato do OPC referente á inquirição da testemunha, com força do preceito jurídico 356º nº7 do mesmo compêndio.

⁶² Albuquerque, Paulo Pinto, Comentário do código de processo penal “ á luz da constituição da república e da convenção europeia dos direitos do homem”,p.363 e ss.

Será de salientar, fazendo referencia a uma parte do texto da norma do artº 356º nº7 que não está muito explicito, quando refere “que tiverem recebido declarações”, é do entendimento da doutrina maioritária que o legislador quis dizer não só as declarações mas também todos outros actos processuais da competência dos OPC, seja inquirições ou de outra natureza⁶³. Portanto, a proibição absoluta em audiência de julgamento sobre declarações prestadas pelo arguido ou testemunha cuja produção de prova tenha sido obtido por meio indirecto, quando o mesmo inquiria.

Já difere quando o OPC tem conhecimento do facto extraprocessual, onde não interferiu no processo, obteve conhecimento do facto como um cidadão normal, como muitos outros que ouviram dizer e trazem esse facto às autoridades competentes que depois segue os trâmites legais para a descoberta da verdade⁶⁴.

Carlos Adérito Teixeira entende que as declarações feitas pelo arguido aos OPC no âmbito do processo serão proibidas e não valoradas a sua reprodução pelo OPC em sede de julgamento, como dispõe o artº 356º nº7 ou 357º nº2 do CPP, pois o silencio do arguido é um direito que lhe assiste, já quanto às conversas informais o mesmo autor refere que serão sujeitas a uma sindicância por parte do julgador, indo mais longe refere mesmo sendo a fonte originária o arguido fora do processo terá que se ponderar a valoração da reprodução das declarações do OPC, desde que não haja um enquadramento jurídico nos artigos acima referidos.⁶⁵

⁶³ Barreiros, José António, ob. cit. pp. 21

⁶⁴ Vide Acórdão de 15/11/2000, publicado no BMJ, 501, 175, afirmando que “se em audiência de julgamento os OPC vierem a depor como testemunhas pronunciando-se sobre factos por si apurados antes da participação e não tendo tido eles qualquer intervenção no decurso do processo, não ocorre ofensa do disposto no nº7 do 356º do CPP, consultado em Barreiros, José António, ob. cit. pp. 26

⁶⁵ Cfr. Teixeira, Carlos Adérito, ob. cit., pp.176, no mesmo sentido vide Acórdão do STJ, de 27 de Junho de 2012, tirado do processo nº 127/0.0JABRG.G2.S1, consultado em www.dgsi.pt. Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 01 de Abril de 2009, tirado do processo nº 91/ 04.5PBCTB.C1 onde se relata que I- “nos termos do artº 356, nº7 do CPP, os órgãos de polícia criminal que tiverem recebido declarações cuja leitura não foi permitida não podem ser inquiridas como testemunhas sobre o conteúdo das mesmas, em homenagem ao direito ao silencio do arguido. II- Porém, essa proibição de prova não atinge as declarações dos órgãos de polícia criminal sobre factos e circunstâncias de que tenham obtido conhecimento por meios diferentes das declarações do arguido (ou outro interveniente processual), que não possam ser lidas em audiência, mormente no decurso de prova por reconstituição do facto, enquanto meio autónomo de prova previsto no artº 150 do CPP. III- As declarações assim prestadas não se pode apontar violação às regras de ponderação do depoimento indirecto, pois, nessas situações, os depoimentos de agentes de autoridade relatam o conteúdo de diligencias de investigação, que perceberam directamente, e não especificamente o que no seu decurso foi dito.”. Disponível em www.dgsi.pt e Acórdão do STJ, de 22 de Maio de 1997, tirado do processo nº 152/97, consultado em Henriques, Manuel- Leal e Santos, Manuel Simas, ob. cit. pp.718.

Em suma, qualquer declaração que seja reproduzida pelo OPC dentro dos formalismos legais no âmbito processual na oitiva ao arguido ou a outro sujeito processual tendo enquadramento jurídico nos artºs 356º nº7 e 357 nº 2 do CPP não poderá ser valorado em sede de julgamento a contrário estamos perante uma violação dos mesmos, já com referencia ao OPC no seu testemunho extraprocessual, terá que passar pela sindicância sempre do julgador no sentido de saber em que condições o mesmo ouviu o facto iter criminis ou se o presenciou, e aí estamos perante um depoimento fora do âmbito do artº 129 do CPP, e dos artºs já mencionados, pois nesse sentido a valoração do depoimento.

Relativamente ao silêncio do arguido a doutrina é pacífica, vai no sentido que o silêncio subentende o direito á não auto incriminação, e este silêncio em circunstância alguma pode ser valorado como indício de culpa.

Como escreve Germano Marques da Silva “ se o arguido se negar a prestar declarações ou a responder a algumas perguntas, seja qual for a fase do processo, o seu silêncio não poderá ser valorado como meio de prova pois está legitimado como exercício de uma defesa que em nada o poderá desfavorecer”.

Está bem presente na doutrina que o arguido deve ser considerado um “sujeito” do processo e não como objeto, do que resulta o direito ao silêncio que lhe assiste, diretamente relacionado com o princípio de inocência, sendo que só as afirmações por ele produzidas no integral respeito de decisões de sua vontade podem ser utilizadas como prova.⁶⁶

⁶⁶ Germano marques da Silva “in curso de processo penal II, pp. 169

Capítulo III Âmbito do Depoimento Indirecto

8. Âmbito Subjectivo do Depoimento Indirecto

Para além do que já se disse é necessário delimitar o âmbito subjectivo do depoimento indirecto. Tudo o que já foi dito tem muitas implicações no depoimento indirecto, pois não faz sentido uma testemunha de ouvir dizer ser um sujeito processual, visto que não é verdadeiramente uma testemunha. Da mesma forma, não é configurável um testemunho de um sujeito processual sobre o que ouviu dizer de outro sujeito processual, neste caso do arguido, pois as suas declarações apenas são decisivas quando prestadas em julgamento.⁶⁷ No depoimento indirecto está em causa o que uma testemunha ouviu dizer de outra testemunha.

