Lusíada
Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

Pinto, Hermínio Moreira

O perjúrio : crime de falso testemunho

http://hdl.handle.net/11067/3708

Metadados

Data de Publicação 2017

Resumo Resumo: A presente dissertação tem como charneira a falsidade de depoimento em sede de realização da justiça nas suas diferentes vertentes. Porém, o mais relevante e que maiores consequências acarretam é o prestado em tribunal, depois do depoente ter sido ajuramentado e advertido das consequências do seu ato; o perjúrio. Um dos primeiros elementos que se analisam prendem-se com o conceito de falso e falsidade, onde se concluiu que falso é tudo aquilo que se descreve que não é coincidente com a...

Palavras Chave Direito, Direito penal, Crime de falso testemunho, Falso testemunho

Tipo masterThesis

Revisão de Pares Não

Coleções [ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2025-04-19T04:41:52Z com informação proveniente do Repositório

UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

O PERJÚRIO

CRIME DE FALSO TESTEMUNHO

Hermínio Moreira Pinto

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Porto, 2017

« Resisti às primeiras aparências e nunca vos apresseis em julgar; levai em conta que há coisas verosímeis que não são verdadeiras e que há coisas verdadeiras que não são verosímeis »

Madame Lambert

« Há regiões em que o testemunho é uma profissão. Conta-se de uma aldeia paupérrima da Sardenha, onde um novo pretor ficou admiradíssimo ao ver comparecer as mesmas pessoas como acusados, ofendidos ou testemunhas, em processos seguidos. Veio-se a apurar que se tratava de denúncias combinadas, para as testemunhas poderem cobrar a pequena indeminização a que tinham direito. »

Enrico Altavilla

« Em algumas regiões, onde existe um inato sentimento de religiosidade, recorre-se a uma série de expedientes para afastar da consciência da testemunha a responsabilidade pelo pecado de falso testemunho que comete: na Itália, por exemplo, a testemunha cospe antes de depor ou fala com um dos pés no ar. »

Enrico Altavilla

Índice

1. O perjúrio…… 13

2. A testemunha ……..... 15

2.1. Definição de testemunha – Conceito de testemunho/depoimento 15

2.2. A testemunha, direitos ……..... 16

2.2. A testemunha, deveres, capacidade, impedimentos e recusas 16

3. O testemunho/depoimento ……. 18

3.1. Falso e falsidade …….. ……... 18
3.2. Fases constitutivas do ato de depor ……... 20
3.3. Corrente objetiva e corrente subjetivista ……... 22

4. O tipo legal de crime …….. 23

4.1. O tipo objetivo …… 23

4.1.1. O agente …… 23
4.1.2. A conduta típica ……..…….. 24

4.1.2.1. O dever de verdade e completude …….. 24
4.1.2.2. Restrições ao dever de verdade e completude …… 26
4.1.2.3. Contradição entre depoimentos
Princípio *in dúbio pro reo* …….. 28
4.1.2.4. Posição doutrinal Portuguesa;
Visão subjetivista e visão objetivista…….. 30

4.1.2.5. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto ..…….. 31
4.1.2.6. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães ... 34
4.1.2.7. Visão crítica dos acórdãos das relações ……..... 39

4.2. O tipo subjetivo ……41

5. Justificação e necessidade desculpante ……. 44

6. Formas especiais do crime …… 45

6.1. Consumação ……45

6.2. Atos preparatórios ……. 46

6.3. Tentativa …….. 48

6.4. O Suborno – Artigo 363º do Código Penal ……. 49

6.5. Autoria …….. 50

6.5.1. Conceito de autor …… ……. 50
6.5.2. Conceito de autor no âmbito da teoria do domínio do facto …. 53
6.5.3. O autor à luz do artigo 26º do CP ……..…… 54
6.5.4. O instigador-autor ……..……..…… 55
6.5.5. Conceito de coautoria……..……..…… 56

6.6. Comparticipação …….. 58

6.6.1.Teoria da titularidade do dever, a teoria do domínio
do facto e o princípio da acessoriedade…… 59
6.6.2. O Artigo 28º do Código Penal ……. 63
6.6.3. N.º 1 do artigo 28º do Código Penal……... 65
6.6.4. N.º 2 do artigo 28º do Código Penal …….. 68

6.7.Concurso ……..… 69

7. Retratação e suborno ……70

8. A pena …… 71

8.1. Circunstâncias atenuantes especiais e dispensa de pena …… 71
8.2. Circunstâncias agravantes …….. 72

9. Síntese conclusiva ……. 73

10. Anexo I …….. 84

11. Anexo II ……70

12. Anexo III …….. 98

Resumo

A presente dissertação tem como charneira a *falsidade de depoimento* em sede de realização da justiça nas suas diferentes vertentes. Porém, o mais relevante e que maiores consequências acarretam é o prestado em tribunal, depois do depoente ter sido ajuramentado e advertido das consequências do seu ato; *o perjúrio*.

Um dos primeiros elementos que se analisam prendem-se com o conceito de *falso* e *falsidade*, onde se concluiu que *falso* é tudo aquilo que se descreve que não é coincidente com a realidade, e que a *falsidade* acrescenta ainda a *consciência* que o agente tem dessa discrepância e quantas vezes *animus*.

