

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 8409/2005-9

Relator: JOÃO CARROLA

Sessão: 10 Novembro 2005

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: RECURSO PENAL

Decisão: NEGADO PROVIMENTO

DEPOIMENTO INDIRECTO

VALIDADE

ROUBO

MEDIDA DA PENA

Sumário

I – O artigo 129.º do Código de Processo Penal autoriza, no último segmento do seu n.º 1, a utilização e valoração, como meio de prova, do depoimento indirecto, isto é, baseado no que se ouviu dizer a pessoas determinadas, quando não for possível interrogar as pessoas indicadas, por impossibilidade de as encontrar.

II – É o caso do depoimento da testemunha, agente da autoridade, na parte em que revela ao tribunal o que lhe foi dito pelo queixoso, cidadão japonês, no acto em que apresentou a denúncia por crime de roubo, relativamente ao qual, indicado como testemunha, se tentou, por carta expedida para a sua residência no Japão, a notificação, frustrada, tendo a carta sido devolvida.

III – Mostra-se adequada, em face dos critérios definidos nos artigos 40.º e 71.º do Código de Penal, a pena de 2 anos e 6 meses de prisão, imposta ao arguido que, actuando em conjunto com outros dois indivíduos, comete o crime de roubo, rodeando e intimidando o ofendido, retirando-lhe objectos e dinheiro, no valor total de Esc: 311.000\$00 (trezentos e onze mil escudos), de que se apropriaram, demonstrado que, apesar de ter 24 anos de idade, sofrera, anteriormente, condenações, em penas de prisão, com a execução suspensa, por crimes consumados de roubo e ofensa à integridade física, e tentado de furto qualificado – sendo uma das condenações anterior aos factos, em apreciação, praticados em período de suspensão da execução da pena aplicada nessa mesma condenação – e sendo o arguido de situação económica modesta, sem hábitos definidos de ocupação e integração social e, ao nível

familiar, influenciado por vários problemas, que acompanharam o seu desenvolvimento.

Texto Integral

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

I.

No processo comum n.º 3828/01.0 P8LSB da 1.ª Secção da 6-ª Vara Criminal de Lisboa, o arguido (A) foi submetido a julgamento, após ter sido acusado da prática de um crime de roubo p. e p. pelo art.º 210.º, n.ºs 1 e 2, alínea b), do Código Penal, com referência ao art.º 204.º, n.º 2, alínea f), do Código Penal.

Realizada a audiência, sem documentação da prova produzida, foi o arguido condenado, como autor material de um crime de roubo p. e p. no art.º 210.º n.º 1 Código Penal na pena de 2 anos e 6 meses de prisão.

Inconformado com a decisão, veio o arguido interpor recurso da mesma, com os fundamentos constantes da respectiva motivação que aqui se dá por reproduzida e as seguintes conclusões:

“1 - O arguido, ora recorrente foi condenado pela prática, em co-autoria material, de um crime de roubo, previsto e punível, pelo artigo 210.º, n.º 1 do Código Penal, na pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de prisão,

2 - O Tribunal a quo fundamentou a sua condenação apenas no depoimento de (F), agente da PSP;

3 - Depoimento esse que se baseia quase na integra no que ouviu dizer ao queixoso, quando recebeu a queixa

4 - A testemunha apenas presenciou os factos ocorridos na casa de câmbio, os restantes factos foram-lhe transmitidos pelo queixoso, como aliás consta de fls. 5 do acórdão ora recorrido,

5 - O Tribunal a quo ao valorar o depoimento da testemunha, na parte em que reproduz as declarações prestadas pelo queixoso no momento da apresentação da queixa esta como que a deixar para seja o agente fazer a valoração do depoimento do queixoso e não permite que seja feito um contra interrogatório a quem efectivamente presenciou os factos

6 - Ao condenar-se o recorrente apenas com base no depoimento de um agente da PSP que recebeu a queixa, no qual este relata a queixa apresentada pelo queixoso, estamos a violar os mais elementares princípios constitucionais

7 - Nestes termos deve considerar-se que o Tribunal a quo valorou uma prova que não poderia valorar, por esta ter sido prestada em violação do disposto no artigo 129.º do CPP,

8 - Na medida em que é proibido o depoimento do que se ouviu dizer a pessoa determinada, salvo se a inquirição da pessoa não for possível por morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de serem encontradas,

9 - Nos presentes autos não ficou provado que existisse impossibilidade de o queixoso ser encontrado, nem o Tribunal a quo, suspendeu a audiência de julgamento para tentar encontrar a testemunha,

10 - Parece-nos, salvo o devido respeito, que o Tribunal a quo cedeu a uma culpabilidade presumida, pois se o recorrente já havia praticado o mesmo tipo de ilícito, nada o impediria de voltar a praticar.

