jurisprudência.pt

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 913/23.1PALSB-A.L1-9

Relator: JORGE ROSAS DE CASTRO
Sessão: 20 Junho 2024
Número: RL
Votação: UNANIMIDADE
Meio Processual: RECURSO PENAL
Decisão: PROVIDO

DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA **SUSPEITO** **ARGUIDO**

RECUSA DE DEPOIMENTO

Sumário

1.–No âmbito de uma diligência de tomada de declarações para memória futura em inquérito, numa altura em que não haja ainda arguido constituído, deve ser feita à testemunha, ex-companheira do suspeito, a advertência prevista pelo art. 134º do Código de Processo Penal (CPP).

2.–O regime da faculdade de recusa de depoimento do art. 134º do CPP não existe para salvaguarda do interesse processual do arguido; existe, pelo menos no que concerne às alíneas a) e b) do seu nº 1, para proteger a testemunha do conflito de consciência que poderia sentir ao ter que optar entre contribuir para a incriminação de pessoa que lhe é ou foi muito próxima e, a fim de evitar esse contributo, mentir e com isso cometendo ela própria um crime; e por outro lado, para proteger as relações de confiança e solidariedade, essenciais à instituição familiar.

3.–É à testemunha e só a ela a quem cabe decidir se aceita ou não depor, independentemente de qual seja a solução mais vantajosa para o interesse processual do arguido e mesmo que a testemunha tenha sido por este arrolada.

4.–Trata-se de uma exceção ao regime geral da obrigatoriedade de prestar depoimento consagrado no art. 131º, nº 1 do CPP, que surge a par de outras, todas no fundo representando momentos em que o legislador assumiu que o fim da descoberta da verdade material não podia ser prosseguido com

preclusão de outros interesses com valia jurídico-constitucional idêntica ou superior.

5.–Se o que está em causa é conferir um privilégio de recusa de depor a alguém em razão de um certo tipo de ligação que tenha a outrem, não tem qualquer sentido negar-se esse privilégio quando esse outrem é manifestamente a pessoa contra quem pende o processo e apenas não está ainda constituída arguida.

6.–Isto porque as perguntas a fazer à testemunha são as mesmas, como o mesmo é o apontado conflito de consciência, se tiver que existir, bem assim como a vulnerabilização potencial da esfera familiar que o legislador tenciona proteger.

7.–Ler «pessoa contra quem pende o processo» onde se lê «arguido», no art. 134º do CPP, é a única forma de acolher uma solução que esteja em conformidade com a razão de ser do privilégio e com os arts. 26º, nº 1 e 67º, nº 1 da CRP e com o art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

8.–Recusar o privilégio a quem depõe num momento em que é patente contra quem corre o processo, apenas porque não houve ainda constituição de arguido, redunda até numa violação do princípio da igualdade, previsto pelo art. 13º da CRP, por se traduzir numa diferenciação de tratamento sem justificação bastante.

9.–O ato de «constituição de arguido» é uma construção jurídica com lógica, utilidade e efeitos próprios, mas que não altera a realidade material das coisas e os problemas que nela radicam.

10.–Não colhe nesta matéria a objeção de que se envereda nesta solução por uma interpretação extensiva ou analógica: esta existiria se considerássemos que o regime do art. 134º do CPP era aplicável, à luz da sua razão de ser, a testemunhas que fossem outros familiares que não os previstos na norma, ou por referência a outras pessoas que não aquelas contra as quais corre o procedimento criminal.

11.–O que se propõe é apenas dotar a palavra «arguido» de um sentido material coerente, por um lado, com a razão de ser do privilégio em causa, garantindo a sua plena eficácia prático-jurídica em todas as situações para que a sua razão de ser e a sua lógica e teleologia apontam, e não um alcance meramente teórico ou ilusório, e congruente ainda, por outro lado, com as exigências constitucionais e convencionais que nos vinculam.

12.–Também não colhe a objeção segundo a qual estaria ao alcance do Ministério Público diligenciar pela prévia constituição de arguido e só depois promover a feitura das declarações para memória futura, seja porque nem o CPP, nem a legislação processual extravagante estabelecem de forma expressa uma qualquer ordem de precedência cronológica obrigatória entre uma e outra dessas diligências, nomeadamente impondo que a constituição de arguido ocorra necessariamente em momento prévio às declarações para memória futura, seja porque pode haver razões, designadamente de urgência e/ou de proteção da testemunha e/ou de preservação da genuinidade da prova, que motivem a precedência das declarações para memória futura, como amiúde sucede em processos por crimes de violência doméstica, face à sua natureza particularmente urgente.