Aquilo que se questiona é se, para se estar perante um depoimento indirecto real, a fonte originária deve ser obrigatoriamente uma testemunha, ou poderá ser qualquer sujeito processual, inclusive o arguido? Primeiramente, quanto ao assistente e partes civis, observando os estatutos destes sujeitos processuais é notório que sobre eles se impõe o impedimento de deporem como testemunha, tal como prevê o artigo 133.º do CPP. Contudo, em relação a estes sujeitos também vigoram os princípios da imediação, contraditório e acusatório, tal como para a testemunha, pois têm o dever de depor primando pela verdade. Portanto, não se vislumbra qualquer impedimento ao assistente bem como às partes civis, de constituírem a pessoa determinada a quem o juiz deve chamar, em prol do depoimento que anteriormente foi prestado por uma testemunha de segunda mão.⁶⁸

Numa concepção restrita relativamente a estes dois sujeitos processuais, pronunciou-se Paulo Pinto de Albuquerque, que considera proibida as declarações do assistente bem como das partes civis como fonte originária⁶⁹. Na sua opinião, o legislador diferenciou cada regime relativo à inquirição

⁶⁷ CUNHA, José Damião da, ob. cit., pp. 438

⁶⁸ MESQUITA, Paulo Dá, ob. cit., pp. 546

⁶⁹ Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit., pp. 361

das testemunhas (artigo 138.º e 348.º), às declarações do assistente, partes civis (art.º 145.º, 346.º e 347.º) e ao interrogatório do arguido (artigo 141.º a 143.º e 343.º). O artigo 129.º do CPP, quando se refere a uma inquirição da pessoa determinada, reporta-se somente às testemunhas logo não vale como prova o depoimento indirecto de uma testemunha sobre o que se ouviu dizer de um assistente, parte civil ou arguido e, sendo o artigo 129.º uma norma excepcional, não pode ser aplicada analogicamente ao depoimento de uma testemunha sobre o que se ouviu dizer de um arguido, assistente ou partes civis.

Damião da Cunha caminha na mesma linha orientadora ao referir que, quanto aos sujeitos processuais, são decisivas apenas as declarações processuais prestadas em audiência de julgamento. Defende uma teoria dos sujeitos processuais, em que se deve definir precisamente os papéis de cada sujeito, pois é completamente irrelevante um testemunho sobre o que se ouviu dizer de um sujeito processual. A necessidade de constituição formal de uma pessoa como sujeito processual distingue a sua participação processual da dos restantes participantes processuais, isto comparando o arguido, assistentes e partes civis, que necessitam dessa constituição formal, em detrimento das testemunhas, em relação às quais isso não se verifica.⁷⁰

Assim, para estes dois autores é necessário que a fonte indirecta e a fonte originária sejam testemunhas e que a fonte do conhecimento seja chamada para depor, fixando assim os requisitos necessários para se valorar o depoimento indirecto.

Carlos Adérito Teixeira⁷¹ admite que a fonte originária pode ser testemunha, assistente, parte civil, mas nunca arguido. Um dos argumentos que este autor utiliza é o facto de o arguido não ser sujeito de prova, pois todas as suas declarações funcionam como um mecanismo para a sua defesa. Por outro lado, o n.º 1 do artigo 129.º, no seu elemento literal, consagra que a fonte presta depoimento, traduzindo-se num conceito base da prova testemunhal, o qual é inaplicável ao arguido, pois este, apesar de prestar declarações, é impedido de prestá-las como testemunha. Sendo assim a qualidade de arguido é incompatível com a qualidade de testemunha na mesma pessoa. Para finalizar, sendo o arguido um sujeito que já se encontra no processo, torna-se incongruente chamá-lo a responder sob certa situação, mais ainda, na medida em que este não tem que responder às questões que lhe são colocadas, podendo remeter-se ao silêncio. Acresce que, ao chamar a fonte, se vai aferir a credibilidade do depoimento indirecto, o que com um depoimento do arguido que tem um especial

⁷⁰ Cfr. CUNHA, José Damião da, ob. cit., pp. 436 a 438.

⁷¹ Cfr. TEIXEIRA, Carlos Adérito, ob. cit., pp. 158 a 163.

interesse na decisão da causa esse objectivo iria sair frustrado.

Logo, segundo este autor, em matéria de testemunho de ouvir dizer no que ao arguido respeita, a valoração do seu depoimento obedece ao disposto nos artigos 125.º e 127.º, quanto à livre apreciação da prova, daí decorrendo que o assistente e parte civil podem ser fontes originárias.

O mesmo autor, apesar de se debruçar sobre esta questão, não avalia se esta destrição entre sujeitos processuais também se aplica à testemunha que vem depor em segunda mão.

Paulo Dá Mesquita defende que não existe razão válida para considerar esta equiparação inaplicável quando a própria lei o dispôs nos termos do artigo 145.º, n.º 3 (à prestação das declarações dos assistentes e partes civis ficam sujeitas ao regime da prova testemunhal), sujeitando-os da mesma forma ao dever de responderem com verdade, acrescentado que nada consta no elemento literal do artigo que possa remeter para a obrigatoriedade de a pessoa determinada ser uma testemunha.

Quanto ao arguido a questão não é tão basilar para o autor, pois em virtude do seu estatuto processual, ao arguido não se lhe pode aplicar as regras da prova testemunhal. Em relação ao arguido, existe um conjunto de direitos especiais decorrentes do princípio da prerrogativa contra a não auto-incriminação, em particular dos direitos ao silêncio e da advertência prévia. Daí decorre a exclusão de aplicação do regime do artigo 129.º ao arguido.

Numa perspectiva completamente distinta das já referidas surgiu uma solução ampla que adquiriu expressão na nossa jurisprudência⁷². Esta permite a aplicação do regime do depoimento indirecto à hipótese de o arguido como fonte originária, cujas informações são trazidas a tribunal pela testemunha de ouvir dizer. De acordo com esta jurisprudência o tribunal ao valorar livremente os depoimentos indirectos de testemunhas que relatem conversas tidas com um co-arguido que, chamado a depor, se recusa a fazê-lo no exercício do seu direito ao silêncio, não atinge, de forma intolerável, o direito de defesa do arguido. Por isso tal norma não é inconstitucional, visto que a prova por ouvir dizer, quando reportada a afirmações produzidas extraprocessualmente pelo arguido é passível de livre apreciação pelo Tribunal quando o arguido se encontre presente em audiência e, por isso, com plena possibilidade de se defender.⁷³

⁷² Vide, Acórdão do Tribunal Constitucional tirado no Processo n.º 213/94 de 2 de Março, e no mesmo sentido Acórdão do Tribunal Constitucional tirado no Processo n.º 440/99 de 8 de Julho, disponíveis em www.dgsi.pt/ e www.tribunalconstitucional.pt, respectivamente

⁷³ Neste sentido, SOUSA, Luís Filipe Pires de, ob.cit.pp.186, e da mesma forma vide Acórdão do STJ de 19-09-2012, tirado no Processo n.º 438/07.2PBVCT.G1.S1

Concordando com Costa Pinto⁷⁴ quando este entende que, apesar de existirem impedimentos para o arguido, assistentes e partes civis de deporem como testemunhas, conforme prevê o artigo 133.º, nada impede que apesar de não terem esse estatuto não possam depor como tal, seguindo o que dispõe os artigos 140.º, 145.º e 343.º a 347.º do CPP.

