

Tribunal da Relação de Évora
Processo nº 476/16.4 GFSTB.E1

Relator: MARIA FILOMENA SOARES

Sessão: 05 Junho 2018

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: RECURSO PENAL

Decisão: PROVIDO

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA

OMISSÃO DE ADVERTÊNCIA QUANTO À FACULDADE DE RECUSA DE DEPOIMENTO

Sumário

I – É nulo o depoimento prestado por testemunha, enteada do arguido, por não ter sido advertida de que lhe assistia o direito de recusa em depor contra este.

Texto Integral

Acordam, em conferência, os Juízes na Secção Criminal (1ª Subsecção) do Tribunal da Relação de Évora:

I

No âmbito do processo comum, com intervenção do Tribunal Colectivo, nº 476/16.4 GFSTB, do Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal, Juízo Central Criminal de Setúbal, J3, mediante acusação do Ministério Público, sem precedência de contestação, foi submetido a julgamento o arguido AA, [filho de ---, natural da freguesia e concelho de Alcochete, nascido em 28.05.1965, divorciado, operador de máquinas e residente ---], e por acórdão proferido e depositado em 13.07.2017 foi decidido:

“(…)

Absolver o arguido **AA** da prática de dois crimes de violência doméstica p. e p. pelo art. 152º, n.º 1 al. b), n.º 2 e n.º 4 do Código Penal.

Condenar o arguido **AA** pela prática de um crime de violência doméstica p. e p. pelo art. 152º, n.º 1 al. a), e n.º 2 do Código Penal na pena de **2 (dois) anos e 8 (oito) meses de prisão**.

Condenar o arguido **AA** pela prática de um crime de violência doméstica p. e p. pelo art. 152º, n.º 1 al. d) e n.º 2 do Código Penal na pena de **2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de prisão**.

Em cúmulo jurídico, nos termos do art. 77º do Cód. Penal, decidem **Condenar** o arguido **AA** na pena única de **3 (três) anos e 6 (seis) meses de prisão**.

Nos termos dos arts 50º, n.ºs 1, 2, 53º e 54º, n.ºs 1 e 2 do Cód. Penal decidem **suspender a pena na sua execução pelo período de 3 (três) anos e 6 (seis) meses, sujeita a regime de prova**, devendo o condenado comparecer a todas as convocatórias que lhe sejam efetuadas pelo serviços de reinserção social e cumprir escrupulosamente todas as orientações que vierem a ser definidas no plano individual de reinserção social, designadamente:

À obrigação de submissão a tratamento à sua situação de dependência do consumo excessivo de bebidas alcoólicas.

*

Nos termos do disposto nas disposições conjugadas dos arts. 21º, nº 2 da Lei nº 112/2009, de 16 de Setembro e 82º-A do Cód. Processo Penal **condenam** o arguido **AA**

A pagar à menor **BB**, **na pessoa do/a representante legal**, a indemnização de **500, 00 € (quinhentos euros)**.

*

Mais o condenam nas custas do processo, fixando a taxa de justiça em 3 UC.

*

(...)”.

Inconformado com esta decisão, dela recorreu o arguido, extraindo da respectiva motivação de recurso as seguintes conclusões:

“

DA PROIBIÇÃO DA PROVA:

NULIDADE INSANÁVEL do depoimento da menor BB por não ter sido advertida de que, por ser afim do arguido à data da prática dos factos, podia recusar-se a depor, nos termos do artigo 134º nº 1 a) do C.P.P.

- 1) Conforme consta da Acta de Audiência de Discussão e Julgamento de 4-07-2017, não foi concedida à menor BB, enteada do arguido à data da prática dos factos, a faculdade de se recusar a depor nos termos do artº 134º nº1 a) do C.P.P.
- 2) Direito este que foi concedido à testemunha CC, ex-sogra do arguido.
- 3) Foi arguida a nulidade do depoimento da menor BB, em virtude de não ter sido a mesma informada de que tinha o direito de se recusar a depor, tal como ocorreu com a testemunha CC, ex-sogra do arguido.
- 4) Entendeu o Tribunal "a quo" que carece de fundamento a invocada nulidade, sendo que o Arguido / Recorrente discorda deste entendimento.
- 5) Antes de mais, a menor só tomou conhecimento de que a mãe e o padrasto se encontram divorciados durante a sua inquirição em julgamento e a instâncias da Defensora Oficiosa do arguido.
- 6) A questão que se impõe é saber se o direito de se recusar a depor, estabelecido no artigo 134º do C.P.P., cessou com o divórcio da mãe da testemunha com o arguido, seu padrasto, ou se, ao invés, deve o mesmo manter-se, por à data da prática dos factos existir, sem qualquer dúvida, uma relação de afinidade entre a testemunha e o arguido.
- 7) Entende o Recorrente que se mantêm o direito de recusa em depor porque, antes de mais, se mantêm todos os fundamentos e princípios inerentes a este direito e porque, a não ser assim, tal conduzirá a uma total descoordenação e incoerência legal processual.**
- 8) A última alteração legislativa efectuada ao artigo 134º do C.P.P. ocorreu a 29 de Agosto de 2007 através da Lei 48/2007, sendo que, no que toca ao nº1 al. a), o legislador manteve a mesma redacção, protegendo relações familiares que se tinham por permanentes, estáveis e que não se extinguíam.
- 9) A alteração legislativa efectuada ao artigo 1585º do Código Civil, mediante a qual fundamenta o Tribunal "a quo" a inexistência de nulidade, ocorreu a 31 de Outubro de 2008, através da Lei 61/2008.
- 10) O direito de recusar a depor radica em diversos fundamentos tais como o

conflito de consciência e a protecção das relações familiares, sendo, enquanto prova proibida, protegida constitucionalmente.

11) Com o reconhecimento do direito de recusar a depor o legislador pretendeu evitar que a testemunha se veja perante o conflito de dever responder com verdade, incriminando o seu familiar, ou de mentir podendo, por isso, ser punida por falso depoimento.

12) Considera ainda o legislador, que este direito de recusa em depor não é outorgado apenas por causa do conflito de consciência da própria testemunha mas também para protecção da família do acusado, visando, deste modo, proteger a estabilidade do núcleo familiar.

13) Ou seja, procura-se não apenas proteger a família concreta do arguido, mas também a família no seu conjunto, a família enquanto instituição nuclear da sociedade.

14) O direito de recusa é, assim, um reflexo da obrigação que incumbe ao Estado de proteger a família.

15) Ao não conceder à testemunha, afim do arguido, o direito de recusar a depor, dúvidas não subsistem de que estamos perante uma verdadeira proibição de prova, nos termos do artigo 126º nº3 do C.P.P.

16) Dúvidas não existem de que a menor BB era afim do arguido, mais concretamente enteada, à data da prática dos factos.

17) Apesar do divórcio entre a mãe da testemunha e o arguido, entende o Recorrente que a testemunha mantém o direito de recusar a depor, e também assim o entendeu o Tribunal "a quo", uma vez que, a seguir ao depoimento da menor BB, e perante a ex-sogra do arguido, facultou a esta o direito de se recusar a depor.

18) Para situações idênticas, o Tribunal "a quo" procedeu de formas totalmente distintas, o que não se compreende.

19) Não foi por lapso que o Tribunal "a quo" conferiu à testemunha CC, ex-sogra do arguido, a faculdade de recusar-se a depor, ao invés, o lapso ocorreu sim, com a testemunha BB, desde logo porque foi a primeira a depor.

20) A entender-se que a testemunha afim pode ter o direito de recusar a depor ou não, consoante o momento em que é chamada a prestar depoimento, poderá levar a que a mesma testemunha possa ter o direito de recusar a depor num determinado momento e noutro não.

21) O artigo 134º nº1 a) se refere, desde logo, a parentes que, de uma forma natural, em princípio nunca o deixarão de ser; sendo que, o mesmo ocorria com as relações de afinidade, que apenas passaram a cessar em virtude da alteração legislativa ocorrida através da Lei 61/2008 de 31-10.

22) Com a alteração legislativa operada, em caso de dissolução do casamento por divórcio, deixou de haver qualquer impedimento ao casamento entre ex-afins, isto é de um ex-cônjuge com o pai do outro, ou do padrasto com a enteada, ou da madrasta com o enteado, ou à união de facto juridicamente relevante entre ex-afins, impedimentos que se mantêm se a dissolução do casamento ocorrer por morte, **sem que se encontre qualquer justificação válida para esta dualidade de regimes.**

23) Dúvidas não existem de que, se o casamento tivesse cessado por morte da mãe da menor BB, esta manteria o direito de se recusar depor.