13.–Aliás, bem pode suceder também que só na sequência das declarações para memória futura é que passe a haver elementos que permitam ter a suspeita como «fundada» e que só então haja apoio para que se constitua o suspeito como arguido, em conformidade com o regime previsto pelo art. 58º, nº 1, alínea a) do CPP.

14.–E também não colhe a objeção de que pode a testemunha ser ouvida pelo órgão de polícia criminal ou pelo Ministério Público, como diligência de inquérito normal, deferindo-se a sua tomada de declarações para memória futura para momento ulterior, quando já haja arguido constituído.

15.–Sendo certo que esse procedimento pode em abstrato ocorrer, nada a tanto obriga; e ao invés, é bem conhecido, particularmente em certas áreas da criminalidade, como é o caso da violência doméstica, o fenómeno da revitimização ou vitimização secundária associada, entre o mais, à sucessiva convocação em momentos diferentes para prestação de declarações, tudo aconselhando, assim, a que esse procedimento seja na medida do possível evitado, com isso seguindo-se as boas práticas que vêm sendo internacionalmente reconhecidas.

(Sumário da responsabilidade do relator)

Texto Integral

Acordam, em conferência, na 9ª Secção Criminal do Tribunal da Relação de Lisboa:

1–RELATÓRIO

No âmbito do processo de inquérito n.º 913/23.1PALSB e da diligência de tomada de declarações para memória futura à denunciante AA, ex-companheira do denunciado BB, ainda não constituído arguido, a Digna Magistrada do Ministério Público pediu a palavra e expôs o seu entendimento segundo o qual o Sr. Juiz de Instrução devia dar cumprimento ao preceituado pelo art. 134º do Código de Processo Penal, para que as declarações a prestar possam ser valoradas em audiência de julgamento e requerendo que, não sendo dado cumprimento àquele preceito, fosse dada sem efeito a diligência, a fim de poder recorrer.

O Sr. Juiz de Instrução lavrou em seguida despacho, considerando que não tem que ser realizada a advertência prevista naquela citada norma, por não haver ainda arguido constituído nos autos e deu a diligência sem efeito, como promovido.

Inconformado com o despacho pelo qual o Sr. Juiz de Instrução se recusa a fazer a advertência prevista pelo art. 134º, nº 2 do Código de Processo Penal, interpôs recurso o Ministério Público, que finaliza com as seguintes conclusões (transcrição):
«*1.*–No presente inquérito investigam-se factos suscetíveis de integrarem a prática do crime de violência doméstica, sendo vítima AA e suspeito o seu ex-companheiro, com o qual vive em união de facto desde julho de 2015 até dezembro de 2015 e desde janeiro de 2016 até agosto de 2022.
2.–O Ministério Público promoveu a tomada de declarações para memória futura à vítima, nos termos e ao abrigo das disposições conjugadas dos arts. 152º, nº 1, al. b) e nº 2 do Código Penal e 67º-A, nº 1, e nº 3 e art. 1º, al. j) do Código de Processo Penal, 20º, 21º, nº 1 al. d) e 24º do Estatuto da Vítima Especialmente Vulnerável, aprovado pela Lei nº 130/2015, de 04 de setembro, 14º, nº 1 e 33º da Lei nº 112/2009, de 16 de setembro e 271º do Código de Processo Penal, e fê-lo sem que, previamente, o denunciado/suspeito BB tenha sido constituído arguido (por razões de discricionariedade tática na investigação).
3.–Por essa razão, mais requereu o Ministério Público a nomeação de defensor ao denunciado/suspeito e a sua notificação para estar presente no ato, nos termos do disposto no artigo 64º, nº 1, alínea f) do Código de Processo Penal, com vista ao cabal exercício do direito ao contraditório.