A outra questão que se coloca é a de saber se todos os intervenientes processuais têm de fazer o seu depoimento com base no conhecimento directo que tenham dos factos. Note-se que o artigo 128.º, n.º 1, exige que a testemunha deponha sobre factos de que tem conhecimento directo, e tal exigência reporta-se ao arguido pelo artigo 140.º, n.º 2 em conjugação com o artigo 128.º, e para os assistentes e partes civis (o artigo 145.º, n.º 3 refere o mesmo remetendo para a prova testemunhal). Portanto, se a testemunha prestar um depoimento indirecto, este testemunho fica sujeito ao regime do artigo 129.º, quer se trate de testemunha arrolada pela acusação ou defesa, ficando depois, *a posteriori*, limitada pelas condições impostas pelo regime legal.

Da mesma forma, Costa Pinto coloca-se ao mesmo nível que os outros autores, ao questionar-se: Se o arguido fizer um depoimento indirecto, ficará sujeito ao mesmo regime? Pode ser valorado livremente ou não?

Na sua opinião a admissibilidade de tal depoimento não está sujeita às especificações constantes do regime do artigo 129.º, muito menos à proibição de valoração de prova dele decorrente, tal como está previsto para a prova testemunhal. Note-se que as declarações do arguido consubstanciam um depoimento de uma parte interessada na decisão em causa. Desta forma, constituem um meio de conhecimento que deve servir para investigação autónoma do Tribunal, permanecendo a valoração sob a égide do artigo 127.º. Contudo, não obstante essa livre apreciação do juiz, deve-se chamar a fonte em nome da verdade material e para o exercício do seu direito de defesa.

O mesmo vale quanto às declarações do assistente ou parte civil, pois apesar da remissão do artigo 145.º que já se referiu, este meio de prova é distinto da prova testemunhal.

Portanto, o que foi explicitado por Costa Pinto vai ao encontro da solução restrita, em que o testemunho de ouvir dizer e os sujeitos processuais podem integrar o âmbito do regime do artigo 129.º A questão agora coloca-se quanto à fonte originária e, nesta perspectiva, o autor entende que a testemunha de ouvir dizer é um meio de acesso à fonte do conhecimento directo, logo um

⁷⁴ Cfr. PINTO, Frederico de Lacerda Da Costa, ob. cit., pp. 1079.

depoimento indirecto prestado por uma testemunha que identifica como fonte originária o arguido e outros intervenientes processuais, não pode ser valoradas pelo artigo 129.º pois, nestes casos, a lei atribui a tal meios de prova especificidades que se impõem pelos artigos 140.º e 145.º.

Contudo, também se enfatiza que estas declarações devem ser tidas em conta para a descoberta da verdade, por força do artigo 340.º

Para além do que já foi exposto, importa ainda aferir do direito ao silêncio do arguido e desde logo o artigo 343.º, n.º 1 do CPP refere que o arguido tem direito a prestar declarações mas a tal não está obrigado e, esse silêncio nunca poderá servir para desfavorecer o arguido, visto que este se presume inocente (artigo 32.º, n.º 2 da CRP e artigo 61.º, n.º 1, alínea d)), se o arguido não apresentar nenhuma versão sobre os factos. Portanto toda a colaboração activa do arguido para a descoberta da verdade há-de passar pela sua liberdade esclarecida, pois só alguém livre pode contribuir para a sua condenação, onde deverá recuar o interesse na descoberta da verdade. Daí que o dever de informação e advertência sobre o direito ao silêncio que assiste ao arguido seja tão controverso, que os autores alemães caminham no mesmo sentido que o nosso sistema ao aferir que violando estes dois deveres que devem ser comunicados ao arguido, encaminha-se para uma proibição de valoração⁷⁵.

Figueiredo Dias afirma que *“só no exercício de uma plena liberdade da vontade pode o arguido decidir se e como deseja tomar posição perante a matéria que constitui objecto do processo”*.⁷⁶ Contudo, não há uma consagração constitucional expressa do direito ao silêncio ou da prerrogativa contra a auto incriminação.

O arguido, ao ser interrogado, tem a oportunidade de ser ouvido para apresentar a sua versão dos factos e exercer o seu direito de autodefesa, como também poderá optar por se calar sem que isso seja usado contra ele.⁷⁷ O direito ao silêncio passou a ser aceite como garantia e corolário do princípio contra a não auto-incriminação, *“nemo tenetur se ipsum accusare”*.⁷⁸ O arguido pode recusar responder a perguntas e apresentar elementos de prova, sendo a finalidade primordial

⁷⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 2013, pp. 87-89.

⁷⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 2004 (reimp.1974), pp. 446 e ss.

⁷⁷ *Vide*, Acórdão do STJ de 10-01-2008 tirado no Processo n.º 07P3227: “Tem entendido o Supremo Tribunal de Justiça que o silêncio, sendo um direito do arguido, não pode prejudicá-lo, mas também dele não pode colher benefícios. Se o arguido prescinde, com o seu silencio, de dar a sua visão pessoal dos factos e eventualmente esclarecer determinados pontos de que tem um conhecimento pessoal, não pode, depois, pretender que foi prejudicado pelo seu silêncio”, consultado em CASTRO, Rui da Fonseca e, *Processo Penal – Julgamento*, 2ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2013, pp. 127.

⁷⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, ob. cit., 2009, pp.125 e ss.

proteger o arguido de coacção por parte das autoridades a fim de obterem elementos de prova.