24) É contra esta incongruência que se insurge o Recorrente, uma vez que, não pode o processo penal e a defesa do arguido, estar ao dispor do Tribunal considerar nuns casos que se mantêm o direito de recusar a depor e noutros não, como ocorreu com o depoimento da ex-sogra do arguido, assim como à mudança das regras do processo, consoante tenha existido ou não uma dissolução do casamento que, terá efeitos diferentes se for por morte ou não.

25) *In extremis*, o entendimento do Tribunal "a quo" conduziria a que uma testemunha afim do arguido que tivesse praticado o crime de homicídio contra a mãe/pai da testemunha, manteria o direito de recusar a depor, mas ao invés, se tivesse praticado qualquer outro crime que não conduzisse à morte da mãe/pai da testemunha, mas que por divórcio tivesse cessado a relação de afinidade, deixaria de ter a faculdade de recusar depor.

26) Assim, como, poderia a testemunha afim ter direito a recusar a depor numa fase de inquérito e não numa fase de julgamento.

27) Esta instabilidade processual torna duvidosas as regras a aplicar e por isso são violadoras dos direitos de defesa do arguido.

- 28) Embora não estejamos perante uma situação de aplicação da lei processual penal no tempo o certo é que é princípio fundamental do processo penal a estabilidade e harmonia dos vários actos do processo.
- 29) Estabelece ainda o artigo 4º do C.P.P. sob a epígrafe Integração de Lacunas que "Nos casos omissos, quando as disposições deste Código não puderem aplicar-se por analogia, observam-se as normas do processo civil que se harmonizem com o processo penal e, na falta delas, aplicam-se os princípios gerais do processo penal"
- 30) Os princípios que fundamentam o direito de recusar a depor a quem tem relação de afinidade com o arguido mantêm-se sempre os mesmos quer a testemunha ainda seja afim do arguido ou não, e independentemente da forma como cessou a afinidade.
- 31) O conflito de consciência e a protecção constitucional da família existem e mantêm-se iguais em todas as fases processuais e ainda que as relações familiares de afinidade cessem, em virtude de um divórcio, ou não cessem, em virtude do falecimento de um dos cônjuges.
- 32) Este pensamento do legislador que confere estabilidade ao processo reflecte-se de forma manifesta na alínea b) do nº1 do 134º do C.P.P. quando, *in fine*, refere a expressão "relativamente a factos ocorridos durante o casamento ou a coabitação.
- 33) Sendo idênticos os fundamentos do direito de recusar a depor, é lícito entender e interpretar a norma através do mesmo dispositivo, mantendo-se assim o direito de recusar a depor a todos aqueles que foram afins, relativamente a factos ocorridos durante o casamento.
- 34) Pelo que, competia ao Tribunal assegurar o cumprimento dos direitos da menor, ao invés de agir de forma astuciosa, omitindo a informação de um direito da menor, fazendo-a crer, com isso, que tinha obrigação de depor.
- 35) A advertência de que trata o nº2 do artigo 134º do C.P.P. é essencial para assegurar o carácter não abusivo do depoimento da testemunha parente ou afim, em termos semelhantes ao que sucede com o consentimento nos casos a que se reporta o artº 126º nº 3 do C.P.P.

36) É para garantir o efectivo exercício do direito de recusa de depor que a lei impõe à entidade competente para receber o depoimento que advirta as pessoas em causa da faculdade que lhes assiste, sob pena de nulidade - artº 134º nº2 do C.P.P.)

37) É indispensável que a advertência seja realizada de forma expressa e clara, de modo a permitir à testemunha compreender o alcance e significado do exercício da faculdade de recusar o depoimento e possibilitando, deste modo, que quer o silêncio da testemunha, quer o seu depoimento sejam fruto de uma escolha livre e esclarecida.

38) A omissão de advertência do direito de recusar a depor configura uma verdadeira proibição de prova que conduz à nulidade do depoimento e de todos os actos subsequente, nos termos do artigo 126º nº3 e 122º do C.P.P. (vide Ac. do Tribunal da Relação de Évora de 03-06-2008).

39) O Tribunal "a quo" sabia que a menor BB, afim do arguido à data da prática dos factos, tinha o direito de se recusar a depor mas não a informou de tal direito, fazendo-a crer que tinha a obrigatoriedade de prestar declarações.

40) Pelo que, é nulo e de nenhum valor probatório o depoimento da menor BB, por constituir prova proibida sendo, por força do artigo 122º do C.P.P., nulos todos os actos subsequentes, incluindo o Acórdão condenatório proferido pelo Tribunal "a quo" (artigos 126º nº 3 e 122º do C.P.P.)

**Nestes termos e nos melhores de Direito se requer a V.Exas.
Venerandos Desembargadores, prolação de douto acórdão que:**

a) considere que à menor BB assiste o direito de se recusar a depor, nos termos do artigo 134º nº1 a) do C.P.P., por ser afim do arguido à data da prática dos factos;

b) e, em consequência, que considere nulo e de nenhum valor probatório o depoimento da menor BB , por constituir prova proibida, bem como todos os actos subsequentes, incluindo o Acórdão condenatório proferido pelo Tribunal "a quo", nos termos dos artigos 126º nº 3 e 122º do C.P.P.

FAZENDO UMA BOA E SÃ JUSTIÇA!”.

Admitido o recurso [cfr. fls. 319], e notificados os devidos sujeitos processuais, a Digna Magistrada do Ministério Público junto do Tribunal de primeira instância, apresentou articulado de resposta, concluindo, em síntese, que:

“1.

O direito de recusa previsto no artigo 134º, nº 1, do Código de Processo Penal – e que o seu nº 2 designa como “*faculdade*” – pertence exclusivamente à testemunha, sendo de natureza pessoal, assumindo contudo natureza excepcional, como se depreende da enumeração taxativa contida nas alíneas a) e b), do nº 1 do invocado preceito.

2.

Deste modo, a regra é a obrigação de depor, não consentindo tal preceito interpretação analógica, ou sequer extensiva.

3.

Para a definição do parentesco e da afinidade, elementos, linhas, cômputo dos graus e cessação da afinidade, teremos que nos socorrer do aporte dado pelos artigos 1578º e seguintes, do Código Civil, tendo a afinidade, definida no artigo 1584º do Código Civil, uma relevância jurídica inferior à do parentesco, só relevando até ao 2º grau.

4.

Surgindo a afinidade com o casamento, a mesma cessa com a dissolução do casamento por divórcio, como resulta “*a contrario*” do disposto no artigo 1585º do Código Civil, na redacção que lhe foi dada pela Lei nº 61/2008, de 31/10.

5.

Naturalmente, os impedimentos ou os pressupostos para a recusa do depoimento terão que se reportar à data da respectiva prestação, já que é nesse momento que se coloca a questão de faltar à verdade *ou de comprometer gravemente os interesses de entes queridos*.

6.

No caso vertente, tendo a relação conjugal entre o arguido e a assistente sido dissolvida por divórcio, cessou a afinidade que o ligava aos parentes desta, designadamente, aos pais desta e à sua filha, testemunhas FF e CC e à menor BB, deixando deste modo de haver fundamento legal para a recusa da prestação de depoimento por parte dos mesmos, nos termos do artigo 134º, nº 1, alínea a), do Código de Processo Penal.

7.

Não incorreu pois o Tribunal em qualquer nulidade.

8.

Mas mesmo que se concluísse pela nulidade do depoimento da menor BB, por constituir prova proibida – o que apenas se concebe como exercício académico -, sempre haveria que considerar que, subsumindo-se a situação em causa à previsão do artigo 126º, nº 3, do Código de Processo Penal, estar-se-ia perante uma nulidade relativa da prova proibida, sujeita ao regime dos artigos 120º e 121º, do Código de Processo Penal.

9.

Apenas poderia ser a mesma arguida pela pessoa a quem deveria ter sido efectuada a advertência (caso se concluísse pela sua obrigatoriedade), por conseguinte a testemunha (neste caso, pela sua representante legal, atenta a sua menoridade), só ela a podendo sanar e não, o arguido.

10.