4.–O Mmo. Juiz de Instrução, *a quo,* deferiu a tomada de declarações para memória futura da vítima promovidas, em momento anterior à constituição como arguido do denunciado/suspeito BB e determinou a nomeação de defensor a este, para estar presente nas diligências agendadas.
5.–Todavia, no início da tomada de declarações para memória futura da vítima, encontrando-se presente o Ministério Público e a defensora do denunciado/suspeito BB, embora se verificassem as qualidades previstas no artigo 134º, nº 1 do Código de Processo Penal, não procedeu à advertência do nº 2 do mesmo dispositivo legal, com o fundamento da lei prever que tal obrigação apenas deve ser cumprida quando exista arguido e não denunciado/suspeito, como acontece no caso concreto.
6.–Salvo o devido respeito, que é muito, o Ministério Público não entende, desde logo, porque motivo o Mmo. Juiz de Instrução procedeu (e bem) à nomeação de defensor ao denunciado/suspeito, embora a lei preveja "arguido" e no que respeita à advertência nos termos do artigo 134º, nº 2 do Código de Processo Penal não o fez, com o argumento de não haver arguido constituído, mas apenas denunciado/suspeito.
7.–Por outro lado, a realização das diligências em causa, com a omissão voluntária da advertência nos termos do disposto no artigo 134º, nº 2 do Código de Processo Penal, tem a consequência das declarações prestadas nestes moldes não poderem ser utilizadas como prova, mostrando-se inevitável, pelo menos, que a vítima seja novamente chamada em sede de audiência de julgamento, a fim de colmatar tal falta, o que com as declarações para memória futuras promovidas, de todo, se pretendeu evitar.
8.–Note-se que, mesmo no decurso do inquérito, e desde o seu início, que mesmo os órgãos de polícia criminal, por delegação de competências para a investigação, dão cumprimento ao disposto no art. 134º, nº 2 do Código de Processo Penal, desde logo, para evitar a prática de atos inúteis, um dos princípios basilares do processo penal.
9.–Deveria o Mmo. Juiz de Instrução dar cumprimento à advertência prevista no art. 134º, nº 2 do Código de Processo Penal, porquanto, a diligência de Declarações para Memória Futura trata-se de uma antecipação do julgamento e uma forma de evitar que a testemunha vítima de violência doméstica (vítima especialmente vulnerável) tenha de estar presente no julgamento, ou caso tenha de estar que tal ocorra excecionalmente, o que a proceder nos moldes praticados pelo Mmo. Juiz de Instrução Criminal a quo, será sempre indubitavelmente necessário, pois, o suspeito, será sempre arguido com a acusação (ainda que não tenha sido formalmente, cfr. art. 57º do Código de Processo Penal).
10.–A possibilidade de um familiar próximo vir a ser *constrangido* a

testemunhar contra outro perturba a confiança, fundada no afeto ou nas projeções sociais sobre o afeto devido, que é cimento da coesão desse elemento básico da sociedade.
11.–A falta de advertência, nos termos do disposto no artigo 134º, nº 2 do Código de Processo Penal, como se verifica na situação em crise, consubstancia uma nulidade processual respeitante a uma prova admissível relativamente à qual se verificou o incumprimento de formalidades legais, porquanto a obrigação de esclarecimento da vítima ex-companheira do suspeito (ainda não constituído arguido), quanto à possibilidade de se recusar a depor, constitui uma formalidade cuja inobservância redunda em nulidade, não podendo, em consequência, o depoimento obtido em violação dessa norma processual ser utilizado, sem ser sanada a formalidade.
12.–Razão pela qual deve ser agendada nova data para a tomada de Declarações para Memória Futura à vítima AA e, nessa altura, ser aquela advertida nos termos e para os efeitos previstos no nº 1 do artigo 134º do Código de Processo Penal, por se tratar de ex-companheira do suspeito BB (ainda não constituído arguido na data da diligência mas que sempre será em audiência de julgamento) a fim de serem as declarações validamente valoradas sem necessidade de a vítima ser chamada novamente a depor.
Destarte, em conformidade com o supra exposto, entendemos que deverá ser concedido provimento ao recurso, e em consequência, revogar o despacho em causa e determinar nova data para a tomada de declarações para memória futura da vítima, dando-se, pelas razões expostas, cumprimento à advertência prevista no artigo 134º, nº 2 do Código de Processo Penal.»

O recurso foi admitido com subida imediata, em separado e efeito suspensivo sobre a decisão recorrida.

Chegados os autos a esta Relação, a Sra. Procuradora-Geral Adjunta emitiu douto parecer, propugnando a revogação do despacho recorrido. Sustenta, em suma, que nada obsta a que a tomada de declarações para memória futura seja realizada antes da constituição de arguido e que a faculdade de se recusar a depor é uma prerrogativa da própria testemunha, cuja razão de ser está presente numa situação como a dos autos.

Não foi dado cumprimento a notificação prevista pelo art. 417º/2 do Código de Processo Penal, visto que não há outros sujeitos processuais neste momento a considerar.

Em sede de exame preliminar não se julgou verificado nenhum obstáculo ao

conhecimento do recurso.

Foram colhidos os vistos e teve lugar a conferência.

2–FUNDAMENTAÇÃO

2.1-Questões a tratar
O problema a decidir nos autos é o de saber se, no âmbito de uma diligência de tomada de declarações para memória futura em inquérito, numa altura em que não haja ainda arguido constituído, se deve ou não ser feita à testemunha, ex-companheira do suspeito, a advertência prevista pelo art. 134º do Código de Processo Penal.