11 - A realidade é que não poderemos confirmar se o queixoso se enganou quando fez o reconhecimento do recorrente, ou quando relatou os factos,

12 - Não pode assim o Tribunal a quo não pode desfazer as dúvidas levantadas em audiência de julgamento, ou seja, o arguido nega a prática dos factos e quem diz que este os praticou é o agente da PSP que recebeu a queixa.

13 - Não deveria de ter sido valorado este depoimento, por ser indirecto, ainda mais quando é basicamente a única prova produzida em sede de audiência de julgamento, como resulta de fls. 5 do acórdão ora recorrido.

14 - "Se o depoimento produzido resultar do que a testemunha ouviu dizer a pessoa determinada, e esta não tiver sido chamada a depor pelo juiz apesar de não se mostrar provada a impossibilidade de ser inquirida, não pode o depoimento nessa parte servir de prova por, em regra, ser proibido o depoimento indirecto." Acórdão da Relação do Porto de 1995.05.03, Boletim do Ministério da Justiça, 447, pág. 574.

15 - Sendo este o único meio de prova indicado na fundamentação da decisão da matéria de facto, que contribuiu para a convicção do juiz deve o acórdão ora recorrido ser declarado nulo e em consequência ser o recorrente absolvido do crime de que vem acusado.

16 - O acórdão ora recorrido, ao valorar o referido depoimento indirecto e com ele fundamentar a condenação do recorrente, nos termos em que foi valorado é inconstitucional, na medida em que viola o artigo 32.º, n.ºs 1 e 5 da Constituição da República Portuguesa,

17 - Como já foi referido, o art. 129.º n.º 1 do CPP possibilita que, em caso de morte, anomalia psíquica superveniente, impossibilidade de ser encontrada a «pessoa determinada» seja considerado válido o depoimento de testemunha de "ouvir dizer", podendo tal testemunho servir como meio de prova.

18 - Entende o recorrente que a utilização e valoração de uma depoimento de «ouvir dizer» é incompatível com um processo de estrutura acusatória devendo considerar-se incompatível com a constituição tal depoimento de «ouvir dizer», por força do disposto no art. 32º nº 5 da Constituição da República Portuguesa,

19 - Este tipo de depoimento de «ouvir dizer», mesmo de pessoa determinada que não foi encontrada e não pôde ser inquirida pelo Tribunal, carece de razão de ciência, e não tem qualquer valor, nem há que levá-lo em consideração.

20 - Ao admitir a possibilidade desse testemunho, e ao considerá-lo como meio de prova, o art. 129.º n.º 1 colide com o princípio de contraditório, e com as garantias de defesa do arguido previstas no art. 32.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa e é incompatível com um processo de estrutura acusatória por violar o princípio do contraditório consignado na CRP no art. 32.º n.º 5.

21 - O artigo 129.º n.º 1 do CPP, ao atribuir ao Tribunal a possibilidade de valorar e considerar como meio de prova legal, mesmo que apenas em certas circunstâncias, o testemunho de «ouvir dizer», contradiz a doutrina e os princípios constitucionais de garantia de defesa do arguido, havendo nítida oposição entre esta norma legal e as normas constitucionais consagradas no art. 3.2º n.ºs 1 e 5 da Constituição da República Portuguesa.

23 - Deve assim considerar-se a aplicação do art. n.º 129.º n.º 1 do CPP, nos presentes autos ferido do vício da inconstitucionalidade material, por violação dos apontados preceitos, não poderia o douto Tribunal de primeira instância ter feito aplicação do mesmo, por violar o princípio de que o processo criminal assegurará todas as garantias de defesa e é contrária à estrutura acusatória prevista pelo texto constitucional para o processo criminal e à subordinação da audiência de julgamento ao princípio do contraditório.

24 - Mesmo que assim não se entende deve concluir que este crime terá necessariamente que assumir um grau de gravidade menor e em consequência uma pena menor.

25 - Considera o ora recorrente que a pena que lhe foi aplicada é excessiva e que o Mmo. Juiz a quo também não ponderou de forma criteriosa, quer a culpa, quer as exigências de reprovação e de prevenção (prevenção geral ligada à defesa da sociedade e à contenção da criminalidade e prevenção especial positiva ligada à reintegração social do agente) – cfr. Artigo 40.º n.ºs 1 e 2 do Código Penal – bem como as demais exigências do artigo 71.º n.º 2 do Código Penal, na determinação concreta das penas fixadas ao recorrente.

26 - Terá sobrevalorizado a necessidade de prevenção geral das penas e não teve a percepção que com a aplicação de pena mais baixas, estavam asseguradas as expectativas da sociedade e consequentemente realizadas as finalidades de punição de forma adequada e suficiente.

