

Tribunal da Relação de Coimbra
Processo nº 253/17.5JALRA.C1

Relator: ALCINA DA COSTA RIBEIRO

Sessão: 13 Novembro 2019

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: RECURSO CRIMINAL

Decisão: CONFIRMADA

AUDIÊNCIA DE JULGAMENTO

DISPENSA DE INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHA

INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA DE PROVA

RECURSO

Sumário

I – O modo de o arguido reagir ao deferimento da requerida dispensa de inquirição de testemunhas arroladas, pelo Ministério Público, na acusação, é o recurso, não a reclamação/arguição de nulidade.

II – É também o recurso o meio processual adequado para o arguido se insurgir contra decisão que, no decurso da audiência de julgamento, indefere diligência de prova, requerida, expressa ou implicitamente, ao abrigo do artigo 340.º do CPP.

Texto Integral

I. RELATÓRIO

1. Por Acórdão proferido em 07 de Julho de 2019, foi o arguido (...) condenado:

a) Pela prática, como autor material de um crime previsto e punido pelo artigo 171º, nº 1 e 2, do Código Penal, na pena de 4 anos e seis meses de prisão;

b) Pela prática, como autor material de três crimes previstos e punidos, cada um deles, pelo artigo 173º, nº 1 e 2, do Código Penal, na pena de um ano e seis meses de prisão.

c) Em cúmulo jurídico foi o arguido condenado na pena única de cinco anos e seis meses de prisão.

d) A pagar à assistente (...) a quantia de 30 000€ (trinta mil euros), acrescida de juros moratórios desde a data de notificação do pedido cível efectuada ao demandado até integral pagamento.

2. Inconformado com esta condenação, dela recorre o arguido, formulando as seguintes Conclusões:

(...)

v) O M.º P.º, na acusação, arrolou como testemunhas (...), as quais também foram arroladas pela Assistente, razão que determinou o Arguido a não arrolar testemunhas, por serem essas e não outras as que pretendia utilizar na sua defesa; Entretanto, na véspera da data designada para a realização da audiência de julgamento, prescindir da sua inquirição, ao que o defensor do Arguido se opôs, porquanto, ouvidas em sede de inquérito, não vieram em sede de inquérito corroborar a versão da denunciante, concluindo que ao preterir a inquirição das referidas testemunhas, sufraga-se a transformação do processo crime num processo de partes, em violação do dever de apuramento da verdade material;

w) O despacho proferido, que julgou “validamente prescindidas” as testemunhas supra referidas, com o fundamento de não ter o defensor, em momento oportuno, apresentado rol de testemunhas, não se pronunciou, sequer, sobre se a audição dessas testemunhas se tornava ou não necessária à descoberta da verdade e à boa decisão da causa ou, a contrário, se se tratava de prova notoriamente irrelevante ou supérflua, de obtenção impossível ou duvidosa, se consubstanciava, enfim, mera diligência dilatória, pelo que redundava na subversão da axiologia que deve enformar a produção da prova em julgamento penal, maxime no que concerne ao princípio reitor da investigação, fundando-se num efeito de preclusão que é obviamente incompatível com o dever de investigação judicial autónoma da verdade que incumbe ao julgador - de resto, o Tribunal Constitucional (Ac. 571/2001) afirmou já a “inexistência de um efeito preclusivo da apresentação do rol de testemunhas” - olvidando que, em processo penal não há um ónus da prova,

como aliás é óbvio, tendo presente que a não apresentação de contestação não tem, sequer, efeitos cominatórios.

x) Impunha-se, não só a inquirição (pelo menos!) da testemunha (...), face à constatação de que a Assistente (Cfr. minuto [00:42:45] do depoimento que prestou em 03/12/2018, tenta esquivar-se à questão sobre se teria ou não falado com aquela (o tribunal interrompeu porque a “a (...) foi prescindida” !!) acabando por dizer [minuto 00:46:00] que lhe relatou os factos descritos nos prontos 2 a 12 provados, o que esta nega no inquérito, sendo essa a razão, de obstaculização da descoberta da verdade, pela qual foi dispensada (na véspera...) a inquirição em audiência de julgamento, como ainda, a inquirição oficiosa do pai da Assistente, tendo em conta que ao minuto [01:02:12] afirma que «Sim. Efectivamente, o meu pai, a certo ponto, passou-lhe pela cabeça. Já me confessou que também lhe pareceu uma ideia muito rebuscada, mas teve que me perguntar. E eu jurei-lhe a pés juntos e chorei em frente dele que nunca tinha acontecido nada.»; Isto tinha de ser “tirado a limpo” para se perceber se o depoimento da Assistente, não ajuramentado, é credível, ou não, e não o é se esses factos forem infirmados pelas referidas testemunhas.