2.2-Factos com potencial relevo para a decisão
Importa considerar a seguinte factualidade que resulta da consulta dos autos:
1.–Os presentes autos iniciaram-se com a denúncia feita por AA, de alegada violência doméstica perpetrada pelo denunciado BB (referência eletrónica nº 395889680).
2.–Considerando que os factos denunciados configuram a prática de um crime de violência doméstica, previsto pelo art. 152º, nºs 1, alínea b) e 2, alínea a), do Código Penal, o Ministério Público promoveu em 5 de março de 2024 a designação de data para tomada de declarações para memória futura (referência eletrónica nº 396105975).
3.–O Sr. Juiz de Instrução deferiu a promoção e designou o dia 29 de abril de 2024 para a diligência (referência eletrónica nº 8772596).
4.–No início da diligência agendada, a denunciante apresentou-se como tendo sido companheira do suspeito durante uma ou duas semanas entre … e … de 2015 e depois, entre … de 2016 e … de 2022 (referência eletrónica nº 8841585 – a esta referência devem ainda reportar-se os pontos seguintes, todos relativos à dinâmica da diligência).
5.–Concluída a identificação, o Sr. Juiz de Instrução colheu juramento à ofendida e teve início a prestação de declarações.
6.–Em dado passo a Sra. Magistrada do Ministério Público pede a palavra e no seu uso *«uma vez que há suspeitas relativamente ao suspeito, e por se entender dever ser dado cumprimento ao disposto no artigo 134.º Cód. Processo Penal, apesar do mesmo não estar ainda constituído na qualidade processual de arguido, entende-se que para essas declarações possam ser válidas depois em julgamento, que o mesmo devia ser cumprido relativamente ao suspeito, pelo que vai recorrer e pelo que pede que seja dada sem efeito esta diligência»*.

7.–Foi dada a palavra à Ilustre Defensora Oficiosa do denunciado, Dra. CC, que no seu uso disse nada ter a opor.

8.–Em seguida, o Sr. Juiz de Instrução proferiu o despacho recorrido, que tem o seguinte teor:
"Ao contrário do entendimento sustentado pelo Ministério Público, consideramos que no caso vertente, não deverá ser dado cumprimento ao disposto no art. 134.º, n.º 1, al. b) do Cód. Processo Penal, por considerarmos que os destinatários da faculdade de recusar depoimento são as pessoas elencadas no art. 134.º, n.º 1, als. a) e b) do Código de Processo Penal, ligadas por um vínculo familiar ou análogo a quem é arguido e não mero suspeito. Apenas os familiares e afins do arguido ou as pessoas que com este conviverem em união de facto têm a faculdade de se recusarem a depor como testemunhas, não abrangendo tal direito de recusa os familiares, afins e pessoas que convivam em união de facto com um mero suspeito, assistente ou partes civis – neste sentido, cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Diretos do Homem, Universidade Católica Editora, 2011, 4.ª edição actualizada, pp. 374, anotação 1.

A possibilidade de recusa tem como parâmetros a posição relativa ocupada pelo arguido e aquele cuja recusa se configura, pelo que a circunstância de a testemunha ter um vínculo familiar ou análogo a quem é um mero suspeito não constitui fundamento legal de recusa a prestar depoimento – neste sentido, cfr. António Gama e Luís Lemos Triunfante, Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, Tomo II, Livraria Almedina, 2021, 3.ª ed.ª, pp. 131, § 15.

O legislador pronunciou-se em termos precisos e adequados, não sendo por isso curial interpretar a norma em análise como abrangendo também os familiares dos suspeitos – neste sentido, cfr. M. Simas Santos e M. Leal Henriques, Código de Processo Penal Anotado, I Volume, Editora Rei dos Livros, 1999, 2.ª edição, pps. 731 e 732.

Como se enfatiza no Código de Processo Penal, Comentários e notas práticas, Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, Coimbra Editora, 2009, pp. 359, transcrevendo o Ac. RL, de 21/02/2007, proc. 9335/2006-3, "Porque constitui excepção ao princípio geral da obrigatoriedade de prestar depoimento ínsito no art. 131.º, n.º 1 do CPP, não pode o art. 134.º do mesmo Código ser alargado, extensiva ou analogicamente, a outras

situações que não estejam ali expressamente previstas".