Deve assim ser considerado que o grau de ilicitude dos factos terá de ser é baixo, pelo que o duto acórdão deveria ter ponderado favoravelmente e não o fez, o modo de vida do recorrente e a sua desintegração familiar.

27 - O duto acórdão ao condenar o recorrente numa pena tão acima do limite mínimo, violou o artigo 210.º n.º 1 do Código Penal

- o artigo 71º do Código Penal, dado que não foram ponderadas de forma criteriosa: o grau de culpa do agente, uma vez que não foi valorada a circunstância da desintegração familiar do arguido, como mitigadora da culpa; as exigências de prevenção, quer penal, quer especial,

- as circunstâncias que não fazendo parte do tipo de crime depuseram contra ou a favor do agente, principalmente quanto a estes, deveria o Mmo Juiz a quo ter considerado o grau de ilicitude baixo.

28 - Conclui-se esta parte, considerando que o duto acórdão deverá ser revogado e/ou modificado no que respeita à medida da pena aplicada, uma vez que a mesma é excessiva e desajustada.”

O Digno Magistrado do Ministério Público respondeu concluindo que:

“-O recorrente, o arguido (A), não tem razão, quando alega que a decisão que impugna, onde foi alvo da condenação pela prática de um crime de roubo, p. e

p. pelo art. 210.º, n.º 1, do Cód. Penal, na pena de 2 anos e 6 meses de prisão, deve ser revogada, e substituída por outra que decreta a sua absolvição;

- Na verdade, e em primeiro lugar, o douto aresto ora atacado não está inquinado de qualquer vício, seja os consignados no n.º 2 do art. 410.º do C.P.P., seja qualquer nulidade insanável;

- Pretende o recorrente que o depoimento prestado pela testemunha (F) (agente da P.S.P. que recebeu a participação do ofendido e abordou o arguido quando este cambiava ienes japoneses), sem que aquele ofendido tivesse sido ouvido em julgamento, é prova que não deve ser levada em linha de conta, constituindo prova proibida por se tratar de depoimento indirecto não corroborado nos termos estritamente consentidos pelo art.º 129.º do C.P.P.;

- Mais alega que o Tribunal a quo fundou a sua convicção apenas, no depoimento da referida testemunha, tomando por bom um depoimento indirecto (o que violaria o princípio do contraditório constitucionalmente consagrado), pelo que devia antes não ter valorado tal prova e, perante a ausência de confissão da autoria do crime, decretar a absolvição, na dúvida;

- Porém, resulta do douto aresto impugnado, não só que a convicção da decisão de facto se baseou em outros elementos de prova apreciados em julgamento – tais como os autos de denúncia, de notícia, de reconhecimento, e o documento comprovativo do câmbio da moeda japonesa roubada ao ofendido –, como o depoimento do dito agente da P.S.P. foi prestado a factos e circunstâncias de que este tinha directo conhecimento;

- Na verdade, o douto Colectivo não podia deixar de valorar o referido depoimento, já que este se reportou a factos que a testemunha viu e a que assistiu: desde a vigilância feita na casa de câmbios onde se encontravam os três suspeitos cuja descrição correspondia à dada pelo ofendido, passando pela abordagem de um deles - o recorrente - na posse do documento reportado ao câmbio de ienes japoneses, até ao momento em que conduz este último à esquadra onde de imediato o mesmo ofendido, cidadão japonês, o reconhece como sendo um dos indivíduos que pouco tempo antes o tinha "assaltado";

- Assim, não só a prova prestada por depoimento pela referida testemunha é válida, porque não proibida nos termos do disposto no art.º 125.º do C.P.P., como ela, conjugada com o depoimento do próprio arguido ora recorrente (que admitiu parte dos factos),

- com os outros elementos de prova elencados na motivação da decisão de facto, e tudo alicerçado nas regras de experiência, é bastante para fundar - e bem - a decisão ora recorrida, i.e., a prática pelo recorrente, em co-autoria material com mais duas pessoas, de um crime de roubo p. e p. no art. 210.º, n.º 1, do Código Penal;

- Por outro lado, também não nos merece qualquer censura a pena de prisão em concreto aplicada, 2 anos e 6 meses de prisão, já que a mesma foi ditada por imperativos de justiça:

- o arguido agiu com dolo directo; o crime, em si - punível com prisão de 1 a 8 anos -, é de molde a provocar forte receio e inquietação na população em geral; é elevado o grau de ilicitude do facto, praticado com intimidação e conjugação de esforços por três pessoas, sendo assinalável o valor dos objectos subtraídos; o arguido não assumiu a prática dos factos delituosos, o que desde logo denota ausência de arrependimento e de interiorização do desvalor da sua conduta; não tem situação profissional e pessoal estável; foi objecto de condenações pela prática, dentre outros, de crimes de roubo e de ofensa à integridade física;