y) Tal despacho, proferido em audiência de julgamento de 03/12/2018, violou o disposto no art. 340º, n.º 1, do CPP, dando aliás ao art.º 315.º, n.º 1, do mesmo código, interpretação desconforme ao princípio da ampla defesa com assento constitucional no art.º 32.º da C.R.P., ficando incursão na nulidade de omissão de diligências essenciais para a descoberta da verdade, prevista no art. 120.º, n.º 2, al. d), do mesmo Código, a qual tem como consequência a invalidade do acto em que se verificou e dos subsequentes, designadamente da sentença (art. 122.º, n.º 1, do CPP), reclamada, via recurso, em devido tempo, a determinar, na respetiva procedência, a repetição do julgamento, no seu todo, na ponderação conjugada de que são também afetados pela declaração de irregularidade os atos prévios não autonomizáveis do ato irregular, maxime da exigência jusprocessual penal decorrente da norma ínsita no artigo 328.º do CPP.

*

Termos em que deverá o presente recurso proceder, e em consequência:

a) Ser o Acórdão recorrido anulado, ou caso assim não se entenda, ser o Acórdão recorrido revogado e o arguido absolvido dos crimes de que vinha

acusado, ou perante os enunciados erros de apreciação, nos termos do art.º 431 do C.P.P., ser ordenada a necessária modificação da matéria de facto;

Ou assim não se atendendo, o que apenas por hipótese se admite,

b) Ser o Acórdão revogado no que respeita à pena aplicada, que deverá ser substituída por pena não superior a 3 anos de prisão, suspensa na respectiva execução, quanto ao crime previsto e punido pelo art. 171.º, n.º 1 e 2 do Código Penal e por pena de multa, quanto ao crime previsto e punido pelo art. 173.º, n.º 1 e 2 do Código Penal,

3. Em resposta ao recurso, a Digna Magistrada do Ministério Público e a assistente, colada aos argumentos do Ministério Público, defende a manutenção da decisão recorrida.

4. Nesta Relação, a Digna Procuradora – Geral Adjunta pronunciou-se no sentido do não provimento do recurso.

5. Cumprido o disposto no artigo 417.º, n.º 2 do CPP, realizado o exame preliminar e colhidos os vistos, cumpre, agora, decidir.

II. A DECISÃO RECORRIDA

A primeira instância julgou a matéria de facto como a seguir se transcreve:

«(...) Factos provados

Da instrução e discussão da causa resultaram provados os seguintes factos:

A) Do despacho de pronúncia

1. (...) nasceu no dia 24 de Fevereiro de 1997 e em Agosto do ano de 2010 começou a frequentar uma quinta do arguido para montar cavalos sita na Rua (...).

2. Em data não concretamente apurada mas situando-se a mesma em Dezembro de 2010, o arguido (...) foi buscar a (...) à escola, como fez algumas vezes ao longo desse tempo. Contudo, nesse dia, o arguido não seguiu o caminho que costumava seguir para levar a ofendida a casa e, parou o veículo que conduzia na estrada nova entre Caldas da Rainha e a Foz do Arelho.

3. A (...) questionou o arguido porque é que estavam a parar, tendo este dito à mesma para irem para o banco de trás porque precisavam falar.