O arguido pode comportar-se como um mero espectador que observa como terceiros lidam com o seu caso, não sendo responsável por essa atitude passiva (não tem o dever de colaborar), nem pode ser por isso penalizado (não tem o ónus de colaborar).⁷⁹

Decorre que, ao chamar a fonte originária a depor, se *in caso* fosse o arguido, estar-se-ia a restringir o direito ao silêncio e a prerrogativa de não se auto incriminar, pois o arguido tem o direito de não se pronunciar sobre os factos, não se aplicando o testemunho de ouvir dizer e, correspondentemente o artigo 129.º do CPP quando a fonte originária é o arguido.

Há Jurisprudência que considera que o depoimento indirecto da testemunha não deve ser invalidado pelo facto de o arguido exercer o seu direito ao silêncio.⁸⁰ Contudo neste mesmo acórdão de 30-11-2005 tirado no Processo n.º 2847/05, houve voto vencido, escudando nas seguintes razões: para que o testemunho de ouvir dizer seja valorado exige-se a confirmação pela consequente audição das pessoas a quem se ouviu dizer, tendo essa confirmação em vista a validade e eficácia do depoimento.⁸¹ Por outro lado, o arguido pode remeter-se licitamente ao silêncio e, como determina o artigo 61.º, isso não o pode prejudicar, não podendo o tribunal extrair conclusões desse silêncio e, de acordo com os ensinamentos de Germano Marques Da Silva de que “ *se o arguido se negar a prestar declarações ou a responder a algumas perguntas, seja qual for a fase do processo*”, o seu silêncio não poderá ser valorado como meio de prova pois está legitimado como exercício de um direito de defesa que em nada o poderá desfavorecer’.⁸²

Seria inadmissível afirmar que, apenas pelo arguido estar presente fica assegurado o contraditório, pois isso seria negar-lhe por completo o direito que tem de se remeter ao silêncio e a não se auto incriminar, forçando-o de uma forma inadmissível a prestar declarações quando a lei não prevê isso, o que provocava inevitavelmente a violação das garantias de defesa previstas no artigo 32.º n.º 2 da CRP.

⁷⁹ BELEZA, Tereza Pizarro, *Prova Criminal e Direito de Defesa*, Edições Almedina, 2013, pp.122.

⁸⁰ *Vide*, Acórdão Tribunal da Relação de Coimbra de 30 de Novembro de 2005 tirado no Processo n.º 2847/05, e ainda no mesmo sentido Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 18-03-2013, tirado no Processo n.º 753/09.0JABRG.G1 todos consultados em www.dgsi.pt

⁸¹ HENRIQUES, Manuel – Leal e SANTOS, Manuel Simas, ob. cit., pp. 713

⁸² SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal II*, 5ª edição, Verbo, Lisboa, 2011, pp. 169.

Portanto, não deve ser valorado o depoimento de uma testemunha, seja ela órgão de polícia criminal ou não, muito menos quando o arguido se remete ao silêncio na audiência de julgamento, pois o próprio artigo 355.º, n.º 1 do CPP determina que toda a prova deve ser produzida em audiência, salvo as exceções previstas.

Em síntese, o depoimento indirecto não é admissível quando a fonte originária é o arguido⁸³ pois, na medida em que este não presta depoimento, o tribunal não pode valorar o silêncio, muito menos o testemunho indirecto.

⁸³RIBEIRO, Marisa, «Reconstituição do facto», in Revista do CEJ, 2007, apud FERREIRA, Fernando Américo Magalhães, Limites Livre apreciação da Prova- depoimento indirecto, declarações do co-arguido, Universidade Lusófona do Porto, 2011, pp. 33.

9. O Depoimento Indirecto e os Co-arguidos

O Arguido, ao relatar um determinado facto sobre outro co-arguido, pode fazê-lo a partir de um conhecimento directo ou indirecto que obteve desse facto.

A admissibilidade das declarações de um arguido contra outro arguido tanto se coloca nas hipóteses em que o arguido declarante tem conhecimento directo dos factos como na hipótese em que teve conhecimento por um terceiro e, só neste caso é que se coloca a articulação do depoimento indirecto com o regime das declarações do arguido.

A expressão co-arguição é a que vem sendo utilizada por uma parte da Doutrina⁸⁴ e Jurisprudência para se referirem a esta matéria, embora não nos pareça a mais feliz, por remeter para uma arguição conjunta e não para a presença de mais que um arguido no mesmo processo.

Apesar do problema das declarações do co-arguido estar mais confinada pela doutrina e jurisprudência às hipóteses em que o arguido tem conhecimento directo, importa considerar o regime do depoimento indirecto na discussão em apreço. Assim, ao estudarmos a posição do co-arguido, não podemos deixar de ter em conta o artigo 133.º, n.º 1, alínea a) do CPP, que prescreve o impedimento dos arguidos deporem como testemunhas em certas situações.

Em processos distintos cujos objectos são totalmente diferentes consegue estabelecer-se a relação entre arguido referência e arguido fonte. Neste tipo de processos o arguido pode depor como testemunha no outro processo pois o objecto deste nada tem a ver com o daquele⁸⁵.

Embora formalmente sejam processos diferentes, pode estar em causa a responsabilidade dos co-arguidos pelo mesmo crime ou crimes conexos. Portanto, em processos separados mas cujo objecto é o mesmo crime ou crime conexo, a questão é diferente (artigo 133.º, n.º 2). Nestes casos, o

⁸⁴ Neste sentido, TEIXEIRA, Carlos Adérito, ob. cit., pp. 184

⁸⁵ TEIXEIRA, Carlos Adérito, ob. cit., pp. 184

arguido só poderá depor como testemunha com o seu consentimento, pois se o processo separado em que é arguido continuar em curso a sua condição de arguido vai se manter. Já não acontecerá o mesmo se esse procedimento criminal se tiver extinguido, pois a partir daí cessa a sua qualidade de arguido⁸⁶.

No caso, em que o processo continua em curso, quem procede ao interrogatório deve advertir o declarante de que, segundo a lei, por ser arguido mesmo que em processo separado (do mesmo crime ou crime conexo de que é objecto deste processo), só deve prestar depoimento testemunhal caso consinta.⁸⁷

Como é notório, a sujeição do co-arguido ao regime da prova testemunhal não é inócua, atenta as especificações do estatuto do arguido que não se compatibilizam com o de testemunha. Como já se disse anteriormente, não se deve fazer uma mistura dos dois papéis. A justificação do impedimento do co-arguido depor como testemunha encontra o seu fundamento primordial numa ideia de protecção do próprio co-arguido. O arguido não pode depor na qualidade de testemunha contra si próprio, por força do já falado princípio “*nemo tenetur se ipsum accusare*”.