- Enfim, constata-se que apenas pesa a favor do arguido a sua juventude (24 anos de idade) e um modesto condicionamento socio-económico;

- Todo este circunstancialismo foi equacionado e adequadamente percepcionado pelo tribunal a quo, em estrita obediência aos critérios definidos nos artigos 40.º e 71.º do Código Penal;

- Nessa compreensão, na linha da decisão recorrida, é de considerar que se justifica a aplicação de pena privativa da liberdade a graduar acima do limite mínimo previsto para o tipo legal de crime, sendo a sanção aplicada adequada, suficiente e proporcional à culpa do agente;

- Logo, a douda decisão condenatória não merece qualquer reparo, pelo que deve ser mantida na íntegra, destarte se negando provimento ao recurso. A sentença fez rigorosa apreciação e valoração da prova produzida em audiência, não ocorrendo os assacados, pelo que deverá, em consequência, ser negado provimento ao recurso, confirmando-se a sentença recorrida.”

Neste Tribunal, o Ex.mo Procurador-Geral Adjunto teve vista dos autos lavrando parecer em que termina pelo não fundamento do recurso.

Foi dado cumprimento ao artigo 417.º do C. P. Penal, não tendo sido formulada qualquer resposta pelo arguido.

II.

Colhidos os vistos legais, foi efectuada a audiência, cumprindo agora apreciar e decidir.

Da sentença recorrida consta o seguinte:

“Discutida a causa, considera-se como provada a seguinte factualidade:

1º No dia 15 de Outubro de 2001, cerca das 6 horas, o arguido e dois indivíduos de identidade desconhecida, ao avistarem, junto à Sé Catedral de Lisboa, o cidadão de nacionalidade japonesa (R), melhor id. a fls. 7, decidiram apropriar-se de bens que este tivesse em seu poder.

2º De imediato, o arguido e restantes indivíduos rodearam (R), dessa forma intimidando-o, criando-lhe receio pela sua integridade física.

3º Retiraram então a (R) o saco em "nylon" que o mesmo transportava a tiracolo, o qual continha:

- uma carteira em pele, contendo o passaporte e bilhete de avião de (R), 140.000 (cento e quarenta mil) ienes japoneses, Esc.6.000\$00 (seis mil escudos), um cartão de crédito "Visa" e um cartão magnético japonês;

- uma máquina fotográfica de marca "Konica";

- um telemóvel.

4º O arguido e os dois indivíduos saíram do local, levando consigo esses valores, fazendo-os, como fizeram, coisa sua.

5º Os objectos e quantias em dinheiro tinham o valor total de Esc: 311.000\$00 (trezentos e onze mil escudos).

6º O arguido actuou, com os restantes, com o intuito de se apropriar dos mesmos, sabendo que não lhe pertenciam e que agia contra a vontade do respectivo dono.

7º Para todos atingirem os seus desígnios, recorreram à intimidação e à sua superioridade numérica, para assim colocarem (R) na impossibilidade de resistir, receoso pela sua integridade física.

8° Agiu o arguido de comum acordo e em conjugação de esforços com os restantes dois indivíduos, de modo voluntário, livre e consciente, sabendo não ser a sua conduta permitida.

9° Cerca das 8 horas e 10 minutos do mesmo dia, o arguido encontrava-se no interior da casa de "Novacâmbios, S.A.", na Praça D. Pedro IV, em Lisboa, onde acabara de proceder à troca de 60.000 (sessenta mil) ienes japoneses por Esc: 105.040\$00 (cento e cinco mil e quarenta escudos).

10° Abordado por agente da P.S.P., conseguiu entregar tal quantia aos indivíduos que o acompanhavam, os quais, por seu lado, de imediato, se puseram em fuga.

11 ° O arguido admitiu, em audiência, ter estado na aludida casa para cambiar ienes japoneses e ter entregue o dinheiro a indivíduo que o acompanhava.

12° À data, não tinha ocupação profissional desde há cerca de um mês.

13° Antes, trabalhara como cortador de carnes, auferindo cerca de Esc: 70.000\$00 (setenta mil escudos) por mês.

14° Por períodos curtos, trabalhou depois numa "pizzaria" e para "TV Cabo".

15° Marcado pelos hábitos alcoólicos do progenitor e por violência doméstica, veio também a revelar desde cedo hábitos de alcoolismo, tendo vivido alternadamente com os pais e com os avós maternos.

16° Denotando o arguido instabilidade crescente, recorreu a avó materna, já depois da morte do progenitor, ao auxílio de instituição, tendo o arguido sido internado em colégio de orientação religiosa.