4. Quando já se encontravam no banco de trás do veículo, o arguido começou a dizer à ofendida (...) que gostava muito dela e começou a acariciar a ofendida (...), tendo esta tentado afastar o mesmo o que não conseguiu.
5. Após, o arguido (...) começou a tirar as calças da ofendida (...), o que logrou por ter mais força que a ofendida.
6. Acto contínuo, o arguido conseguiu, forçando, penetrar o seu pénis na vagina da ofendida (...), usando preservativo, apesar desta se debater com ele.
7. Já cansada, a ofendida deixou de conseguir resistir fisicamente dado o ascendente de força do arguido (...), acabando a ofendida (...) por fechar os olhos, começado a chorar e esperar que o arguido acabasse de se satisfazer.
8. Posteriormente, em data não concretamente apurada, mas situando-se a mesma após o dia 24 de Fevereiro de 2011, perto da quinta do arguido, quando este levava a ofendida (...) num veículo de marca (...), modelo (...), no banco situado ao lado do condutor, vulgo “pendura”, o arguido (...) voltou a obrigar a ofendida (...) a ter relações sexuais com ele, tendo o arguido se colocado em cima da ofendida e introduzido o pénis na vagina da (...).
9. Numa outra situação, em data não concretamente apurada, mas situando-se a mesma após o dia 24 de Fevereiro de 2011, também perto da quinta do arguido (...), numa zona isolada, o arguido voltou a ter relações sexuais com a (...), estando esta menstruada, novamente introduzindo o pénis dele na vagina da ofendida.
10. Por fim, em data não concretamente apurada, mas situando-se a mesma após o dia 24 de Fevereiro de 2011, no mesmo local onde tinham ocorrido os factos mencionados supra nos pontos “2” a “7”, na estrada nova entre Caldas da Rainha e a Foz do Arelho, dentro do veículo do arguido (...) de marca (...), o arguido voltou a ter relações sexuais com a ofendida (...), introduzindo o seu pénis na vagina da ofendida (...).
11. O arguido (...) conhecia a idade da ofendida (...) e estava ciente de que, ao actuar das formas descritas sob os pontos “2” a “10”, perturbava e estava a prejudicar, de forma séria, o desenvolvimento da sua personalidade, designadamente na esfera sexual e punha em causa o normal e sã desenvolvimento psicológico, afectivo e da consciência sexual da menor, o que quis.

12. O arguido agindo como o fez da forma descrita sob os pontos “2” a “10”, fê-lo sempre de forma livre deliberada e consciente, ciente de que as suas condutas lhe não eram permitidas porque proibidas por lei.

13. O arguido não tem antecedentes criminais registados.

B) Condições pessoais do arguido

(...).

C) Do pedido de indemnização civil formulado pela Assistente (...)

(...).

(...) Factos não provados

(...) Da pronúncia

Da instrução e discussão da causa [considerando o objecto do processo tal como surge nos autos recortado pelo despacho de pronúncia] não resultaram quaisquer factos não provados.

(...). Do pedido de indemnização civil formulado

Da instrução e discussão da causa resultou não provado que:

(...).

(...) Motivação da decisão de facto

III. DO MÉRITO DO RECURSO

1.Nulidade (omissão de diligências)

1.1.Questão a decidir

Suscita o Recorrente a questão de saber se o despacho que julgou validamente prescindidas as testemunhas arroladas pelo Ministério Público violou o disposto no artigo 340º, nº 1, do Código de Processo Penal, tendo cometida a nulidade por omissão de diligências essenciais para a descoberta da verdade.

1.2. Actos processuais Relevantes

Em 30 de Novembro de 2018, o Ministério Público, através do Requerimento de fls. 325 e 326, prescindiu da inquirição das testemunhas (...).

Em 3 de Dezembro de 2018, pronunciou-se o arguido sobre esta pretensão, da seguinte forma:

«opõe-se a essa desistência e fá-lo com a seguinte razão: as testemunhas que agora foram prescindidas, a posição do Ministério Público e neste momento à última da hora vir prescindir destas testemunhas que foram arroladas em sede de inquérito e supostamente tendo sido indicadas pela denunciante como sendo conhecedoras da realidade dos factos não vieram em sede de inquérito corroborar a versão da denunciante e, por isso, parece-me, a mim que a defesa e estratégia do Ministério Público neste momento será a de não ouvir estas testemunhas porque as mesmas não irão corroborar a versão da denunciante, parece-me que esta estratégia é a transformação do processo crime num processo de partes que não deverá ser sufragada por este tribunal, por isso ao abrigo do disposto no artigo 340º, nº 1, do Código de Processo Penal a defesa pede ao tribunal que na procura da verdade material estas mesmas testemunhas venham a ser ouvidas por decisão do tribunal.».

O Tribunal decidiu esta questão em 3 de Dezembro de 2018, como segue:

«As testemunhas ora prescindidas pelo Exmº Procurador da República e pelo Exmº Sr. Patrono nomeado à Assistente foram por eles prescindidas. O Exmº Mandatário do arguido teve acesso aos autos em momento oportuno podendo apresentar o rol de testemunhas, o que não fez em momento algum. Onde, o tribunal considera validamente prescindido o depoimento das testemunhas não se justificando, também, na óptica do colectivo de juízes que presidem a este julgamento a sua inquirição, ao abrigo do disposto do artigo 340º, do Código de Processo Penal.» (fls. 328 e 329).