Apesar de o artigo relativo aos impedimentos não ditar uma sanção expressa, não seria coerente que o co-arguido que não pode depor como testemunha o fizesse com a consequência de uma simples irregularidade. Daí que não havendo respeito por este impedimento existe uma proibição de prova.⁸⁸

Rodrigo Santiago pronunciou-se sobre esta questão, defendendo a proibição da utilização do conhecimento probatório de um co-arguido em relação a outro de forma a fundamentar uma decisão⁸⁹. O autor, nas conclusões do seu artigo, refere que “*As declarações assim prestadas, maxime as que o forem em audiência de julgamento, por um ou mais dos co-arguidos não podem validamente ser assumidas como meio de prova relativamente aos outros, servindo tais declarações, no âmbito da co-arguição, única e exclusivamente como meio de defesa pessoal do arguido ou arguido que as tiverem prestado, artigo 343.º n.º 2 do CPP, (...) Se as declarações dos co-arguidos contribuíram*

⁸⁶Vide Acórdão do Tribunal Constitucional de 05/04/2005, tirado no Processo n.º 923/04 , consultado em www.tribunalconstitucional.pt

⁸⁷SEIÇA, António Alberto Medina de, «O conhecimento probatório do co-arguido», in *Boletim da Faculdade de direito Universidade de Coimbra, STVDIA IVRIDICA* 42, Coimbra editora, 1999, pp.124

⁸⁸ SEIÇA, António Alberto Medina de, ob. cit., pp.94

⁸⁹Cfr. SANTIAGO, Rodrigo, «Reflexões sobre as declarações do arguido, como meio de prova no Código Processo Penal de 1987» in *Revista portuguesa de ciência criminal*, ano 4, fascículo 1, Aequitas e Editorial Notícias, Lda, 1994, pp.59-62

irrestritamente para a formação da convicção do tribunal verifica-se uma situação de nulidade do julgamento, por violação do disposto nos artigos 323.º alínea f) e 327.º n.º 2 do CPP.”⁹⁰

Daqui resulta que, segundo este autor, o legislador não quis instituir as declarações do arguido como meio de prova contra os seus co-arguidos⁹¹, visto que tais declarações não estão sujeitas ao contraditório.

O autor indica um exemplo em que, num determinado processo, estão a ser pronunciados pelos mesmos factos ilícitos cinco co-arguidos. Um presta declarações e o outro remete-se ao silêncio.

Como já foi exposto, sendo o silêncio um direito do arguido e tendo o outro prestado declarações, estas podem ser utilizadas relativamente aos outros? Segundo Rodrigo Santiago admitir tais declarações seria converter a mentira em meio de prova relativamente a terceiras pessoas. Não obstante, o facto das declarações prestadas poderem vir a corresponder à verdade judicial, quando conjugadas com outras provas, não invalida o facto de a prova produzida em julgamento, entenda-se, a decorrente das declarações do arguido, poder ser contestada através de uma fundamentação que se limite aos restantes meios de prova que influenciaram o espírito do julgador.⁹²

Os artigos 327.º do CPP e o 32.º, n.º 5 da CRP exigem a contraditoriedade a todos os meios de prova apresentados em audiência; ora, é impossível cumprir esta disposição legal em caso de co-arguidos, no caso do arguido se remeter ao silêncio.

Ao contrário do que acontece com as testemunhas e assistentes (348.º, nºs 4, 5 e 6) o CPP não prevê que os defensores dos arguidos possam pedir esclarecimentos aos co-arguidos que contra eles deponham. Isto é, não é possível uma *cross examination* (contra-interrogatório pelos sujeitos processuais), mas também não proíbe. Por isso será possível fazer a inquirição com a autorização do juiz de julgamento. Não se deve confundir isto com a possibilidade de acareação entre co-arguidos, como estatui o artigo 146.º do CPP, que é particularmente útil quando o juiz presidente determina a audição das declarações de co-arguidos em separado. Não se deve esquecer ainda que as declarações de um arguido servirão sempre de instrumento para a sua própria defesa e por isso todas as previsões legais respeitantes a ele têm este objectivo. Assim sendo, a garantia do

⁹⁰ SANTIAGO, Rodrigo, ob. cit., pp. 62

⁹¹ SANTIAGO, Rodrigo, ob. cit., pp.61 e no mesmo sentido SEIÇA, António Alberto Medina de, ob. cit., pp.151

⁹² SANTIAGO, Rodrigo, ob. cit., pp.59

contraditório não é assegurada em casos em que o depoimento de um co-arguido seja o elemento de prova essencial no sentido de uma condenação.⁹³

Apesar de o depoimento do co-arguido não ser proibido no CPP português, não o poderemos qualificar como um meio de prova forte e seguro, não sendo assim suficiente para uma pronúncia ou condenação. Portanto, se o depoimento do co-arguido não for controlado pela defesa do co-arguido atingido (a quem a declaração respeita) nem corroborado por outras provas, a sua credibilidade é nula.⁹⁴ Logo, atendendo ao princípio do contraditório, o depoimento de co-arguido não deve constituir prova atendível contra os contra arguidos por eles afectados.⁹⁵ Conclui-se, assim, que apesar da regra geral da livre apreciação dos meios de prova, na lei portuguesa o depoimento de co-arguido goza de uma diminuta credibilidade⁹⁶

Nos termos do artigo 345.º, n.º 4 do CPP introduzido com a revisão de 2007, não podem valer como prova as declarações de um co-arguido em prejuízo de outro co-arguido, quando o declarante se recusar a responder as perguntas formuladas, nos termos dos n.ºs 1 e 2. Reforma que tem na base o acórdão do Tribunal Constitucional nº 524/97 tirado no Processo n.º 222/97⁹⁷, que concluiu pela inconstitucionalidade da interpretação que confere valor de prova às declarações proferidas por um co-arguido em prejuízo de outro co-arguido, quando o primeiro co-arguido se recusa a responder. Então, o Tribunal Constitucional argumentou que essa admissão de prova seria contrária às garantias de defesa em processo penal consagradas no artigo 32.º da CRP. Estas garantias implicam que ao arguido seja atribuído o poder de contraditar toda a prova contra si produzida no processo.