17° Perante as dificuldades de adaptação, veio a ser expulso no final do ano lectivo em que tinha entrado.

18° Regressando ao lar materno, fugiu frequentemente, pernoitando na rua e recorrendo à mendicidade e continuando a dependência de bebidas alcoólicas e, também, de "haxixe".

19° Tal situação motivou a intervenção do Tribunal de Menores, que determinou a sua institucionalização, entre os quinze e os dezasseis anos de idade.

20° Ultimamente, vivia só.

21° Recebe o apoio da avó materna.

22° Mantém relação de namoro com cidadã italiana.

23° Tem o 9.º ano de escolaridade.

Prova-se ainda que:

O arguido foi anteriormente condenado:

1) - por acórdão de 25.01.01, proferido na 2.ª Vara Criminal de Lisboa, 2.ª Secção, proc. n.º 1727/99.3PYLSB, pela prática, em 1.11.99, de crimes de roubo e de ofensa à integridade física, na pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de prisão suspensa na execução pelo período de 4 (quatro) anos;

2) - por acórdão de 20.11.01, proferido no 1.º Juízo do Tribunal Judicial de Elvas, proc. n.º 345/01.2TBELV, por crimes de furto qualificado na forma tentada e de dano, cometidos em 23.02.97, respectivamente nas penas de 9 (nove) meses de prisão e 6 (seis) meses de prisão e, em cúmulo, na pena única de 1 (um) ano de prisão suspensa na execução pelo período de 4 (quatro) anos;

3) - por sentença de 10.10.02, proferida no 4.º Juízo Criminal de Coimbra, proc. n.º 7/01.OPECBR, pela prática, em 19.08.00, de dois crimes de emissão de cheque sem provisão, em pena única de multa.

2.2. Matéria de facto não provada

Com relevância para a discussão da causa, não logrou provar-se que:

1º Transportava o arguido e/ou os restantes indivíduos consigo uma faca ao abordarem o cidadão japonês.

2º Um deles exibiu uma faca ao mesmo cidadão.

3º Fê-lo para atingir, com os restantes, os seus desígnios.

2.3. Motivação da decisão de facto

Para a fixação da matéria dada como assente, o Colectivo fundou a sua convicção, ponderada e criticamente:

-- nas declarações do arguido, conforme referido em 2.1.11 ° e no tocante às suas condições pessoais, com apoio também no relatório social de fls. 247 a 249;

-- no depoimento de (F), agente da P.S.P., melhor id. a fls. 17, que explicitou, de modo inequívoco e credível, ter recebido queixa do cidadão japonês e das circunstâncias em que dizia ter sido "assaltado", mormente por três indivíduos, fazendo também a descrição dos mesmos, tudo de molde a convencê-lo da ocorrência e, por isso, ter-se dirigido às imediações da casa de câmbios no sentido de aí descobrir alguém envolvido na situação; aí, constatou estarem três indivíduos com semelhantes características às indicadas pelo referido cidadão, pelo que aguardou os seus movimentos, vindo pois o arguido a ser por si abordado no interior da casa, já tendo trocado o dinheiro japonês, que passou para as mãos de outro; só logrou que o arguido fosse por si apanhado, fugindo os restantes; mais esclareceu que, conduzido o arguido à esquadra, aqui se encontrava ainda o cidadão japonês, cuja reacção ao ver o arguido foi de identificá-lo sem qualquer dúvida; referiu também que tem conhecimento de que na esquadra das Taipas foi efectuada diligência de reconhecimento pelo cidadão japonês;

-- no auto de notícia de fls. 2 a 3 e no auto de denúncia de fls. 12, sem motivo para infirmá-los;

-- no documento de fls. 4, relativo ao câmbio efectuado pelo arguido; -- no auto de reconhecimento de fls. 5;

-- na ausência de prova bastante quanto ao descrito em 2.2.1° a 3°;

-- na análise conjunta dos elementos recolhidos, com fundamento ainda nas regras de experiência, para concluir pela participação do arguido nos factos, pese embora as suas declarações.

Os antecedentes criminais do arguido resultam do respectivo certificado do registo criminal de fls. 184 a 186, bem como designadamente da certidão de acórdão de fls. 57 a 72.

Das conclusões formuladas pelo recorrente, extrai-se que as questões postas nesse mesmo recurso são as seguintes:

- utilização e valoração de meio de prova proibido, traduzido em depoimento de testemunha que qualificou de indirecto;

- medida da pena que qualifica de excessiva.