1.3. O Direito

Defende o recorrente que o despacho em análise enferma da nulidade tipificada no artigo 120º, nº 2, alínea d), do Código de Processo Penal, por omissão de diligências essenciais.

No caso dos autos, a decisão criticada é constituída por duas partes. A primeira defere a dispensa da inquirição das testemunhas arroladas na acusação, nos termos requeridos pelo Ministério Público, enquanto a segunda indefere a inquirição das mesmas testemunhas requerida pelo arguido, ao abrigo do artigo 340º, do Código de Processo Penal.

O modo de reagir contra a primeira parte daquele despacho é, a nosso ver e salvo melhor opinião, o recurso e não reclamação/arguição de nulidade.

Ora, de acordo com o disposto no artigo 411º, nº 1, alínea c) do Código de Processo Penal, o prazo de interposição do recurso é de 30 dias a contar, nos casos de decisão oral reproduzida em acta, a partir da data em que tiver sido proferida, se o interessado estiver ou dever considerar-se presente.

Considerando, no caso, que a decisão foi proferida oralmente, no dia 3 de Dezembro de 2018, tendo sido notificada ao Recorrente nesse mesmo dia, facilmente se conclui que, desde então decorreram já mais de 30 dias, sendo, por isso, extemporâneo o recurso agora interposto pelo Recorrente. Consequentemente, transitou em julgado a primeira parte do despacho sindicado (cf. artigo 628º, do Código de Processo Civil, *ex vi* artigo 4º do Código de Processo Penal).

No que toca ao modo de reacção ao indeferimento da inquirição das testemunhas requerido pelo arguido, ao abrigo do disposto no artigo 340º, do Código de Processo Penal, sabemos que não tem sido decidida uniformemente.

Para uns, o recurso constitui o meio adequado de impugnação do dito despacho, enquanto outros o excluem, havendo, ainda, quem defenda que o recurso é adequado à reapreciação do mesmo despacho, se «se o poder conferido pelo n.º 1 do artigo 340.º do CPP for exercido fora do condicionalismo legal» - [cf. acórdão do TRG de 27.04.2009, proc. n.º 12/03.2TAFAG1, disponível em www.dgsi.pt].

Em causa estão os conceitos de prova “essencial”, “indispensável”, “absolutamente indispensável” ou “estritamente indispensável”, por um lado, «prova “necessária”, “previsivelmente necessária” ou “absolutamente necessária”, “útil”, “de interesse”, “relevante” ou “de grande interesse”, por outro lado e, ainda, a prova “conveniente”, sobre os quais, se pronuncia Pinto de Albuquerque:

«A diferença entre estes três tipos de critérios é fundamental em termos práticos. A omissão da prova do primeiro tipo constitui uma nulidade sanável nos termos do artigo 120.º, n.º 2, al.ª d). A omissão da prova do segundo tipo constitui uma irregularidade nos termos do artigo 123º. A omissão da prova do terceiro tipo não constitui qualquer vício processual (...)

O vício (nulidade ou irregularidade) deve ser arguido até ao final da audiência de julgamento se o sujeito processual interessado ou o seu defensor ou representante estiverem presentes na mesma (...). Mas se o sujeito processual interessado tiver requerido a diligência de prova na audiência e não tiver

recorrido do despacho que indeferiu a mesma, conformou-se com a mesma e o tribunal superior não pode sindicá-lo o indeferimento da diligência requerida».

«No mesmo sentido, lê-se no acórdão do TRP de 12.02.2014, proferido no proc. n.º 93/08.2GASJP.P1, disponível em www.dgsi.pt/jtrp:

«Discutia-se (na doutrina e na jurisprudência) se o poder conferido pelo artigo 340.º do Cód. Proc. Penal é um poder discricionário ou, pelo contrário, é sindicável.

O citado preceito tem um conteúdo normativo que tutela o princípio da investigação para que a decisão final se conforme, no possível das provas, com a verdade material. Trata-se de um poder vinculado do tribunal, de exercício obrigatório, verificado o condicionalismo nele previsto: que a produção dos meios de prova se afigure necessária à descoberta da verdade e à boa decisão da causa.

O correto exercício desse poder/dever é sindicável, ou seja, a eventual violação dos pressupostos legais do exercício desse poder é impugnável, mediante recurso.

Impõe-se, no entanto, distinguir duas situações:

Pode acontecer que, no decurso da audiência de discussão, se venha a revelar essencial para a descoberta da verdade e à boa decisão da causa a realização de diligências de prova não requeridas, nem na acusação, nem na contestação do arguido: por exemplo, a realização de um exame à letra e assinatura de um documento, de uma perícia psiquiátrica ou até a audição de uma testemunha cujo depoimento se venha a revelar decisivo.