Revejo-me na posição da parte final desta jurisprudência do Tribunal Constitucional, pois a defesa e acusação não podem pôr em causa os princípios fundamentais das pessoas e princípios estruturantes do processo penal, designadamente o princípio de igualdade de armas que determina o maior ou menor grau de efectivação das garantias de defesa.

A Jurisprudência do Tribunal Constitucional expressa a sua opinião no sentido de que as

⁹³ BELEZA, Teresa Pizarro, ob. cit., pp.58

⁹⁴ *Vide* Acórdão da Relação do Porto de 24 de Setembro de 2008 tirado no Processo n.º 0813993, afirma que “As declarações de um arguido só podem fundamentar a condenação de um co-arguido se mostrarem coerentes e forem corroboradas por outros elementos de prova.”, disponível em www.dgsi.pt

⁹⁵ BELEZA, Teresa Pizarro, ob. cit., pp.57-59

⁹⁶ BELEZA, Teresa Pizarro, ob. cit., pp.48

⁹⁷ Consultado em www.tribunalconstitucional.pt

declarações do co-arguido podem ser valoradas, desde que preenchidos determinados requisitos presentes no Acórdão do STJ de 7 de Maio de 2009⁹⁸: *“Tanto o STJ como o TC têm julgado válida a prova decorrente das declarações do co-arguido, observadas três condicionantes, respeito pelo direito do arguido ao silêncio, sujeição das declarações ao contraditório e corroboração das declarações por outros meios de prova (...)”*

No mesmo sentido, António Medina De Seíça afirma que as declarações do co-arguido podem servir de fundamento à decisão final a tomar em relação ao outro, caso esteja corroborado por outros elementos de prova constantes nos autos. Em relação aos factos objecto da informação que o co-arguido vem trazer à colação, é importante frisar que o co-arguido, ao declarar, pode apresentar uma versão deturpada dos factos, pois a informação do co-arguido na parte em que se refere aos outros, apesar de ser motivo de investigação para a descoberta da verdade, também deve ser motivo de dúvida. Daí a necessidade de se confrontar a credibilidade da declaração do co-arguido com elementos extrínsecos. Logo, a declaração do co-arguido para poder ser valorada deve ser sujeita a corroboração na parte respeitante à responsabilidade de outro arguido⁹⁹, sob pena de não ser suficiente para formar a decisão do juiz.

Portanto, diz-se que a corroboração consubstancia uma prova legal negativa, na medida em que, limitando a regra da livre apreciação da prova, impõe que face à ausência de elementos corroborantes não se possa valorar aquela informação probatória, devendo ser integrada por um elemento de confirmação exterior. Ficamos, assim, perante uma exigência acrescida de fundamentação a cargo do aplicador do direito. Ora, neste âmbito, a corroboração significa uma exigência acrescida da verificação e fiscalização da declaração quanto à sua credibilidade. Daí que o magistrado, ao receber o depoimento do co-arguido, deva submetê-lo à tal vigilância, de forma a entender se o que foi narrado corresponde à realidade.

Esta inspecção, especificamente às declarações do co-arguido, é crucial pois não são sujeitas à *cross-examination*, ou seja, inexistente contraditoriedade entre co-arguidos, e deve ser ainda mais salvaguardada quando não haja outros dados probatórios que possam contrariar ou confirmar o que foi narrado. Se o declarante cair em contradição e relatar uma história que não tem cabimento,

⁹⁸ Tirado no Processo n.º 08P1213, consultado em www.dgsi.pt

⁹⁹SANTIAGO, Rodrigo, ob. cit., pp.206

percebe-se logo que não teve percepção directa do facto, pelo que o depoimento deve ser recusado, visto que não é credível. E, por outro lado, porque o valor das declarações do arguido é frágil como fonte de informação.¹⁰⁰

Note-se que, para além desta fiscalização como condição necessária, exige-se prova adicional para aferir se a declaração do co-arguido é fiável. António Medina De Seica vai mais longe e enuncia que “*se deve estender a exigência da corroboração em relação a cada episódio criminoso singular e a cada arguido singular*”¹⁰¹.

Logo, a corroboração não atende somente às declarações do co-arguido como um todo, sendo essencial a confirmação da prova extrínseca quanto aos factos que sejam tidos em conta para a decisão. Não sendo assim, os princípios do contraditório, da verdade material e da igualdade de armas são postos em causa.

Supondo que o arguido nega as declarações do co-arguido, qual delas deve ser valorada pelo tribunal *a quo*? É da competência do tribunal apreciar a declaração em causa e valorá-la dentro da regra da experiência, lógica e da convicção do julgador, de acordo com os artigos 125.º e 127.º do CPP. À contrário, admitir as asserções do co-arguido com incriminação relativamente ao arguido, podia ferir o princípio da legalidade. O julgador deverá analisar no processo outros elementos de prova, de maneira a que a sua decisão seja fundamentada de forma justa e com toda a legitimidade. No caso de *in dubio pro reo* deve afastar-se categoricamente a declaração indirecta como fundamento da sua decisão.

Face ao que foi exposto chegamos, finalmente, à parte que nos interessa, como se conjuga esta corroboração necessária sob as declarações do co-arguido face ao depoimento indirecto? Tudo o que foi *supra* exposto, convoca o problema existente entre o relato de um arguido no mesmo processo sobre o que ouviu dizer de outro co-arguido (por exemplo a confissão do crime).

O problema não reside tanto na existência de um depoimento indirecto em que se carece da imediação da fonte, pois a lei admite-o em situações de impossibilidade de depoimento da fonte de

¹⁰⁰ TEIXEIRA, Carlos Adérito, ob. cit., pp.185

¹⁰¹ SEICA, António Alberto Medina de, ob. cit., pp.222

informação, mas principalmente por não se aplicar o contraditório e a igualdade de armas entre os arguidos e, pelo facto da oportunidade dos defensores dos co-arguidos poderem pedir esclarecimentos ao arguido que relata algo de incriminatório sobre eles, ou se remeta ao silêncio, ficar frustrada.

Acresce a isto que o artigo 129.º do CPP não se coaduna com o facto de ser o arguido quem traz ao processo informações com teor incriminatório para outro co-arguido. Daqui resulta, por exemplo, que sendo o arguido a fonte originária da informação e este de repente falecer, não podemos considerar as suas declarações com teor incriminatório sobre outro co-arguido, não obstante a integração nas cláusulas previstas no n.º 1 do artigo 129.º, visto que este regime legal se reporta a testemunhas.