A este propósito, pode ler-se no recente acórdão do Venerando Tribunal da Relação de Lisboa, de 06/02/2024, relatado pelo Exm.º Sr. Desembargador Rui Coelho, proferido na sequência de um recurso intentado pelo Ministério Público de um despacho nosso em que se entendeu não dever ser dado cumprimento à advertência prevista no artigo 134.º, n.º 2 do Cód. Processo Penal, com o fundamento de não existir arguido constituído (processo com o NUIPC 541/23.1SXLSB), ser "manifesto que o regime fixado se destina à salvaguarda do Arguido. E só o arguido beneficia desta prerrogativa consagrada na lei e que é, manifestamente, uma excepção ao regime geral de depoimento de testemunhas, assistentes e partes civis, todos eles obrigados aos deveres de colaboração com a Justiça e de verdade quando ouvidos em juízo".
*

2.3–Conhecendo do mérito do recurso
O problema a decidir nos autos é o de saber se, no âmbito de uma diligência de tomada de declarações para memória futura em inquérito, numa altura em que não haja ainda arguido constituído, se deve ou não ser feita à testemunha, ex-companheira do suspeito, a advertência prevista pelo art. 134º do Código de Processo Penal.
O Sr. Juiz de Instrução considerou que não há que fazer essa advertência por não ter a testemunha o direito de recusar-se a depor, nessas circunstâncias, isto é, sem que haja ainda arguido constituído nos autos; em substância convoca os seguintes fundamentos:
i.-o legislador, no art. 134º em apreço, pronunciou-se em termos precisos e claros, quando aludiu ao *«arguido»,* pressupondo assim que este se encontre como tal constituído;
ii.-porque se trata de norma que configura uma exceção à regra da obrigatoriedade geral de prestar depoimento, não podendo ser interpretada de forma extensiva ou analógica.
Em apoio da sua tese convoca alguma doutrina e um acórdão recente desta Relação (P. nº 541/23.1SXLSB-A.L1-5), no qual se terá entendido, acrescenta, que o regime fixado se destina à salvaguarda do arguido, pelo que, não existindo constituição prévia de arguido, mantém-se a regra geral da obrigatoriedade de colaborar com a Justiça, sem que haja de fazer a advertência.
Com o devido respeito, não subscrevemos a orientação acolhida pelo despacho recorrido.

Vejamos.
Sob a epígrafe *«recusa de depoimento»,* diz-nos a norma em questão o seguinte:
«1– Podem recusar-se a depor como testemunhas:
a)- Os descendentes, os ascendentes, os irmãos, os afins até ao 2.º grau, os adoptantes, os adoptados e o cônjuge do arguido;
b)- Quem tiver sido cônjuge do arguido ou quem, sendo de outro ou do mesmo sexo, com ele conviver ou tiver convivido em condições análogas às dos cônjuges, relativamente a factos ocorridos durante o casamento ou a coabitação.
c)- O membro do órgão da pessoa coletiva ou da entidade equiparada que não é representante da mesma no processo em que ela seja arguida.
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.»

Primeiro ponto: a razão de ser da norma.
O regime da faculdade de recusa de depoimento do art. 134º do Código de Processo Penal não existe para salvaguarda do interesse processual do arguido.
Decerto que se a testemunha, podendo ter conhecimentos relevantes para a sustentação de uma versão dos factos incriminatória, se recusa a depor, esta recusa traduzir-se-á num resultado em termos prático-jurídicos que é favorável ao arguido, dado que este vê assim dissipar-se do projeto probatório o risco de surgir um elemento comprometedor. Mas daí não pode inferir-se que a faculdade de recusa de depoimento exista para *o* proteger.
O art. 134º confere um direito, mas não é ao arguido, nem é este a razão de ser da norma – é à testemunha que o direito é conferido. A esta e só a esta cabe, em última análise, decidir se aceita ou não depor, independentemente de qual seja a solução mais vantajosa para o interesse processual do arguido.
Tanto não é do interesse do arguido, acrescente-se, que a testemunha tem o assinalado direito mesmo que seja arrolada pelo próprio arguido [Ac. do TC nº 154/2009, www.tribunalconstitucional.pt; *vide* ainda Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição atualizada, Universidade Católica Editora (2011), pg. 375].
O que está na base do regime em apreço é outra coisa que não o interesse estrito do arguido.
A razão de ser da norma [pelo menos no que concerne às alíneas a) e b) do seu nº 1] é essencialmente de uma dupla e interligada natureza: por um lado,

proteger a testemunha do conflito de consciência que poderia sentir ao ter que optar entre contribuir para a incriminação de pessoa que lhe é ou foi muito próxima e, a fim de evitar esse contributo, mentir e com isso cometendo ela própria um crime; e por outro lado, proteger as relações de confiança e solidariedade, essenciais à instituição familiar [Costa Andrade, *Proibições de Prova em Processo Penal,* Coimbra Editora (1992), pgs. 75 a 78; Medina Seiça, "Prova Testemunhal. Recusa de Depoimento de Familiar de um dos Arguidos em Caso de Co-Arguição", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal,* Ano 6, Fasc. 3º, pág. 492 e 493; Santos Cabral, *Código de Processo Penal Comentado,* Almedina (2014), pg. 531].