Uma vez que a mesma – ou a assistente, sua representante legal -, nada disse, não se opôs à utilização daquele depoimento para fundamentar a decisão de condenação, sempre estaria a invocada nulidade sanada, não assentando deste modo a douta decisão condenatória sobre prova proibida

Pelo exposto e pelo muito que por V.as Ex.as será doutamente suprido, deve improceder o recurso interposto, nos termos ora referidos, como acto de inteira e sã

JUSTIÇA.”.

Remetidos os autos a esta Relação, o Exmº Procurador-Geral Adjunto emitiu parecer, no âmbito do qual afirma, em síntese, “(...) Analisados os fundamentos do recurso, acompanhamos a posição do Digno Magistrado do Ministério Público junto da 1ª Instância, aderindo-se à correcta e muito fundamentada argumentação oferecida, que se subscreve e que aqui se dá por transcrita (...)”.

Conclui, em consequência, que o recurso deve ser julgado improcedente.

Cumpriu-se o disposto no artigo 417º, nº 2, do Código de Processo Penal, não tendo sido feito uso do direito de resposta.

Foi efectuado o exame preliminar e colhidos os vistos legais.

Foi realizada a Conferência.

Cumpra apreciar e decidir.

II

Como é sabido, o âmbito do recurso – seu objecto e poderes de cognição –

afere-se e delimita-se através das conclusões extraídas pelo recorrente e formuladas na motivação (cfr. artigos 403º, nº 1 e 412º, nºs 1, 2 e 3, do Código de Processo Penal), sem prejuízo das questões de conhecimento oficioso, como sejam as previstas no artigo 410º, nº 2, do aludido diploma, as cominadas como nulidade da sentença (cfr. artigo 379º, nºs 1 e 2, do mesmo Código) e as nulidades que não devam considerar-se sanadas (cfr. artigos 410º, nº 3 e 119º, nº 1, do Código de Processo Penal; a este propósito v.g. ainda o Acórdão de Fixação de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça nº 7/95, de 19.10.1995, publicado no D.R. I-A Série, de 28.12.1995 e, entre muitos outros, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 25.06.1998, *in* B.M.J. nº 478, pág. 242, de 03.02.1999, *in* B.M.J. nº 484, pág. 271 e de 12.09.2007, proferido no processo nº 07P2583, acessível em www.dgsi.pt e bem assim Simas Santos e Leal-Henriques, em “Recursos em Processo Penal”, Rei dos Livros, 7ª edição, pág. 71 a 82).

Acresce que, no âmbito dos poderes de cognição do Tribunal, este “não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito”, como decorre claramente do preceituado no artigo 5º, nº 3, do Código de Processo Civil, aplicável *ex vi* do artigo 4º, do Código de Processo Penal.

Nestes termos, **vistas as conclusões do recurso em apreço, verificamos que a única questão aportada ao conhecimento deste Tribunal *ad quem* é a seguinte:**

(i) - Se o acórdão recorrido é nulo por valoração de prova cuja valoração era proibida nos termos do estatuído nos artigos 134º, nºs 1, alínea a) e 2 e 122º, do Código de Processo Penal.

III

Com vista à apreciação da suscitada questão, o acórdão recorrido encontra-se fundamentado nos seguintes termos:

“(…)

A Ilustre Defensora Oficiosa do arguido arguiu nas alegações a nulidade do depoimento prestado por BB, porquanto a mesma não foi advertida da faculdade de se recusar a prestar depoimento, considerando que a sua qualidade era de afim.

Importa conhecer.

Resulta dos autos que a testemunha é filha de DD.

A DD foi casada com o arguido, encontrando-se atualmente divorciada, conforme declarações prestadas pelo arguido, pela DD e também pela BB.

BB viveu na residência de ambos e foi afim do arguido, não o sendo, quando foi inquirida nos presentes autos, uma vez que tal afinidade teve o seu termo com o divórcio da mãe da depoente com o arguido nos autos.

Tal resulta “a contrario” do disposto no art. 1585º do Cód. Civil o qual, subordinado à epígrafe “Elementos e cessação da afinidade”, estipula que “*a afinidade determina-se pelos mesmos graus e linhas que definem o parentesco e não cessa pela dissolução do casamento por morte*”.

Recorde-se que a anterior redação do mesmo preceito estabelecia que “*A afinidade determina-se pelos mesmos graus e linhas que definem o parentesco e não cessa pela dissolução do casamento*”, o que ora desapareceu.

Assim sendo, carece de fundamento a invocada nulidade.

*

Inexistem outras nulidades, questões prévias ou incidentais que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

*

Realizou-se a audiência de discussão e julgamento com observância do formalismo legal, conforme resulta da respetiva ata.

*

FUNDAMENTAÇÃO

Da discussão da causa e produção de prova vieram a resultar, com interesse para a decisão da causa, os seguintes

FACTOS PROVADOS

O arguido casou com DD em 26 de Julho de 2008, sendo que a casa de morada de família se situava ..., localidade do Poceirão, área desta comarca.

Desta relação resultou o nascimento dos dois filhos comuns do casal:EE, nascida em 22.06.2009 e FF, nascido em 16.08.2011.

Com o casal residia igualmente a menor **BB**, nascida em 21.07.2004, filha da ofendida.

*

No decurso da vivência conjunta o arguido por diversas vezes desferiu com uma mangueira pancadas nas pernas e nos braços da menor BB, designadamente no ano de 2011

A última dessas situações motivou a saída da menor da casa onde vivia, tendo ocorrido a intervenção da Comissão de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo do Montijo e a aplicação de medida de promoção e proteção de apoio junto dos avós maternos, com quem a menor passou a residir em Novembro de 2011.

*

No decurso da vivência conjugal, pelo menos durante o período em que a menor BB viveu com os mesmos, eram frequentes as discussões do arguido com a ofendida DD, designadamente por questões relacionadas com as lides domésticas.

De igual modo o arguido, por diversas ocasiões, desferia pancadas com as mãos abertas nos ombros e nas costas da DD, designadamente no ano de 2011, em dia anterior à saída de casa.

Noutras ocasiões, cerca de duas vezes, ocorridas no período em que a BB viveu na habitação, o arguido desferiu pancadas nas costas da DD, com uma garrafa de vidro, a qual se partiu.

O mesmo aconteceu com uma cadeira.

De igual modo o arguido nessas ocasiões dirigia epítetos à ofendida, designadamente apelidando-a de “puta”.

Os factos supra indicados ocorriam no interior da casa de morada de família e foram presenciadas pelos três menores supra identificados.

Nalgumas das situações descritas o arguido havia ingerido bebidas alcoólicas, designadamente cerveja e vinho.

O arguido agiu consciente e voluntariamente, bem sabendo que, de forma reiterada atingia o corpo e a saúde de **DD**, debilitando-a psicologicamente, cerceando a sua liberdade pessoal, prejudicando o seu bem-estar psicossocial e ofendendo-a na sua honra e dignidade humana.

Quis ainda e conseguiu maltratar a menor **BB**, fazendo-se valer do seu ascendente paternal e superioridade física para melhor conseguir os seus intentos, provocando-lhes dores físicas e psicológicas resultantes de tais atuações.

Atuou no interior da residência que constituiu a casa de morada da ofendida e muitas vezes perante os filhos menores do casal.

O arguido agiu sempre de modo livre, deliberado e consciente, conhecedor da ilicitude das suas condutas.

Sabia que as suas condutas eram proibidas por lei.

Mais se apurou que:

O processo de desenvolvimento de AA, na sequência da separação parental, decorreu em Alcochete, num contexto social marcado pela pobreza e privações diversas, a cargo do progenitor, até ao falecimento deste último, quando o arguido tinha 10 anos, passando posteriormente a viver com a família constituída da mãe, numa zona rural de Palmela, onde concluiu o 4º ano de escolaridade.

Por volta dos 11 anos, AA fugiu da casa materna devido a alegados maus tratos de que era vítima, sendo acolhido numa herdade agrícola da zona, onde trabalhou durante dois anos como pastor de ovelhas, a troco de alojamento, alimentação e alguma remuneração, transitando posteriormente para uma outra, nas mesmas funções, mas com melhores condições.

A união de facto com a mãe do seu filho mais velho, nascido em 1984, foi iniciada aos 17 anos, encontrando-se nessa fase a viver na Aldeia Nova da Aroeira e a trabalhar numa empresa de furos de água, a que se seguiu alguns anos no Campo de Tiro de Alcochete e numa fábrica de cortiça, nascendo, em 1994, o segundo filho do casal.