O nosso CPP, no artigo 126.º, não sujeita o arguido a depor com verdade e sob juramento, daí se dizer muitas vezes que o arguido se submetido a um detector de mentiras consubstanciaria uma proibição de prova.¹⁰² Por outro lado, também não parece ser possível a utilização de declarações de um arguido para servir de prova testemunhal, cuja separação do processo ocorreu posteriormente, com o fundamento que tais declarações não podem ser usadas contra ele mas o podem ser contra outrem, *vide* artigo 133.º, n.º 1, alínea a) ou n.º 2 que respeita à liberdade da declaração. Conclui-se que, face à diferença de estatutos entre arguido e testemunha e ao facto de se frustrar a imediação e contraditoriedade, visto que o arguido se encontra numa situação privilegiada sobre os seus “pares co-arguidos”, o depoimento do arguido relativo a outro co-arguido não pode ser admitido nos casos do depoimento indirecto.

¹⁰² BELEZA, Teresa Pizarro, ob. cit., pp.49

10. Análise da Jurisprudência (co-arguição)

O acórdão em questão é sobre um testemunho directo de um co-arguido, foi trazido á colação para a discussão das fragilidades do mesmo na sua admissibilidade e valoração, não olvidando que o estudo é sobre o depoimento indirecto .

Será possível as fragilidades serem só no depoimento directo ou são também no depoimento indirecto?

Segundo o acórdão do TRE 92/10.4GAENE1¹⁰³, sumário:

1. Na ausência de regra tarifada sobre prova por declaração de co-arguido, a credibilidade deve aferir-se em concreto, á luz do principio da livre apreciação, mas com um especial cuidado que poderá passar, no caso, por uma procura de corroboração.
2. A regra da corroboração não é uma regra legal de prova, mas algo deixado ao “cuidado deontológico do aplicador” e que pode contribuir para uma “mais correcta realização da sua livre convicção”.
3. Revela-se prudente desconfiar, em concreto, de declaração de co-arguido (.....) é possível associar um eventual interesse pessoal em incriminar.
4. Já relativamente a declaração de co-arguido fora de situação suspeita (.....) a fragilização do potencial probatório deste contributo.
5. O detentor de duas armas (.....) ilicitude autónomos entre si.

¹⁰³Acórdão 92/10.4GAENE1, www.dgsi.pt

Recurso do arguido L

-Da impugnação da matéria de facto:

Pretende o arguido impugnar a matéria de facto, em conformidade (.....) nele exigidas.

Discutindo o acerto da factualidade dada como provada na decisão recorrida (.....) e sua possível utilização como arma.

Vejamos cada um deles em concreto e em conjunto com as provas, no enunciado recursivo.

A) Impugna-se a decisão proferida sobre a matéria de facto (.....) como provados os seguintes factos: (.....).

B) Impugna-se, igualmente, a seguinte factualidade dada como provada pelo tribunal aquo: (.....)

Reveja-se agora o exame critico da prova efectuado pelo tribunal, como justificante da decisão de facto, nesta parte.

“ A convicção do Tribunal baseou-se na apreciação critica e global dos seguintes meios de prova:

a) Nas declarações dos arguidos (.....).

A jurisprudência do STJ tem revelado diferentes acolhimentos do principio.

Como exemplo vejam-se, “ a prova por declarações de co-arguido não sendo uma prova proibida,tem um diminuto valor e , por isso, carece de corroboração por outras provas e acarreta para o tribunal um acrescido dever de fundamentação”,(STJ 12.06.2008, rel.Santos Carvalho,www.dgsi.pt)

Na ausencia de regra tarifada (.....) matéria de facto.

Por corroboração (.....), factos.

A tendencial procura de corroboração não terá de passar necessariamente por prova externa, no sentido de prova exterior a toda a co-arguição.

Ou seja, aquilo que pode minar a força probatória da declaração do co-arguido (.....) ou para dividir a sua responsabilidade (“não fui apenas eu, fomos os dois”).

Na análise deste acordão, quis trazer á colação todas as posições dos intervenientes processuais seja a acusação, defesa ou a fundamentação do juiz de julgamento, a questão a discutir prende-se com a análise da possibilidade da valoração das declarações do co-arguido contra co-arguido, ou seja, se a interdição do testemunho impõem ao aplicador a desconsideração da parcela de conhecimento dessa forma adquirido não o levando aos fundamentos da decisão.

Face ao já exposto sobre a co-arguição no depoimento indirecto ressalvo como notas finais o seguinte:

- a) O artigo 133º do CPP está centralizado na protecção do próprio co-arguido, quando resulta da sua interpretação o impedimento do mesmo depor como testemunha, consubstanciado num privilégio contra a auto- incriminação.
- b) O artº125º do mesmo compêndio legal estabelece a admissibilidade de quaisquer provas dentro do principio da legalidade, já o artº126 as provas proibidas aí mencionadas não consta as declarações do co-arguido, por isso será de seguir o raciocínio que as mesmas são admitidas do ponto de vista da legalidade.
- c) O artº133 proíbe que os arguidos sejam ouvidos como testemunhas, mas os mesmos podem prestar declarações no processo por vezes com o intuito de atenuar a sua responsabilidade pois não é um meio proibido de prova, as suas declarações devem ser valoradas no processo, mas o tribunal não deve olvidar que sujeito processual está a prestá-las e que fundamento têm o impedimento deste artigo.

d) Já em sede de julgamento não se poderá valorar as declarações de um arguido em desfavor de outro seguindo de perto a jurisprudência do TC, pois se este está impedido, mesmo através do tribunal de fazer um contra interrogatório , assim viola-se o princípio do contraditório, da verdade material e da igualdade de armas.

e) A jurisprudência e a Doutrina neste caso é pacífica o exame critico das provas que serviu para formar a convicção do tribunal têm que ter uma exigência muito mais profunda, no intuito de se aprofundar qual a razão de ciência a sua credibilidade, a corroboração por outros meios de prova com destaque principalmente nas declarações do co-arguido.