Trata-se naturalmente de uma exceção ao regime geral da obrigatoriedade de prestar depoimento consagrado no art. 131º, nº 1 do Código de Processo Penal, que surge, aliás, a par de outras exceções, como as previstas nos arts. 135º a 137º do mesmo diploma, todas no fundo representando momentos em que o legislador assumiu que o fim da descoberta da verdade material não podia ser prosseguido com preclusão de outros interesses com valia jurídico-constitucional idêntica ou superior: pense-se, a propósito da generalidade das situações previstas nas alíneas de que cuidamos do art. 134º do Código de Processo Penal, nos valores da reserva da vida privada e familiar e da família em si mesma, tutelados pelos arts. 26º, nº 1 e 67º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Se o que está em causa é conferir um privilégio de recusa de depor a alguém em razão de um certo tipo de ligação que tenha a outrem, pergunte-se: qual o sentido de se lhe negar esse privilégio quando esse outrem é manifestamente a pessoa contra quem pende o processo, mas que por razões que de si, testemunha, em nada dependem, não está ainda constituído arguido?
Acaso não serão as mesmas as perguntas a fazer-lhe quanto ao objeto da causa? Acaso o apontado conflito de consciência, se tiver que existir, não surgirá? Ou a vulnerabilização potencial da esfera familiar que o legislador tenciona proteger não estará presente? Qual é a diferença substantiva entre uma situação e outra?
Dir-se-á: a norma fala em *«arguido»,* não em *«suspeito»* e portanto o direito de recusa a depor só se aplica quando haja arguido constituído.
É um argumento de peso, sem dúvida, mas de ordem literal e formal, no sentido em que desconsidera a razão de ser do privilégio, para além de se prestar, no limite, a estratégias pouco sérias: imagine-se que o suspeito será constituído arguido apenas *amanhã,*para que *hoje* possa exigir-se o depoimento da testemunha. E não se objete a isto com a ideia de que mais

tarde no processo a testemunha, chamada a depor e advertida da faculdade de se recusar a depor, pode recusar-se a fazê-lo efetivamente e que nesse caso não poderá aproveitar-se o que disse antes; é que, em primeiro lugar, essa *«proposta de solução»* não resolve o conflito de consciência que se criou à testemunha aquando do seu primeiro depoimento, efetivamente colhido, e em segundo lugar, entre um e outro pontos do processo podem decorrer episódios fundados precisamente naquela prova adquirida naquele primeiro momento, e falamos de coisas tão sérias como a aplicação de medidas de coação e, de entre elas, até a prisão preventiva, cuja sustentação probatória vem a final a esboroar-se.

Estamos em crer que se impõe uma leitura do art. 134º do Código de Processo Penal que tenha em conta a sua razão de ser. Mais: essa leitura tem que ser feita em conformidade com a CRP, e nomeadamente com os seus arts. 26º, nº 1 e 67º, nº 1 atrás citados, e com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e em particular o seu art. 8º. Concentremo-nos nesta última dimensão.

É indiscutível – o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) já o reconheceu várias vezes - que impor a alguém que deponha em procedimento criminal que corra contra pessoa com quem tenha uma especial ligação interfere com a sua vida privada, desde logo na vertente da *«vida familiar»,* e nessa medida impõe-se um regime que lhe confira a possibilidade de se recusar a depor, como forma de resolver-se o dilema moral de ter que escolher entre dar um contributo testemunhal sério e com isso prejudicar a relação familiar ou os interesses subjacentes, ou dar um contributo testemunhal não fiável ou até criminoso [Acs. do TEDH *Van der Heijden v. the Netherlands (GC),* nº 42857/05, de 3/04/2012, §§ 52, 62 e 65].

O que releva, em suma, diremos nós, é saber se o processo pende ou não contra pessoa determinada em relação à qual exista o privilégio de recusa, tenha essa pessoa no processo, ao tempo, o título nominal de arguido ou suspeito (vide com interesse, embora com as devidas adaptações, o Ac. do TEDH *Kryževičius v. Lithuania,* nº 67816/14, de 11/12/2018, §§ 51-56, 61, 62 e 67-70).

Seguir aqui um caminho distinto presta-se ainda a uma possível violação do princípio da igualdade, previsto pelo art. 13º da CRP.

Diz-nos esta norma o seguinte:

«1.–Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2.–Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.»