Quanto à primeira das questões importa salientar que o recorrente incorre em vício de raciocínio, que inquina a sua impugnação do acórdão condenatório, quando alega que o tribunal fundamentou a sua condenação apenas no depoimento de (F), agente da PSP (conclusões 2, 6 e 13). Tal não corresponde à verdade, bastando a leitura do excerto acima citado da fundamentação da decisão fáctica para se constatar que o tribunal fundou a sua convicção em outros meios de prova, para lá do mencionado depoimento: “nas declarações do arguido”, “no auto de notícia de fls. 2 a 3 e no auto de denúncia de fls. 12, sem motivo para infirmá-los”, “no documento de fls. 4, relativo ao câmbio efectuado pelo arguido”, “no auto de reconhecimento de fls. 5”.

Para além disso, da fundamentação da decisão fáctica vertida no acórdão se conclui que o depoimento da testemunha em questão se pode dividir em duas partes: uma, relativa ao teor da participação que recebeu feita pelo cidadão japonês e, outra, relativa ao por si percebido e que se desenrolou no interior da casa de câmbios.

Se bem entendemos o teor da impugnação feita pelo recorrente, a sua divergência quanto ao decidido em sede de fundamentação da decisão fáctica abrangerá o conteúdo das declarações da testemunha unicamente quanto ao que o mesmo referiu ter sido o objecto da denúncia feita pelo cidadão japonês.

Nesse tocante, efectivamente, as declarações da testemunha, agente da PSP, configura um depoimento indirecto, tal como o mesmo é considerado no art.º 129.º CPP.

Só que, contrariamente ao defendido pelo recorrente na conclusão 8.ª, o “depoimento indirecto” não traduz um “método proibido de prova”, como diz, já que não especialmente previsto no art.º 126.º do CPP, mas antes e sim um “meio de prova” - “prova testemunhal” - por isso admissível, de acordo e nas condições fixadas pelo art.º 129.º seguinte.

Daí que o art.º 348.º CPP seguinte - relativo à produção de prova em audiência - expressamente refira que são ali “aplicáveis as disposições gerais sobre aquele meio de prova, em tudo o que não for contrariado” pelo ali disposto.

Contudo, e porque não respeita imediatamente aos factos probandos, “o testemunho indirecto só serve para indicar outro meio de prova directo”.

Daí que possa ser, validamente, atendido e livremente valorado pelo Tribunal, desde que este outro meio de prova venha a ser prestado ou “quando for impossível a inquirição da pessoa que disse em razão da sua morte, de anomalia psíquica ou impossibilidade de ser encontrada”.

Não ocorrendo nenhuma destas situações “o depoimento produzido não pode, naquela parte, servir como meio de prova” – n.º 1 do citado art.º 129.º CPP.

Citando Tiedmann, o Il. Prof. Costa Andrade, Parecer *in* Col. Jur. Ano VI, 1981, Tomo 1, pág. 6, ensina-nos que a exclusão deste meio de prova “é uma característica de todos os processos de estrutura fundamentalmente acusatória, enquanto que a sua admissibilidade é característica dos processos de fundo inquisitório”, logo e aqui, em tudo colidente “com os princípios de um processo próprio de um Estado de direito... incompatível com situações kafkianas e inquisitoriais”.

São, na verdade, os princípios da imediação e do contraditório que estão agora e aqui em causa, uma vez que inexistente a relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes processuais, bem como e também porque “se não traz ninguém a tribunal que possa ser contra-interrogado e cujo depoimento possa ser devidamente apreciado no que respeita à sua credibilidade”.

E conclui aquele Il. Prof.: “Do que fica dito resulta líquida uma conclusão: a admissibilidade da *hearsay obtained evidence* é totalmente impensável num processo que se pretende acusatório”, não valendo “a pena determo-nos sobre as exceções eventualmente admitidas no plano da doutrina, jurisprudência ou direito comparados. Por serem escassas...”.

Sobre esta temática foi já produzida jurisprudência constitucional, da qual damos nota os Ac. do TC n.ºs 213/94, de 2/03 e 440/99, de 8/07, respectivamente in BMJ 435, 155 e 489, 5 que se pode resumir no seguinte excerto: “Entende-se que a regulamentação consagrada na norma do n.º 1 do art.º 129.º do CPP se revela como proporcionada, nela se precipitando uma adequada ponderação dos interesses do arguido em poder confrontar os depoimentos das testemunhas de acusação, os da repressão penal, prosseguidos pelo acusador público e, por último, os do tribunal, preocupado com a descoberta da verdade através de um processo regular e justo (*due process of law*).

A disciplina contida no referido art.º 129.º, n.º 1 também não viola o princípio da estrutura acusatória do processo, nem o da imediação, nem a regra do contraditório; de facto, aquele preceito, ao mesmo tempo que admite o testemunho de ouvir dizer, impõe que as pessoas referenciadas nesse depoimento sejam, elas próprias, chamadas a depor. E, desse modo, garante a imediação e possibilita a *cross-examination*.