CONCLUSÃO

- a.** No ordenamento jurídico português, o depoimento indirecto não é proibido para obtenção de prova, mas há uma condicionante, relativamente a sua valoração, na parte em que a fonte de informação não seja chamada a depor.
- b.** O depoimento indirecto não resulta apenas no testemunho do “ouvi dizer” em expressão verbal, mas também na leitura de documentos.
- c.** No art.127 do CPP o julgador tem presente a livre apreciação da prova relativamente ao depoimento indirecto será importante a observancia do princípio do contraditório e da imediação, não olvidando o chamamento da fonte originária ao processo.
- d.** Será de referir que o chamamento da fonte originária pelo tribunal não é uma faculdade, mas um dever.
- e.** Nada impede a valoração do depoimento indireto em outras fases processuais, seja em sede de inquérito, ou sede de instrução, mas respeitando as limitações impostas em sede de julgamento.
- f.** O órgão de polícia criminal (ou outra pessoa), no seu depoimento não pode reportar-se aos factos que consta dos autos no qual o mesmo foi inquiridor ou em cuja recolha de prova participou.
- g.** Por isso não se pode afirmar em viva voz algo que teve conhecimento na outiva do testemunho do depoimento indirecto.
- h.** Contudo, tratando-se, in caso, de testemunhas de “ouvi dizer” as proibições referidas no art.356 do CPP tem limitações, pois apenas se aplicam a prestação de declarações que foram reduzidas a auto, não sendo quanto a estas permitida a sua leitura em audiência.

i. A doutrina relativamente ao âmbito subjetivo do depoimento indirecto não é pacífica, contudo a nossa posição é que a fonte originária pode ser testemunha, assistente, parte civil, mas nunca arguido.

j. A valoração do depoimento indirecto por parte do arguido terá que ser sempre apreciada em sede do art.125 e 127 do CPP.

l. O arguido terá sempre presente os seus direitos conforme o que está plasmado no nosso ordenamento jurídico processo/penal, o direito ao silêncio, advertência prévia e a prerrogativa contra a não auto-incriminação, por isso a minha posição será sempre na exclusão da aplicação do regime do art.129 do CPP ao arguido

m. O depoimento do co-arguido apesar de não ser proibido, a sua valoração tem várias nuances, por isso haver um cuidado por parte do julgador, por ser um meio de prova fragilizado e por vezes com pouca credibilidade, o que faz, com que não seja suficiente por si só para uma pronúncia ou uma condenação.

A posição do co-arguido não se poderá deixar de ter em conta o artº133 nº1 al.a), que prescreve o impedimento dos arguidos deporem como testemunhas, em certas situações.

A justificação do impedimento do co-arguido depor como testemunha encontra o seu fundamento primordial numa ideia de protecção do próprio co-arguido com força do já falado principio “nemo tenetur se ipsum accusare”.

Atendendo ao principio do contraditório, o legislador não quis instituir as declarações do arguido como meio de prova contra os seus co-arguidos, visto que tais declarações não estão sujeitas ao contraditório, artº 343 nº2 do CPP.

Os artºs 327 do CPP e 32 nº5 da CRP, exigem a contraditoriedade a todos os meios de prova apresentados em audiência, ora é impossível cumprir esta disposição legal em caso de co-arguido se remeter ao silêncio

n. Na mesma linha de raciocínio o testemunho do co-arguido poderá servir de fundamento à decisão final no caso de estar corroborado por outros elementos de prova constantes nos autos, mas não olvidando as fragilidades já mencionadas, e atendendo á disposição legal do artº 127 do CPP.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2011.
- ANDRADE, Manuel da Costa, “Parecer” in CJ VI, 1981.
- ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 2013.
- BARREIROS, José António, «Depoimento policial em audiência penal. Âmbito e limites», in *Revista do Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais*, III série, Coimbra Editora, 2004.
- BELEZA, Tereza Pizarro, *Prova Criminal e Direito de Defesa*, Edições Almedina, 2013.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital; *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007.
- CARVALHO, Paula Marques, *Manual Prático de Processo Penal*, 8ª edição, 2014.
- CASTRO, Rui da Fonseca e, *Processo Penal – Julgamento*, 2ª edição, Quid Juris, 2013.
- CUNHA, José Damião da, «O Regime Processual de Leitura de Declarações» in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2007.
- DIAS, Augusto Silva, O Direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português, Coimbra Editora, 2009.
- DIAS, Jorge Figueiredo «Os sujeitos processuais no novo CPP» in *Jornadas de Direito Processual Penal*, CEJ, Almedina, 1988.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 2004 (reimp.1974).
- FERREIRA, Manuel Marques, «Meios de prova», in *CEJ (org.), Jornadas de Direito Processual Penal*, Almedina, 1989.
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código de Processo Penal Anotado*, Almedina, 1967.
- HENRIQUES, Manuel - Leal e SANTOS, Manuel Simas, *Código de Processo Penal*

Anotado, Livro III, 1.º Vol., 3ª edição, Editora Rei dos Livros, 2008.

MENDES, Paulo de Sousa, «As proibições de prova no Processo Penal» in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004.

MESQUITA, Paulo Dá, *A Prova do crime e o que se disse antes do julgamento*, Coimbra Editora, 2012.

PINTO, Frederico de Lacerda Da Costa, «Depoimento Indirecto, legalidade da prova e direito de defesa», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, 3.º Vol., Coimbra Editora, 2010.

RIBEIRO, Marisa, «Reconstituição do facto», in Revista do CEJ, 2007, apud FERREIRA, Fernando Américo Magalhães, *Limites Livre apreciação da Prova - depoimento indirecto, declarações do co-arguido*, Universidade Lusófona do Porto, 2011.

RIBEIRO, Vinício A. P., *Código Processo Penal Notas e Comentários*, 2ª edição, Maio Coimbra Editora, 2011.

SANTIAGO, Rodrigo, «Reflexões sobre as declarações do arguido, como meio de prova no Código Processo Penal de 1987» in Revista portuguesa de ciência criminal, ano 4, fascículo 1, Aequitas e Editorial Notícias, Lda, 1994.

SEIÇA, António Alberto Medina de, «O conhecimento probatório do co-arguido», in *Boletim da Faculdade de direito Universidade de Coimbra, STVDIA IURIDICA* 42, Coimbra editora, 1999.

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal III*, 5ª edição, Verbo, 2011.

SOUSA, Luís Filipe Pires de, *Prova Testemunhal*, Almedina, 2013.

TEIXEIRA, Carlos Adérito, «Depoimento indirecto e Arguido: Admissibilidade e Livre valoração *versus* Proibição de Prova» in *Revista do CEJ* n.º 2.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal*, Tomo I, 3ª edição, Almedina, 2010.