A separação verificou-se em 1996, com a saída de casa de AA, passando a viver com uma colega de trabalho, relação da qual, em 1997, nasceu o seu terceiro filho, mantendo-se o arguido desde então a trabalhar, em registo sazonal, como manobrador de máquinas agrícolas.

AA, em 2007, já separado da sua anterior companheira, conheceu a ofendida

neste processo, sendo significativa a diferença de idades, iniciando a relação de namoro, que se prolongou até ao casamento em julho de 2008, nascendo os dois filhos do casal em junho de 2009 e agosto de 2011.

A relação conjugal, desde o seu início, foi marcada por dificuldades de comunicação e entendimento sobre a organização da vida doméstica e as funções de cada elemento do casal, agravados pelo consumo excessivo de álcool por parte do arguido, sucedendo-se os conflitos e as discussões, assim como alguns períodos de separação.

Em face das dificuldades económicas do agregado, desde há anos e quinzenalmente, que foi sendo prestado a esta família apoio alimentar através do Grupo Sócio Caritativo da Paróquia da Marateca,

À data dos factos que deram origem à instauração deste processo, designadamente em julho de 2016, a situação mantinha-se nos mesmos termos, residindo AA com a vítima e os dois filhos do casal, passando o arguido maioritariamente a semana fora de casa, devido a seu trabalho como manobrador de máquinas agrícolas na empresa “X”, de obras públicas e trabalhos agrícolas, mantendo-se o apoio e o acompanhamento social Grupo Sócio-Caritativo da Paróquia da Marateca.

O relacionamento do casal continuava a ser marcado pelas discussões sobre a gestão da vida doméstica, sucedendo-se os conflitos a que os filhos do casal estavam expostos.

Após a instauração deste processo ocorreu a saída de casa de mãe e filhos para uma Casa Abrigo, onde permaneceram até ao passado mês de dezembro.

A vida profissional do arguido prosseguiu nos mesmos termos, acompanhando as empreitadas da empresa onde trabalha como manobrador de máquinas agrícolas, no presente em Ferreira do Alentejo, vindo a casa de quinze em quinze dias.

AA sentiu a ausência de relação com os filhos que se verificou entre julho de 2016 e março de 2017, altura em que foi regulada a responsabilidade parental e o regime de visitas, tendo retomado a recentemente a relação com a vítima,

Apurou-se ainda que:

O arguido tem antecedentes criminais, porquanto:

Por sentença proferida no processo nº ---/10.0 GDMTJ do 2º Juízo do Tribunal Judicial da Comarca de Montijo, em 07.10.2011, transitada em julgado em 07.10.2011, por factos reportados a 13.03.2010, foi condenado pela prática de um crime de condução sem habilitação legal p. e p. pelo art. 3º, nºs 1 e 2 do Decreto-Lei nº 2/98 de 3 de Janeiro na pena de 90 dias de multa à taxa diária de 5, 00 €.

Por despacho de 14.02.2013 foi tal pena declarada extinta pelo pagamento.

Por sentença proferida no processo nº ---/12.7 GGSTB do 3º Juízo Criminal do Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal, em 23.08.2012, transitado em julgado em 01.10.2012, por factos reportados a 19.08.2012, foi condenado pela prática de um crime de condução sem habilitação legal p. e p. pelo art. 3º do Decreto-Lei nº 2/98 de 3 de Janeiro na pena de 129 dias de multa à taxa diária de 6, 00 €, substituída pela prestação de 129 horas de trabalho.

Por sentença proferida no processo nº ---/13.2 GGSTB do 2º Juízo Criminal do Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal, em 15.03.2013, transitado em julgado em 29.04.2013, por factos reportados a 15.03.2013, foi condenado pela prática de um crime de condução sem habilitação legal p. e p. pelo art. 3º do Decreto-Lei nº 2/98 de 3 de Janeiro na pena de 200 dias de multa à taxa diária de 5, 00 €, substituída pela prestação de 200 horas de trabalho.

Por sentença proferida no processo nº ---/14.2 GDMTJ do Juízo Local do Montijo do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa, em 11.11.2015, transitado em julgado em 11.12.2015, por factos reportados a 23.03.2014, foi condenado pela prática de um crime de condução sem habilitação legal p. e p. pelo art. 3º do Decreto-Lei nº 2/98 de 3 de Janeiro na pena de 5 meses de prisão e pela prática de um crime de condução de veículo em estado de embriaguez p. e p. pelo art. 292º do Cód. penal na pena de 2 meses de prisão e na sanção acessória de condução de veículos motorizados pelo período de 4 meses.

Em cúmulo jurídico foi condenado na pena única de 6 meses de prisão, suspensa na sua execução pelo período de 12 meses.

Por despacho de 18.01.2017 foi tal pena declarada extinta com efeitos a 12.12.2016.

FACTOS NÃO PROVADOS:

Não se provaram todos os factos que não se compatibilizam coma factualidade supra descrita, designadamente que:

Dois meses após a celebração do casamento, ainda que em datas não concretamente apuradas, o arguido começou a atingir o corpo e saúde de DD com chapadas, murros e empurrões por todo o corpo.

Igualmente desde o início do casamento, o arguido por tudo e por nada começa discussões com DD, no âmbito das quais parte diversos objetos existente no interior da casa de morada de família, como mesas, cadeira e vidros.

O arguido dirige igualmente á ofendida expressões que sabe serem atentatórias da sua honra e consideração, tais como “ *és uma fngida...não queres fazer nada...dizes que estás doente mas não estás... és uma vaca... andas a foder com todos...és igual à tua mãe...a tua família é toda a mesma merda... é só putedo...eu ando a trabalhar e tu tens de fazer as coisas aqui em casa...vai-me buscar comida ou estás a trabalhar para a engorda ?... Quem é que ganha cá para casa? ...Tu não fazes nada “.*

O arguido também dirige à ofendida expressões que a atemorizam tais como “ *há tanta gente que morre e tu ainda cá andas! “.*

Acresce que, o arguido tem ciúmes doentios da ofendida, controlando as suas rotinas diárias, chegando mesmo a impedi-la de ir às reuniões escolares dos filhos menores, de forma a evitar que contacte com terceiros, dizendo-lhe “ *O que é que lá vais fazer? Não vais lá fazer nada! Ficas em casa “.*

Estas injúrias, agressões e ameaças são proferidas no interior da casa de morada de família e são presenciadas pelos três menores supra identificados.

Em Setembro de 2008, no interior da casa de morada de família, o arguido desferiu uma chapada no lado esquerdo da face da ofendida, provocando-lhe dor, no entanto sem necessidade de assistência médica / ou hospitalar.

Seguidamente o arguido agarrou no fio de ouro que a ofendida ostentava ao pescoço e com violência puxou-o, partindo-o.

No início do ano de 2012, em data não apurada, cerca de 23.00 horas, no interior da casa de morada de família, encontrando-se a ofendida a dar de

comer à menor EE, o arguido iniciou mais uma discussão.

No decurso desta discussão, o arguido deferiu um empurrão no corpo da ofendida, o que levou a que esta se desequilibrasse e caísse desamparada no chão, tudo isto com a menor EE ao colo.

Seguidamente, a ofendida levantou-se e perguntou ao arguido “ *Achas que isto se faz?*”, tendo este reagido violentamente, agarrando DD por um dos braços e colocando-a fora da habitação.

Como o arguido trancou a porta da casa de morada de família, impedindo a ofendida de entrar, esta viu-se obrigada a percorrer cerca de 2 Km até chegar à residência mais próxima, onde telefonou para a GNR do Posto Territorial do Poceirão, pedindo auxílio.

Em 4 de Julho de 2016, após o almoço, no interior da casa de morada de família, o arguido iniciou nova discussão com a ofendida, sendo que a dado momento voltou a sua fúria para o menor FF que a tudo assistia e desferiu-lhe várias palmadas no rabo, provocando-lhe dor e rubor nesta zona corporal.

Em 10 de Julho de 2016, em hora não apurada, no interior da casa de morada de família, o arguido iniciou nova discussão com a ofendida dizendo-lhe “ *Cagam-te e mijam-te em cima e tu nem sequer sabes...estares aqui ou um monte de merda é a mesma coisa...para aturar putas não venho para aqui...se te pedissem a cona também davas* ”.