Só assim não será (isto é, as pessoas referidas não são chamadas a depor) se a sua inquirição não for possível por morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de serem encontradas. Nessa hipótese, tornando-se impossível interrogar as pessoas que as testemunhas de outiva indicaram como fonte, tem de considerar-se razoável e proporcionada a limitação introduzida à proibição do depoimento indirecto. Tanto mais que este depoimento é apreciado pelo tribunal, segundo as regras da experiência e o princípio da livre convicção (cfr. art.º 127.º do CPP”).

Como deixámos referido, por claramente decorrente do disposto no art.º 129.º, n.º 1, segunda parte, do CPP, a utilização e subsequente valoração do depoimento e das declarações de ouvir dizer sem a sua confirmação pela fonte, são claramente incompatíveis com os princípios estruturantes, vigentes em processo penal, do acusatório, do contraditório e da imediação.

No caso em apreço nos autos a parte relativa ao depoimento prestado pela testemunha e que poderá ser qualificado de indirecto refere-se a conversa mantida entre a testemunha e a, também indicada como testemunha, cidadão japonês no momento em que este apresentava denúncia a que se refere o respectivo auto de fls. 7 do processo.

Acontece porém que, tal como resulta da carta devolvida constante dos autos a fls. 240, essa testemunha, residente no Japão, não se encontrava notificada e, por força de tal, encontramos-nos perante a excepção prevista na parte final do n.º 1 do art.º 129.º CPP (impossibilidade de encontrar a pessoa indicada). Desse modo, poderia o tribunal valorar, para a decisão da matéria fáctica, o depoimento prestado pela testemunha (F) relativamente ao que lhe foi comunicado pelo ofendido cidadão japonês.

Mesmo que assim se não entendesse, sempre diremos que a conjugação dos meios de prova apontados pelo tribunal na fundamentação fáctica, para além do segmento atinente ao apontado depoimento indirecto, habilitaria o tribunal a chegar à mesmíssima decisão fáctica. Tal conclusão, mormente face ao teor do auto de reconhecimento de fls. 5 com o qual, de resto, o arguido foi

confrontado em plena fase de produção de prova em julgamento, é uma decorrência que se impõe quando conjugada com o teor das declarações prestadas pela testemunha relativamente aos factos ocorridos no interior da casa de câmbio, nos termos em que se encontra descrito na mencionada fundamentação.

Improcede, neste tocante, o recurso apresentado pelo arguido.

Insurge-se ainda o recorrente no tocante à medida da pena em que foi condenado, em função da culpa e das exigências de reprovação e de prevenção.

Vejamos as considerações que a esse propósito foram produzidas no acórdão recorrido: *“Assim, concretizando, o grau de ilicitude dos factos assume algum relevo, em alguma medida perante o modo de execução do arguido e restantes indivíduos, com do valor dos objectos assinalável e respectivas consequências, quer patrimoniais, quer inevitavelmente, pessoais.*

A intensidade do dolo, que é directo, corresponde a assinalável determinação do arguido e restantes, no atingir do seu desiderato, agindo conjuntamente e, assim, facilitando a execução.

Ao nível pessoal, denota o arguido ausência de interiorização do desvalor da sua conduta, de gravidade indiscutível, e sem que qualquer motivação plausível tenha esclarecido nessa sede.

A tal motivação, de todo o modo, não serão alheias as condições pessoais do arguido, demonstrando instabilidade.

Sofreu anteriormente três condenações, uma delas mesmo anterior aos factos, sendo certo que estes se situaram em período de suspensão da execução da pena aplicado nessa mesma condenação.

A sua situação económica é modesta e, ao nível familiar, vários problemas têm acompanhado o seu desenvolvimento.

Não tem hábitos definidos de ocupação e integração social.

Os critérios de prevenção devem, igualmente, reflectir-se na aferição da pena adequada.

Com efeito, a prevenção geral tem por função fornecer uma moldura de prevenção, cujo limite é dado, no máximo, pela medida óptima da tutela dos

bens jurídicos, dentro do que é consentido pela culpa e, no mínimo, fornecido pelas exigências irrenunciáveis da defesa do ordenamento jurídico.

Por sua vez, a prevenção especial encontrará o "quantum" da pena, de acordo com as exigências de socialização.

Tem o arguido, presentemente, vinte e quatro anos.

Dentro de todo o circunstancialismo, entende-se adequada a aplicação de pena claramente em medida superior ao respectivo limite mínimo legal – não de modo excessivo perante a gravidade dos factos, a idade do arguido e a respectiva vivência conturbada -, ligeiramente superior ao equivalente ao terço do limite máximo segundo a ponderação dos limites em presença."

A determinação da medida da pena, dentro dos limites da lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção, sendo que em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa (arts. 71.º, n.º 1 e 40.º, nº 2, do CP).