A omissão dessa diligência de prova reputada de essencial para a descoberta da verdade constitui uma nulidade sanável (portanto, dependente de arguição pelo interessado), nos termos do artigo 120.º, n.º 2, al. d), do Cód. Proc. Penal.

(...)

Mas também pode acontecer que qualquer dos sujeitos processuais, tendo-se apercebido da essencialidade de uma diligência de prova, apresente um requerimento para a sua realização.

Exatamente como aconteceu no caso sub judice (...)

Se o tribunal indefere o requerimento de realização da diligência, o sujeito processual interessado pode reagir recorrendo do despacho de indeferimento,

pois, como já se referiu, o poder conferido pelo artigo 340.º do Cód. Proc. Penal não é discricionário.

Se o não fizer, ou não o fizer tempestivamente, o despacho transita em julgado e o tribunal superior não pode sindicá-lo o indeferimento»

Na mesma linha, ou seja, da recorribilidade do despacho que no decurso da audiência indefere requerimento tendente à produção de prova, então formulado por qualquer dos sujeitos processuais interessados, pronunciou-se o acórdão do TRP de 02.07.2008, proc. n.º 2650.08 -04, disponível em <http://bdjur.almedina.net/juris>.

Já o Tribunal Constitucional no acórdão n.º 171/2005, decidiu que: “a outorga ao juiz de um poder de direção do processo, na fase de produção de prova, lhe permite rejeitar liminarmente as diligências probatórias notoriamente irrelevantes, supérfluas, inadequadas ou meramente dilatórias” – naturalmente de acordo, com a apreciação do juiz (...) sujeita a impugnação por via de recurso, não viola qualquer preceito ou princípio constitucional, “máxime o das garantias de defesa”- (...).

Em consonância com os elementos doutrinários e jurisprudenciais que vimos citando, perfilha-se o entendimento de que o meio adequado para reagir contra decisão que no decurso da audiência de julgamento indefere – como sucedeu no caso – diligência de prova, requerida, expressa ou implicitamente ao abrigo do artigo 340.º do CPP, por um sujeito processual é efetivamente o recurso, até porque não configurando a dita norma o exercício discricionário de um poder – refletindo, ao invés, um poder vinculado – em momento algum decorre, designadamente do artigo 400º do CPP a respetiva irreCORRIBILIDADE, colhendo, assim, aplicação o princípio geral enunciado no artigo 399.º do mesmo diploma legal» [Acórdão desta Relação proferido no processo nº 174/13.0GAVZL.C1 (Rel. Maria José Nogueira), em 07-10-2015].

Perante estes argumentos que acolhemos na íntegra, somos a entender que, no caso, o indeferimento da inquirição das testemunhas requeridas pelo Recorrente, ao abrigo do disposto no citado artigo 340º, é impugnável por meio de recurso e não de arguição de nulidades.

Mas ainda que assim não se entenda, sempre a nulidade invocada pelo Recorrente se encontraria sanada, na medida em que não foi arguida tempestivamente, nos termos conjugados dos artigos, 120º, nº 3, alínea a) e 121º, do Código de Processo Penal.

Ou seja, o despacho que indeferiu a inquirição das testemunhas transitou em julgado, quer porque o arguido não o impugnou, atempadamente, quer por via do recurso, quer por via da arguição de nulidade, impedindo a respetiva sindicância por parte deste tribunal.

Não se mostram violados princípios constitucionais, em especial, artigo 32º, da Constituição da República Portuguesa mencionado pelo Recorrente. O arguido exerceu o direito de defesa como bem entendeu.

Improcedem, assim, as conclusões insertas nas alíneas u) a z).

2. Nulidade da sentença

(...).

3. Contradição entre a fundamentação e decisão

(...).

4. Impugnação da decisão sobre a matéria de facto

(...).

5. Medida da pena

(...).

IV. DECISÃO

Nos termos expostos, acordam os Juízes que compõem a 5ª Secção Criminal deste Tribunal da Relação em julgar totalmente improcedente o recurso interposto pelo arguido (...).

Custas pelo Recorrente, com taxa de justiça que se fixa em 4UCS.

Coimbra, 13 de Novembro de 2019

Alcina da Costa Ribeiro (relatora)

Ana Carolina Cardoso (adjunta)