O conteúdo jurídico-constitucional do princípio da igualdade traduz-se essencialmente em três dimensões: *(a)* a proibição do arbítrio, que torna inadmissíveis diferenciações de tratamento sem justificação razoável; *(b)* a proibição de discriminação, que torna inadmissíveis diferenciações de tratamento baseadas em categorias subjetivas, como as enunciadas no nº 2 da norma; *(c)* e a obrigação de diferenciação, como forma de compensar a desigualdade de oportunidades [Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada,* I, 4ª edição revista, Coimbra Editora (2007), pg. 339].

É indiscutível que os tribunais devem obediência ao princípio da igualdade e nomeadamente e desde logo na sua vertente da proibição do arbítrio; decerto que, ante situações materialmente idênticas, devem adotar solução similar, o que faz sentido inclusive na tarefa hermenêutica [Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada,* I, 2ª edição, Coimbra Editora (2010), pg. 221].
Na base de uma eventual violação do princípio da igualdade estará sempre, em suma, para o que aqui releva, uma diferenciação de tratamento sem justificação razoável.
Ora, se num determinado procedimento criminal, como aquele diante o qual nos achamos, não há dúvida alguma sobre
i.-contra quem ele pende e
ii.-que a testemunha em causa tem para com essa pessoa uma ligação que cabe inteiramente nas situações de que trata o art. 134º, nº 1, alínea b) do Código de Processo Penal, vedar-se à testemunha o direito de recusar-se a depor apenas porque a pessoa contra quem pende o processo ainda não foi constituída arguida, não é congruente com o princípio da igualdade.
Esta nossa testemunha está materialmente na mesma exata situação e será confrontada precisamente com o mesmo dilema que teria se acaso houvesse existido já o ato formal de constituição de arguido.
Significa o exposto que uma interpretação do art. 134º do Código de Processo Penal de forma congruente com a sua razão de ser e em conformidade com a CRP e com a CEDH impõe que se leia a palavra *«arguido»* que aí consta com o sentido de *«pessoa contra quem pende o processo»*; de resto, o ato de *«constituição de arguido»* é uma construção jurídica com lógica, utilidade e efeitos próprios, indiscutivelmente, mas que não altera a realidade material das coisas e os problemas que nela radicam.
E não se objete dizendo que com isto estamos a enveredar por uma interpretação extensiva ou analógica do preceito, à partida vedada quanto a

normas que consagram um regime de exceção ao regime-regra.
Interpretação extensiva ou analógica haveria, por exemplo, se considerássemos que o regime do art. 134º do Código de Processo Penal era aplicável, à luz da sua razão de ser, a testemunhas que fossem outros familiares que não os previstos na norma, ou por referência a outras pessoas que não aquelas contra as quais corre o procedimento criminal. O que fazemos é outra coisa – é dotar a palavra *«arguido»* de um sentido material coerente, por um lado, com a razão de ser do privilégio em causa, garantindo a sua plena eficácia prático-jurídica em todas as situações para que a sua razão de ser e a sua lógica e teleologia apontam, e não um alcance meramente teórico ou ilusório, e congruente ainda, por outro lado, com as exigências constitucionais e convencionais que nos vinculam.
*

E não se objete ainda ao que vimos defendendo dizendo que estaria ao alcance do Ministério Público diligenciar pela prévia constituição de arguido e só depois promover a feitura das declarações para memória futura.
Não é essa a questão subordinada à nossa apreciação no presente recurso, isto é, não se discute aqui se podia ou não ter sido deferida a realização da diligência antes da constituição como arguido.
De todo o modo, sempre se dirá que uma coisa é saber se, num dado momento do inquérito, pode ou deve ter lugar a constituição como arguido; outra é saber se pode ou deve ter lugar a tomada de declarações para memória futura.
Nem o Código de Processo Penal, nem a legislação processual extravagante estabelecem de forma expressa uma qualquer ordem de precedência cronológica obrigatória entre uma e outra dessas diligências, nomeadamente impondo que a constituição de arguido ocorra necessariamente em momento prévio às declarações para memória futura – será essa porventura a situação em geral mais desejável, até do ponto de vista de um mais eficaz e antecipado exercício do contraditório por parte da defesa.
Mas nada de decisivo a tanto obriga, bem podendo haver razões, designadamente de urgência e/ou de proteção da testemunha e/ou de preservação da genuinidade da prova, que motivem um procedimento distinto [Maia Costa, *Código de Processo Penal Comentado,* Almedina (2014), pg. 965; Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal…*, pg. 728; Acs. da RP de 19-12-2023, da RL de 25-05-2023 e da RL de 03-02-2022, relatados respetivamente por Maria do Rosário Martins, Maria Perquilhas e Guilherme Castanheira].