Ato contínuo, o arguido voltou-se para os menores EE e FF que a tudo assistiam e disse-lhes “ *para o próximo fim de semana não venho para casa... eu qualquer dia dou um tiro na vossa mãe que ela fica toda aos bocadinhos... fica sem cabeça* ”.

Ao ouvir estas palavras, a menor EE ficou em pânico, agarrando-se às pernas da progenitora enquanto chorava.

Ato contínuo, o arguido muniu-se de uma faca que utiliza para matar porcos, com cerca de 18 cm de lâmina, cujas concretas características concretas não foi possível apurar, e encostou-a ao pescoço de DD dizendo-lhe “ *eu mato-te ou tens dúvidas?*”.

Ao ouvir estas palavras, a menor EE ficou em pânico e disse ao arguido “ *deixa* ”.

a mãe em paz”, ao que o arguido lhe respondeu “ cala-te que isto não é nada contigo “.

Nesta sequência, DD desferiu uma palmada não mão do arguido, tendo este deixado cair a supra referenciada faca.

No final de mais esta discussão o arguido ainda disse em voz alta, para que a ofendida e a filha EE pudessem ouvir “ *vou-me embora...nunca mais cá apareço...morram todos, os animais e tudo à fome que eu não quero saber disso para nada “.*

A ofendida DD vive em pânico, receando que o arguido concretize as ameaças de atentar contra a sua vida ou contra a vida e integridade física dos dois filhos menores comuns do casal.

Quis ainda e conseguiu maltratar os dois filhos menores EE e FF, contra quem também descarregou a sua fúria e violência, fazendo-se valer do seu ascendente paternal e superioridade física para melhor conseguir os seus intentos, provocando-lhes dores físicas e psicológicas resultantes de tais atuações.

Motivação da decisão de facto

O Tribunal fundou a sua convicção com base na análise crítica da prova produzida em audiência de julgamento.

O **arguido** no uso do direito que a lei lhe confere não quis prestar declarações.

DD, ex-mulher do arguido e ofendida, constituída assistente, devidamente advertida nos termos do art. 134º do Cód. Processo Penal, manifestou querer usar da faculdade de não prestar depoimento.

Instada para tal declarou livremente que reatou o relacionamento com o arguido, ainda que vivendo em casas separadas.

BB prestou depoimento dizendo que viveu com o arguido e com a sua mãe desde os 3 a 4 anos. Afirmou que eles discutiam muito e que o arguido às vezes batia na sua mãe e que o fazia com a mão nos ombros e nas costas, com a mão aberta.

Disse que o arguido também lhe bateu a si com uma mangueira nas pernas e nos braços, sendo que a última situação ocorreu antes de ter saído de casa e ter passado a viver com os avós maternos.

Reafirmou que havia discussões entre o arguido e a sua mãe, no decurso das quais o arguido dizia expressões à sua mãe, mas que, apesar das insistências para que as dissesse, revelou-se muito inibida em o fazer. Confirmado ter ouvido “puta” e “cabra”.

Disse que as discussões ocorriam por coisas mínimas, designadamente por causa do jantar, por a comida estar salgada, por haver coisas sujas, etc.

Disse que havia reciprocidade nas respostas verbais por parte da sua mãe.

Afirmou que o arguido bateu na sua mãe com garrafas nas costas, duas a três vezes e que uma vez a garrafa se partiu.

Também lhe bateu com uma cadeira de madeira, cadeira de nessa, nas costas. Disse que o arguido bebia cerveja e vinho e que, normalmente, era nessas ocasiões que agredia.

Afirmou que sempre se recorda deste tipo de comportamentos do arguido durante a sua vivência com ele,

Disse que ele lhe batia com a mangueira por a depoente fazer birras, que ele também lhe fazia “festinhas”, assim como aos seus irmãos.

Mais afirmou que eles se divorciaram há alguns meses.

Afirmou que ele também batia nos seus irmãos, na cara e nos braços com as mãos abertas, designadamente à sua irmã EE para ela comer, quando a mesma tinha 5 a 6 anos de idade e que ao FF batia raramente.

No entanto, não precisou quando e de que forma tais situações ocorreram.

CC, mãe da DD, prestou depoimento, dizendo que na sua presença só assistiu a discussões entre o arguido e a sua filha. Nunca assistiu a agressões. Afirmou que viu a sua filha “marcada” e que a sua filha dizia que “não era dele”. Disse que viu vestígios nos braços, não sabe bem quando, mas depois do casamento

Afirmou que a BB se queixou no Infantário de ter sido agredida com uma mangueira e que nessa sequência foi chamada ao infantário

Disse que a BB passou a viver consigo, que viu o arguido bater com palmadas à EE quando ela tinha 5 anos por causa da sua teimosia e que ao FF não viu.

Sabe que a sua filha saiu de casa quando da situação relacionada com a queixa da BB no infantário e outra vez quando a Fernanda tinha 1 ano de idade.

Disse que não viu marcas das mangueiradas

Disse que a sua filha tinha medo do arguido, mas acabava de voltar para ele e que ela lhe respondia.

NB disse que nunca assistiu a qualquer agressão ou discussão, que o arguido bebia, mas portava-se bem, nunca o tendo visto bêbado.

AG disse que foi o depoente que arranhou a casa onde o arguido está a morara, que os via quase todos os dias, que nunca viu ou ouviu nada, que ele bebia.

AAA prestou depoimento, dizendo que conhece os arguidos por ir lá a casa em ação do Banco Alimentar, que se deslocava lá de 15 em 15 dias, que tomava refeições com eles e nunca assistiu a nada.

*

Fundamentou ainda o Tribunal a sua convicção com base nos assentos de nascimento de fls. 46, 47, 103 e 105, na informação de fls. 99 e na informação de fls. 180.

O Tribunal atendeu, para prova dos antecedentes criminais no crc de fls. 223 e sgs. Considerou ainda o Tribunal o relatório social de fls. 239 e sgs. quanto às condições pessoais e de vida do arguido.

*

Em face da prova produzida o Tribunal não teve dúvidas em dar como provada a factualidade supra referida.

Conforme resulta do supra exposto o arguido não prestou declarações, o mesmo tendo ocorrido com a DD, a qual se constituiu assistente,

As únicas declarações que DD prestou livremente foi para referir ter já

reatado o relacionamento com o arguido, situação que, aliás, também já resultava do relatório social.

Tal silêncio determinou que não tivesse sido realizada qualquer prova quanto aos factos dados como não provados.

Não se pode deixar de assinalar a sua postura, tendo, inclusivamente em consideração as medidas de proteção de que foi alvo e a realidade dos factos indiciados nos autos não se limitarem à sua própria pessoa, mas a todos os seus filhos.

Quanto aos factos dados como provados o Tribunal fundou a sua convicção com base no depoimento da menor BB, depoimento que se nos apresentou como sincero e credível.

No entanto, tal depoimento tem que ser parametrizado pelo período da vivência da menor em casa do arguido e da sua mãe – até novembro de 2011 – e pelas naturais dificuldades em situar no tempo algumas das ocorrências que relatou.

O Tribunal não ficou com quaisquer dúvidas quanto aos factos de que foi vítima assim como quanto aos factos de que foi vítima a sua mãe.

Já o Tribunal não ficou com certezas quanto aos factos que relatou tendo como vítimas os seus irmãos, pelas aludidas dificuldades em situar no tempo e em contextualizar os atos que imputou ao arguido. Na realidade o seu depoimento não permitiu ao Tribunal verificar com grau de certeza todo o contexto da prática dos factos que imputou ao arguido na pessoa dos seus irmãos, assim como o grau de intensidade dos atos imputados, para além da já referida dificuldade na localização no tempo de tais situações.

O depoimento prestado por CC permitiu solidificar a convicção do Tribunal quanto aos factos de que foi vítima a menor BB, situando o as razões de a menor ter passado a viver consigo.

No que tange ao dolo do arguido, o Tribunal fundou a sua convicção nas regras normais da experiência.

Como se afirma no ac. da Rel. do Porto de 23.02.93, in BMJ n.º 324, pág. 620 “dado que o dolo pertence à vida interior de cada um, é portanto de natureza

subjativa, insusceptível de direta apreensão. Só é possível captar a sua existência através de factos materiais comuns de que o mesmo se possa concluir, entre os quais surge com maior representação o preenchimento dos elementos integrantes da infracção. Pode comprovar-se a verificação do dolo por meio de presunções, ligadas ao princípio da normalidade ou das regras da experiência”.