E, na determinação concreta da medida da pena, como impõe o art. 71.º, n.º 2, do CP, o tribunal tem de atender a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depõem a favor do agente ou contra ele, designadamente as que a título exemplificativo estão enumeradas naquele preceito. Por outro lado, a aplicação das penas visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade (art. 40º, nº 1, do CP).

Conforme salienta o Prof. Figueiredo Dias, in "Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime", Ed. Notícias, pág., 241-244, a propósito do critério da prevenção geral positiva, «A necessidade de tutela dos bens jurídicos – cuja medida óptima, relembre-se, não tem de coincidir sempre com a medida culpa – não é dada como um ponto exacto da pena, mas como uma espécie de «moldura de prevenção»; a moldura cujo máximo é constituído pelo ponto mais alto consentido pela culpa do caso e cujo mínimo resulta do «quantum» da pena imprescindível, também no caso concreto, à tutela dos bens jurídicos e das expectativas comunitárias. É esta medida mínima da moldura de prevenção que merece o nome de defesa do ordenamento jurídico. Uma tal medida em nada pode ser influenciada por considerações, seja de culpa, seja de prevenção especial. Decisivo só pode ser o quantum da pena indispensável para se não ponham irremediavelmente em causa a crença da comunidade na validade de uma norma e, por essa via, os sentimentos de confiança e de segurança dos cidadãos nas instituições jurídico-penais».

E, relativamente ao critério da prevenção especial, escreve o ilustre mestre, «Dentro da «moldura de prevenção «acabada de referir actuam irrestritamente as finalidades de prevenção especial. Isto significa que devem aqui ser valorados todos os factores de medida da pena relevantes para qualquer uma das funções que o pensamento da prevenção especial realiza, seja a função primordial de socialização, seja qualquer uma das funções subordinadas de advertência individual ou de segurança ou inocuização. (...).

A medida das necessidades de socialização do agente é pois em princípio, o critério decisivo das exigências de prevenção especial para efeito de medida da pena».

Conforme salienta o Ac. do STJ de 11MAI2000, in CJ Acs. do STJ, de 2000, Tomo II, pág. 188., “A função primordial da pena consiste na protecção de bens jurídicos, ou seja, consiste na prevenção dos comportamentos danosos dos bens jurídicos, sem prejuízo da prevenção especial positiva, sempre com o limite imposto pelo princípio da culpa – nulla poena sine culpa.”

E, citando o Ac. do STJ de 01MAR2000, in Proc. nº 53/200 – 3ª Secção, afirma-se no citado aresto, «A culpa, salvaguarda da dignidade humana do agente, não sendo o fundamento último da pena, define em concreto, o seu limite mínimo absolutamente intransponível, por maiores que sejam as exigências de carácter preventivo que se façam sentir. A prevenção especial positiva, porém, subordinada que está à finalidade principal de protecção dos bens jurídicos, já não tem virtualidade para determinar o limite mínimo; este, logicamente, não pode ser outro que não o mínimo de pena que, em concreto, ainda realiza, eficazmente, aquela protecção».

Devendo proporcionar ao condenado a possibilidade de optar por comportamentos alternativos ao criminal, a pena tem de responder, sempre positivamente, às exigências de prevenção geral de integração.

Continuando a citar, o mesmo Ac. do STJ de 01MAR2000, «Se, por um lado, a prevenção geral positiva é a finalidade primordial da pena e se, por outro, esta nunca pode ultrapassar a medida da culpa, então parece evidente que – dentro, claro está, da moldura legal – a moldura da pena aplicável ao caso concreto (‘moldura de prevenção’) há-de definir-se entre o mínimo imprescindível à estabilização das expectativas comunitárias e o máximo que a culpa do agente consente; entre tais limites, encontra-se o espaço possível de resposta às necessidades da sua reintegração social».

Do excerto acima citado se conclui que o tribunal avaliou os critérios de determinação da pena referenciados no art.º 71.º CP e que se encontravam fixados em sede de matéria fáctica provada, aos quais, face a uma moldura penal abstracta de 1 a 8 anos de prisão aplicável ao crime cometido pelo recorrente, permitem afirmar que a pena concreta da pena em que o arguido foi condenado se mostra justa, necessária e adequada.

III.

Face a todo o exposto, se decide negar provimento ao recurso, confirmando-se a sentença recorrida.

Custas a cargo do recorrente, fixando a taxa de justiça em 8 UC's com 1/3 de procuradoria e legal acréscimo.

Lisboa, 10 de Novembro e 2005.

João Francisco Reis Carrola

Carlos Alberto Gouveia Benido

Ana Maria Barata de Brito

Adelino César Vasques Dinis