Não ignoremos, aliás, que os processos por crimes de violência doméstica têm

uma natureza particularmente urgente: para além da previsão geral de urgência contida no art. 28º, nº 1 da Lei nº 112/2009, de 16/09, o art. 29º-A, nº 1 deste diploma fixa um prazo de 72 horas, a contar do conhecimento da denúncia, para a realização de atos processuais urgentes de aquisição de prova que habilitem à tomada de medidas de proteção da vítima e à promoção de medidas de coação relativamente ao arguido, bem facilmente podendo pois suceder que a necessidade e utilidade da tomada de declarações para memória futura se faça sentir antes do momento em que o suspeito tiver conhecimento do processo.
Aliás, acrescente-se, bem pode suceder também que só na sequência das declarações para memória futura é que passe a haver elementos que permitam ter a suspeita como «*fundada*» e que só então haja apoio para que se constitua o suspeito como arguido, em conformidade com o regime previsto pelo art. 58º, nº 1, alínea a) do Código de Processo Penal.
*

E não se objete também com a ideia de que podia a testemunha ser ouvida pelo órgão de polícia criminal ou pelo Ministério Público, como diligência de inquérito normal, deferindo-se a sua tomada de declarações para memória futura para momento ulterior, quando já houvesse arguido constituído.
Sendo certo que esse procedimento pode em abstrato ocorrer, nada a tanto obriga; ao invés, é bem conhecido, particularmente em certas áreas da criminalidade, como é o caso da violência doméstica, em que se enquadram os presentes autos, o fenómeno da revitimização ou vitimização secundária associada, entre o mais, à sucessiva convocação em momentos diferentes para prestação de declarações, tudo aconselhando, assim, a que esse procedimento seja na medida do possível evitado, com isso seguindo-se as boas práticas que vêm sendo internacionalmente reconhecidas (cfr. arts. 18º, nº 1 e 3 e 49º, nº 1 da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica; arts. 2º, nº 1, alínea a) e 20º, alínea b) da Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2012; art. 15º da Decisão-Quadro do Conselho de 15/03/2001 relativa ao estatuto da vítima em processo penal (2001/220/JAI)].

Em todo o caso, insista-se, nestes autos não se encontra sob equação a realização em si mesma da diligência de tomada de declarações para memória futura, mas apenas o problema de saber se, realizando-se ela naquelas circunstâncias, isto é, sem que haja ainda arguido constituído, se assiste ou não à testemunha o privilégio de recusar-se a depor e, concomitantemente, se se impõe ou não ao Sr. Juiz de Instrução que faça, sob pena de nulidade, a

advertência legal.

E a esta interrogação a resposta está dada.
*

Aqui chegados e em jeito lateral aduzamos apenas mais uma nota: a de que a solução que propugnamos tem subjacente uma compreensão material dos direitos e do conteúdo de sentido do papel dos sujeitos e intervenientes processuais que não é estranha ao que sucede numa situação próxima, que é aquela em que se procede à nomeação de um/a defensor/a para a realização das declarações para memória futura quando não há arguido constituído – o que aliás aqui sucedeu (Acs. da RE de 6/02/2024, relatado por Fátima Bernardes, *in* https://jurisprudencia.pt/acordao/221054/; *vide* ainda os Acs. da RL de 5/09/2023, da RG de 31/10/2023 e da RP de 6/12/2023, relatados respetivamente por Maria da Graça dos Santos Silva, Pedro Freitas Pinto e Lígia Figueiredo, *in* www.dgsi.pt).
Quedássemo-nos todos por uma leitura formal-literal das normas, na ausência de arguido constituído, a quem se nomeia/ou semelhante defensor/a?
Em suma, deve a diligência ter lugar com a feitura da advertência prevista pelo art. 134º, nº 2 do Código de Processo Penal.
*

3.–DISPOSITIVO

Pelo exposto, acorda-se em conceder provimento ao recurso, revogando-se o despacho recorrido, que deverá ser substituído por outro que determine o reinício da diligência de declarações para memória futura, e que nela seja feita a advertência, à testemunha, prevista pelo art. 134º, nº 2 do Código de Processo Penal.
*
Não são devidas custas.
Registe e notifique.
*

Lisboa, 20 de junho de 2024

(assinaturas eletrónicas; processado pelo Relator e por todos revisto)

Jorge Rosas de Castro - (Relator)
Paula Cristina Bizarro - (1ª Adjunta)
Cristina Luísa da Encarnação Santana - (2ª Adjunta)