*

(...).”.

IV

Com vista à apreciação da *supra* editada questão, **[(i)]**, trazida ao conhecimento deste Tribunal *ad quem* pelo recorrente, da pretendida nulidade do acórdão por valoração de prova cuja valoração era proibida, nos termos do estatuído nos artigos 134º, nºs 1, alínea a) e 2 e 122º, do Código de Processo Penal, vejamos:

Está em causa o depoimento da testemunha BB, [à data da prestação do respectivo depoimento menor de idade – cfr. fls. 105 e 106], filha da ofendida e também assistente nos autos, DD, casada com o arguido e recorrente, depoimento que foi prestado sem que a mesma, na sua pessoa ou na pessoa dos seus legais representantes, tenha sido advertida de que se podia recusar a depor, nos termos prevenidos no artigo 134º, nº 1, alínea a), do Código de Processo Penal, sendo certo que aquando da sua audição, em audiência de julgamento, na primeira instância, logo declarou ser “filha da assistente e enteada do arguido” - cfr. acta relativa à audiência de julgamento que teve lugar no dia 04.07.2017, constante de fls. 247 a 250 dos autos.

Acresce que da compulsa dos autos, em lado algum dos documentos (autênticos) que titulam o estado civil do arguido e da ofendida/assistente se mostra averbado que o casamento celebrado entre ambos, em 26.07.2008, foi dissolvido por divórcio por mútuo consentimento ou sem o consentimento de algum dos cônjuges – *v.g.* documentos constantes de fls. 46, 47 e 103 e 104.

E, sem que dúvida alguma se nos suscite, afigura-se-nos incontornável que o estado das pessoas, designadamente o seu estado civil, só se prova através de documento autêntico nos termos das disposições conjugadas dos artigos 1º, nº 1, alíneas d) e q), 3º, 4º, 69º, nº 1, alínea a) e 211º, nº 1, do Código de Registo Civil.

Também não se nos suscita qualquer dúvida que a filha da ofendida/assistente

cônjuge do arguido é afim deste, no primeiro grau da linha recta, nos termos do estatuído nos artigos 1580º, 1581º e 1584º, todos do Código Civil, definindo este último preceito legal afinidade como “o vínculo que liga cada um dos cônjuges aos parentes do outro” e sendo o parentesco “o vínculo que une duas pessoas, em consequência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um progenitor comum” – cfr. artigo 1578º, do mesmo diploma legal.

Dispõe o citado artigo 134º, do Código de Processo Penal, sob a epígrafe “Recusa de depoimento”, no segmento que nos importa, que:

“1- Podem recusar-se a depor como testemunhas:

- a) Os descendentes, os ascendentes, os irmãos, os afins até ao 2º grau, os adoptantes, os adoptados e o cônjuge do arguido;
- b) (...).

2- A entidade competente para receber o depoimento adverte, sob pena de nulidade, as pessoas referidas no número anterior da faculdade que lhes assiste de recusarem o depoimento.”.

Como assinala o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 154/2009, de 25.09.2009, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>, “(...) a possibilidade de recusa a prestar depoimento por parte dos familiares, cônjuge e afins do arguido (bem como por parte do ex-cônjuge de quem com ele conviver ou tiver convivido em condições análogas às dos cônjuges, relativamente a factos ocorridos durante o casamento ou a coabitação), tem o propósito imediato de evitar situações em que tais pessoas sejam postas perante a alternativa de mentir ou, dizendo a verdade, contribuírem para a condenação do seu familiar. Entendeu aqui a lei que o interesse público da descoberta da verdade no processo penal deveria ceder face ao interesse da testemunha em não ser constrangida a prestar declarações. Mas, além de pretender poupar a testemunha ao conflito de consciência que resultaria de ter de responder com verdade sobre os factos imputados a um arguido com quem tem parentesco ou afinidade próximos, o legislador quer proteger as “relações de confiança, essenciais à instituição familiar” (...) a razão de ser da norma é, não só a de obstar ao conflito de consciência que resultaria para a testemunha de ter de responder com verdade sobre os factos imputados a um seu familiar ou afim, mas também e sobretudo proteger as relações de confiança e solidariedade, essenciais à instituição familiar – verdadeiramente, é esta a sua raiz última (...) o fundamento último da legitimidade da recusa a

depor por parte das pessoas indicadas no n.º 1 do artigo 134.º do CPP situa-se no interesse da família enquanto elemento fundamental da sociedade e espaço de desenvolvimento da personalidade dos seus membros (n.º1 do artigo 67.º da CRP), cuja importância supera o interesse da punição dos culpados. A possibilidade de um familiar próximo vir a ser constrangido a testemunhar contra outro perturba a confiança, fundada no afecto ou nas projecções sociais sobre o afecto devido, que é o cimento da coesão desse elemento básico da sociedade. Por este ângulo, o que a regra do n.º 1 do artigo 134.º protege, em última linha, é a confiança e a espontaneidade inerentes à relação familiar, prevenindo (enquanto desenho do sistema jurídico relativo a esse ambiente privilegiado no qual as relações e as trocas de informação se devem desenvolver sem receio de aproveitamento por terceiros ou pelo Estado) e evitando (quando, perante um concreto processo, o risco passa de potencial a actual) que sejam perturbadas pela possibilidade de o conhecimento de factos que essa relação facilita ou privilegia vir a ser aproveitado contra um dos membros. E visa também – aliás, é essa a sua justificação de primeira linha – poupar a testemunha ao angustioso conflito entre responder com verdade e com isso contribuir para a condenação do arguido, ou faltar à verdade e, além de violentar a sua consciência, poder incorrer nas sanções correspondentes. Trata-se de uma forma de protecção dos escrúpulos de consciência e das vinculações sócio-afectivas respeitantes à vida familiar que encontra apoio no n.º 1 do artigo 67.º da Constituição e que outorga ao indivíduo uma faculdade que se compreende no direito (geral) ao desenvolvimento da personalidade, também consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, enquanto materialização do postulado básico da dignidade da pessoa humana (...)."

Nos termos do disposto no artigo 1585º, do Código Civil, na redacção introduzida pela Lei nº 61/2008, de 31.10, a afinidade (só) “não cessa pela dissolução do casamento por morte”, o que vale por dizer (diferentemente da anterior previsão que dispunha que “A afinidade (...) não cessa pela dissolução do casamento”), que à luz da lei civil vigente o vínculo de afinidade cessa, extingue-se, se o casamento se dissolveu por divórcio.

Por outro lado, importa afirmar, seguindo e ademais sufragando os ensinamentos do estudo da autoria do Exmº Juiz Desembargador José Manuel Cruz Bucho, sob o título “A Recusa de Depoimento de Familiares do Arguido: o Privilégio Familiar em Processo Penal (notas de estudo) ”, disponível no *site* do Tribunal da Relação de Guimarães [endereço www.dgsi.pt/jtrg], que “Os vínculos de parentesco, afinidade e adopção podem sofrer vicissitudes. Entre o momento da data da prática do facto delituoso e o momento da prestação de

depoimento, as relações familiares podem constituir-se ou extinguir-se (v.g. nascimento de um filho ou de um irmão, casamento, adoção, divórcio, etc.). Suscita[ndo]-se, deste modo, a questão de saber qual o momento a que deve atender-se para o exercício do direito a que alude o artigo 134.º do CPP. No que se refere ao parentesco, à afinidade e à adoção, atendendo à *ratio* do artigo 134.º do CPP, afigura-se-nos que o momento a que deve atender-se para determinar a vigência daqueles vínculos deve ser o momento em que há-de prestar-se o depoimento, independentemente da data da prática dos factos investigados ou imputados ao arguido (*tempus commissi delicti*), por ser no momento da inquirição que se manifesta a dura alternativa de faltar à verdade ou de comprometer gravemente os interesses de entes queridos. A existência do vínculo entre o arguido e os parentes e afins indicados na alínea a) do n.º 1 do artigo 134.º do CPP deve, assim, ser aferida no momento do depoimento e não no momento da prática do delito. Deste princípio é possível extrair três regras. 1ª- No momento da prestação do depoimento os familiares do arguido mencionados na alínea a) do n.º 1 do artigo 134.º do CPP, podem recusar-se a depor, mesmo se à data da prática dos factos o vínculo de parentesco, afinidade ou adoção ainda não estivesse constituído. 2ª- Inversamente, se à data da prestação do depoimento já não subsiste o vínculo por entretanto se ter extinguido, a testemunha está obrigada a depor, mesmo que à data da prática dos factos fosse parente, afim, adoptante ou adoptado do arguido ou posteriormente mas antes do momento da prestação do depoimento tivesse deixado de o ser. 3ª- Se os factos foram praticados após a extinção do vínculo de parentesco, afinidade ou adoção não há, evidentemente, direito de recusa.” – cfr. pág. 60 a 62.

Aqui chegados, ante o que se deixa exposto evolvendo ao processo, é tempo de afirmar que o Tribunal *a quo* ao não ter advertido a testemunha BB do direito de recusa em depor laborou em manifesto lapso, lapso fundado e inquinado pela afirmação *contra legem* de que o casamento entre o arguido e a ofendida/assistente se havia dissolvido por divórcio, “conforme declarações prestadas pelo arguido, pela DD e também pela BB”, fazendo tábua rasa de que o casamento, como o divórcio, só se provam por documento autêntico e consequentemente afirmando, não o podendo fazer (cfr. artigo 2º, do Código de Registo Civil, que dispõe que, “Salvo disposição legal em contrário, os factos cujo registo é obrigatório só podem ser invocados depois de registados.”), que à data da prestação do depoimento a testemunha BB, filha de DD, cônjuge do arguido, a mesma já não era afim deste. Aliás, em razão de tal entendimento, expresso na decisão recorrida, mal se compreende que tenha advertido (e bem!) a sogra, mãe do cônjuge do arguido, a testemunha

CC do direito de recusa de depoimento nos termos prevenidos no artigo 134º, nº 1, alínea a), do Código de Processo Penal – v.g. o teor da *supra* aludida acta de audiência de julgamento constante de fls. 247 a 250.

Porque assim, temos por certo que o Tribunal *a quo* omitiu o dever de advertência da testemunha BB da faculdade/direito de recusar o depoimento por ser, à data da prestação do depoimento, (ainda) afim do arguido, nos termos do estatuído no artigo 134º, nº 1, alínea a), do Código de Processo Penal, advertência que ademais é devida de cada vez que se deva proceder à inquirição da testemunha, independentemente da posição por ela assumida na mesma fase processual ou nas anteriores.

Nos termos do estatuído no nº 2, do citado artigo 134º, do Código de Processo Penal, a omissão de tal advertência configura uma nulidade.

Não se desconhece o dissídio existente na doutrina e na jurisprudência sobre a natureza desta nulidade, dissídio de que dá abundante nota o mencionado estudo do Exmº Juiz Desembargador José Manuel Cruz Bucho - cfr. *ob. cit.* pág.153 a 163 -, dispensando-nos de acrescidos considerandos e permitindo-nos sintetizar que, para uns, aquela nulidade deve ser qualificada como uma proibição de valoração a convocar a correspondente proibição de prova e, para outros, traduzindo a violação de formalidades de prova, convoca o regime da nulidade relativa ou sanável ou dependente de arguição.

Ressalvado o sempre e muito devido respeito pela opinião contrária, secundamos e sufragamos este segundo entendimento, que se nos afigura ainda hoje dominante na doutrina e na jurisprudência, acompanhando, além do Autor do citado estudo, Maia Gonçalves, in “Código de Processo Penal, Anotado”, 16ª edição, Almedina, 2007, pág. 341 e 342, M. Simas Santos e M. Leal-Henriques, in “Código de Processo Penal, Anotado”, 2ª edição, Rei dos Livros, 1999, pág. 731 e 732, M. Simas Santos, M. leal-Henriques e João Simas Santos, in “Noções de Processo Penal”, 2ª edição, Rei dos Livros, 2011, pág. 200 a 266, Germano Marques da Silva, in “Curso de Processo Penal”, vol. II, 4ª edição, Verbo, 2008, pág. 130 a 152 e 163 a 168 e, neste Tribunal da Relação de Évora, o Aresto de 13.07.2017, relatado pela Exmª Juíza Desembargadora Ana Barata Brito, proferido no processo nº 1508/9 T9BJA.E1, e disponível em www.dgsi.pt/jtre [distanciando-nos, assim, daqueloutro Aresto desta Relação, de 03.06.2008, relatado pelo Exmº Juiz Desembargador António João Latas, proferido no processo nº 1991/07-1, igualmente disponível no mencionado local].

Como se lê no citado Aresto de 13.07.2017, “Em processo penal, as ilegalidades de prova podem configurar *proibições de prova* (categoria específica do processo penal), *nulidades* (absolutas ou relativas) e *irregularidades*. Trata-se de matéria complexa, que tem sido objecto de extensa reflexão doutrinária e reiterada abordagem jurisprudencial.

Abreviadamente e como enunciado geral, pode dizer-se que as proibições de prova – vício mais grave que afecta qualquer possibilidade de apreciação da prova (proibida): “são nulas, *não podendo ser utilizadas*” – art. 126º, nº s 1 e 3, do CPP – respeita a provas obtidas mediante violação de direitos fundamentais, de tutela constitucional – “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações” – art. 32º, nº 8 da CRP.

O pensamento doutrinário e a prática jurisprudencial não têm sido uniformes na delimitação do universo das proibições de prova e na definição da fronteira com as nulidades de prova. A prática coloca dificuldades de distinção das situações e nem sempre resulta claro situar as contrariedades às normas processuais que regem em matéria de prova.

Daí que Costa Andrade, após assinalar a “acentuada tensão para o concreto” a que obedece o direito das proibições de prova, considere escapar “tanto ao legislador como à doutrina”, “de todo em todo, a possibilidade de antecipar e de antecipadamente modelar normativamente as «miríades de casos que a vida segrega» ” (Costa Andrade, Sobre as proibições de Prova em Processo Penal, 1992, p 115).

A propósito da temática em apreciação, existem diferentes posições, doutrinárias e jurisprudenciais, que não cumpre desenvolver aqui e que se encontram tratadas, por exemplo, no citado estudo de Cruz Bucho.

A propósito da “delimitação do instituto das proibições de prova”, de que cumpre partir, considera-se ser de subscrever a doutrina de Helena Morão. A autora desenvolve:

“Assim, parece-nos que a *proibição de prova* em sentido próprio no sistema processual penal português é somente aquela norma probatória proibitiva cuja violação possa redundar na afectação de um dos direitos pertencentes ao

núcleo eleito no art. 32/8 da Lei Fundamental e que o artigo 126 do Código de Processo Penal manteve, sem alargar. Não basta a mera violação de uma proibição legal em matéria probatória, como na lei italiana, nem a violação de um qualquer direito fundamental, como na lei espanhola.

“Deste modo, a título meramente exemplificativo, não estaremos diante de uma *proibição de prova* quando ocorre uma violação da proibição do testemunho de ouvir dizer (artigo 129 do Código de Processo Penal). Efectivamente, quando se verifica uma ultrapassagem dos limites previstos para o depoimento indirecto, nenhum dos valores protegidos pelo artigo 32/8 da Lei Fundamental é posto em causa, mas apenas o direito fundamental do arguido a um processo dotado de estrutura acusatória, com garantias de respeito pelos princípios da imediação e do contra-interrogatório na fase de julgamento.

“Neste caso é uma outra garantia constitucional que é atingida, a que vem prevista no nº 5 do artigo 32º da Constituição, e, para esta situação, vigora o regime geral das nulidades processuais penais (artigo 118º e segs. do Código de Processo Penal), vocacionado para a resolução das questões respeitantes à normal ponderação de valores inerente ao processo penal, que é ele próprio, em grande medida, Direito Constitucional concretizado.

“Assim, se o critério fundamental aqui apontado é o da afectação do núcleo valorativo dos direitos elencados no artigo 32/8 da Lei Fundamental, não é necessário que a lei comine, expressamente, a sanção da nulidade ou outra fórmula análoga para que estejamos perante uma proibição de prova. Por seu turno, não é por existir uma regra que comine a nulidade no Livro III do Código de Processo Penal que estamos perante uma proibição de prova” (Helena Morão, O efeito-à-distância das proibições de prova no Direito processual penal português”, RPCC 16 (2006), pp. 589/90).

Da posição que se adopta sem hesitação, resulta que o depoimento de familiar não advertido nos termos do art. 134º, nº 2 do CPP integra uma nulidade de prova e fica fora do núcleo das proibições de prova.

A possibilidade de recusa de depor não se ancora directamente na tutela da intimidade da vida privada, pois é inquestionável que o direito de recusa se mantém nos casos em que os factos probandos não respeitam à vida privada ou à intimidade da testemunha, tendo apenas como ligação a esta a circunstância de serem imputados a um seu familiar.

Também nesta parte, se sufragam as considerações seguintes, desenvolvidas por Cruz Bucho no estudo citado: “Contrariamente ao que por vezes se vê afirmado, sem qualquer demonstração ou sequer fundamentação mínima, o direito de recusa não se funda na tutela da vida privada.

“Como o STJ já teve oportunidade de afirmar no seu Ac. de 23-10-2008: «A possibilidade de recusar o depoimento, nos termos do artigo 134.º, n.1, als. a) e b), do CPP, não está relacionada com a intromissão na vida privada; a possibilidade de recusa relaciona-se tão-só com o facto de as pessoas mais intimamente ligadas ao arguido não serem obrigadas a depor contra ele, sujeitando-se à prestação de juramento e consequências inerentes (artigo 91.º)».

“Também o próprio Tribunal Constitucional ao abordar a finalidade e fundamento da regra do n.º 1 do artigo 134.º já esclareceu que:

«Trata-se de uma forma de protecção dos escrúpulos de consciência e das vinculações sócio-afectivas respeitantes à vida familiar que encontra apoio no n.º 1 do artigo 67.º da Constituição e que outorga ao indivíduo uma faculdade, que se compreende no direito (geral) ao desenvolvimento da personalidade, também consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, enquanto materialização do postulado básico da dignidade da pessoa humana (Embora não pareça, como concluiu o acórdão recorrido e afirma alguma doutrina, que possa ancorar-se directamente na tutela da intimidade da vida privada. Os factos podem não ter outra ligação à testemunha senão a circunstância de serem imputados ou interessarem à definição da responsabilidade penal de um seu familiar (lato sensu) e mesmo assim existe direito ao silêncio)».”.

Citando, uma vez mais, o aludido estudo do Exmº Juiz Desembargador José Manuel Cruz Bucho, em suma, “Da omissão do dever de advertência não resulta, pois, qualquer proibição de valoração. Em conclusão: a omissão da advertência constitui nulidade (processual) sanável que, de acordo com o estatuído no artigo 120.º, n.º 3, al. d) do CPP, deve ser arguida até à conclusão do depoimento” - cfr. *ob. cit.* pág. 163.

A nulidade decorrente da omissão da advertência deve ser arguida pelos interessados - cfr. artigo 120º, nº 1, do Código de Processo Penal - “entendendo-se como tais os participantes processuais (todos) que porventura possam beneficiar da procedência da arguição, isto é, que tenham interesse

em que o acto seja praticado com regularidade e sem vícios” – v.g. M. Simas Santos e M. Leal-Henriques, *ob.* e *loc.* citados. O conceito de interessado abrange tanto o arguido, como o Ministério Público, como as partes civis, como o assistente, como a própria testemunha enquanto participante processual.

E, se é certo que, como se deixou afirmado, a omissão de advertência do direito de recusa nos termos prevenidos no artigo 134º, nºs 1, alínea a) e 2, do Código de Processo Penal constitui, em nosso entender, nulidade relativa ou sanável ou dependente de arguição e esta pode ser feita por qualquer participante processual que dela possa beneficiar por ter interesse que o acto seja praticado com regularidade e sem vício, afigura-se-nos não ser menos certo que, em princípio, mas não inevitavelmente, tal arguição há-de ocorrer até à conclusão do depoimento, nos termos do estatuído no artigo 120º, nºs 1 e 3, alínea a), do citado diploma legal. Não o sendo, ficará em princípio sanada.

Volvendo aos autos, a nulidade em causa foi arguida pelo arguido, representado pela sua Exm^a Defensora Oficiosa, em audiência de julgamento, quando o depoimento da testemunha BB já terminara, aquando da palavra para alegações orais.

Porém, relativamente à testemunha que prestou depoimento, ademais menor de idade, não ocupando no processo a posição de sujeito processual e desacompanhada de advogado, visando a norma legal desrespeitada - o artigo 134º, nº 1, alínea a), do Código de Processo Penal - salvaguardar “direitos da testemunha”, como se afirma no *supra* mencionado Acórdão deste Tribunal da Relação de Évora, de 13.07.2017, e se acompanha, “Nestas concretas circunstâncias, não pode ser-lhe exigível que se aperceba, que conheça e que por isso invoque uma nulidade consistente exactamente na ausência de informação. Ou seja, aquando da prática do acto a testemunha “familiar” não pode *conhecer* um vício que se traduz num *desconhecimento* (face à ausência de advertência da faculdade de recusa de depor). E não pode considerar-se esgotado o prazo de arguição de nulidade, pois quanto a ela o prazo só pode iniciar-se com o conhecimento. A testemunha familiar do arguido é “pessoa interessada”, pois é a beneficiária do direito tutelado pela norma violada (o art. 134º, nº 2 do CPP). A advertência visa garantir-lhe o exercício da faculdade de recusa e ela não pode ser pessoa totalmente excluída do processo de decisão sobre a ilegalidade. Por tudo, tem de lhe ser dado conhecimento e assegurada a possibilidade de se manifestar sobre a

ilegalidade. O que, na prática, vai *coincidir* com a reparação da nulidade.”.

E, no suprimento da apontada nulidade, na primeira instância, não deverá o Tribunal *a quo* olvidar os princípios afirmados no sumário do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26.06.2002, mencionado no estudo a que nos vimos referindo, pág. 152, que “III - Não é lícito confundir a incapacidade para o exercício de direitos dos menores regulada no direito civil (artigo 123.º do CC), com as regras que regem a produção de prova testemunhal em processo penal. III - Aliás, o citado artigo 123.º logo ressalva hipóteses em que a lei reconhece aos menores capacidade para o exercício de certos direitos, ao dispor: “Salvo disposição em contrário, os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos. IV - Exemplo de “disposição em contrário” são precisamente as regras do processo penal que permitem verificar a aptidão física e mental para prestar testemunho.” – cfr. ainda artigo 131º, do Código de Processo Penal.

Em suma, a questão da protecção da principiologia subjacente à norma constante do artigo 134º, do Código de Processo Penal, da protecção do interesse da família, sempre se sobreporá à necessidade de punição das condutas delitivas, sob pena de se deixar desprotegida a *ratio* da normação em referência.

Não se olvide que a norma em causa sempre haverá de sobrelevar relativamente à descoberta da verdade material.

Ante tudo o que se deixa exposto, ao abrigo das disposições conjugadas dos artigos 134º, nºs 1, alínea a) e 2, 120º, nº 1 e 122º, todos do Código de Processo Penal, declarando-se nula a prestação de depoimento pela testemunha BB por omissão do dever de advertência do direito de recusa em depor e, por conseguinte, nulo o acórdão condenatório proferido, determina-se que os autos baixem ao Tribunal *a quo* e que o mesmo reabra a audiência de julgamento para cumprimento da norma jurídica violada relativamente à aludida testemunha. Do exercício ou não desse direito de recusa em depor por banda da testemunha BB, o Tribunal *a quo* retirará as devidas consequências, de facto e de direito, no novo acórdão a proferir.

Em consequência, ainda que com fundamentação diversa da invocada pelo arguido, o recurso por si interposto é procedente.

Tendo em consideração o estatuído no artigo 513º, nº 1, do Código de Processo Penal, não há lugar a tributação.

VI

Decisão

Nestes termos acordam em:

A) - Conceder provimento ao recurso interposto pelo arguido AA e consequentemente, ao abrigo das disposições conjugadas dos artigos 134º, nºs 1, alínea a) e 2, 120º, nº 1 e 122º, todos do Código de Processo Penal, declarar nula a prestação de depoimento pela testemunha BB , por omissão do dever de advertência do direito de recusa em depor e bem assim nulo o acórdão condenatório proferido, determinando-se que os autos baixem ao Tribunal *a quo* e que o mesmo reabra a audiência de julgamento para cumprimento da norma jurídica violada relativamente à aludida testemunha.

B) - Não ser devida tributação.

[Texto processado e integralmente revisto pela relatora (cfr. artigo 94º, nº 2, do Código de Processo Penal)]

Évora, 5 de Junho de 2018

(Maria Filomena Valido Viegas de Paula Soares)

(José Proença da Costa)