Em síntese, concluímos que mesmo quando se transcrevem factos falsos não existindo discrepância entre a perceção destes e a sua representação não existe falsidade de depoimento, sempre que não exista consciência de tal desvio. Mas, já ao contrário, quando os factos transcritos, embora coincidentes com os factos reais, mas discrepantes com os da perceção do agente, então existe falsidade de depoimento/testemunho. Esta polémica é esgrimida por duas correntes doutrinárias primordiais, *objetivista* e a *subjetivista*, e ainda, por uma terceira *hibrida*.

Para a primeira, *teoria objetivista*, a falsidade resulta da discrepância entre o deposto e os factos reais. Para a segunda, *teoria subjetivista*, a falsidade resulta da discrepância entre o deposto e o conhecimento/convicção da testemunha. Numa terceira vertente, *teoria hibrida ou mista*, que existe falsidade quando a testemunha violou o dever de falar com verdade, ou que quando a testemunha tem consciência do vício.

Entre nós, após um período inicial de subjetivismo, abraçamos uma conceção mais objetivista do problema, pese embora sobre o mesmo conteúdo fático, haja decisões judiciais diferentes, tomando por um lado do conceito subjetivista e pelo outro o conceito objetivista.

Os crimes de falso depoimento e de falso testemunho são *crimes específicos puros*, dado que só podem ser praticado por um agente que estiver na especial condição de depoente/testemunha, enquadrado numa específica função processual com os deveres inerentes e supra descritos, classificando-se em *crimes de mera atividade*, uma vez que para o preenchimento do tipo incriminador basta a prestação do falso testemunho, isto é, basta-se pela mera execução do depoimento não sendo necessário que do falso

depoimento/testemunho advenha qualquer resultado, sendo que a sua tipicidade se preenche com a falta aos deveres processuais de *verdade e completude*.

Não se deve confundir estes crimes de mão própria com os crimes específicos ou próprios; nos crimes específicos ou próprios *exige-se uma especial qualidade* do agente, os crimes de mão própria são crimes que podem ser praticados por qualquer agente, mas *cuja ação só pelo próprio pode ser consumada*.

Abraçamos a corrente com uma visão subjetivista; a falsidade resulta da discrepância entre o deposto e os factos reais percecionados, acrescido do conhecimento/convicção que o depoente tem dessa discrepância e ainda que comungamos da ideia segundo a qual, a *teoria da titularidade do dever* e a *teoria do domínio do facto* são complementares e não mutuamente exclusivas.

É pertinente analisar-se a possibilidade de ser admissível a *existência de atos preparatórios,* bem como saber de existem atos de execução, não enquadráveis no artigo 363.ºdo Código Penal, e que consubstanciem crime na forma *tentada*.

Questão pertinente no crime de falso depoimento/testemunho é a análise da admissão de *comparticipação,* porquanto estarmos perante um *crime específico puro,* admissível a quem estiver na especial condição de testemunha, e, ainda, corrente e vulgarmente designado por *crime de mão própria,* porquanto só pode ser praticado pelo próprio agente.

Por efeito, uma parte significativa de certa doutrina, que *« considera que se exclui não só a autoria mediata mas também a coautoria relativamente aos comparticipantes que não tenham chegado a executar por si próprios o facto típico, não se verificando a comunicabilidade prevista no artigo 28º do Código Penal* ».

É, contra esta corrente de opinião, que a presente dissertação, procurará rebater e defender posição diferente, mesmo, inversa.

Lista de abreviaturas

A	- Autor
AA.	– Autores
Art.º	- Artigo
Cód.	– Código
CC	– Código Civil
CPC	– Código de Processo Civil
CP	– Código Penal
CPC	– Código de Processo Penal
CRP	– Constituição da República Portuguesa
Dr.	- Doutor
Dr.ª	- Doutora
EOA	- Estatuto da Ordem dos Advogados
N.º	- Número
Sr**.**	- Senhor
Sr.ª	- Senhora

Introdução

A presente dissertação tem como tema central o crime de prestação de falso testemunho prestado perante o tribunal, *o perjúrio*.

A fronteira entre o verdadeiro e o falso no campo dos depoimentos em sede judicial, embora abordado, não tem sido merecido a necessária e devida atenção por parte dos penalistas.

Difícil foi concretizar e desenvolver este tema. A escassa abordagem do problema levou-nos a uma terrível realidade, o difícil acesso à escassa e dispersa bibliografia existente.

Pouca ou nenhuma atenção tem sido dada a esta questão, mas, nos tempos que correm, o falso depoimento, nomeadamente o perjúrio, ganha cada vez mais peso nas decisões judiciais. O depoimento, constitui-se como um meio de prova de cariz fundamental e não é por acaso que Othmar Jauernig classifica como a pior de todas as provas, mas, é a que se assume por excelência nos tribunais nas suas diversas vertentes; de testemunho, de relatório, de informação ou de tradução.

A prova testemunhal é meio de prova mais utilizado o mais vulgar e o mais comum. É muito importante a prova testemunhal, com especial relevo no processo penal.

As testemunhas são, segundo Bentham, « … *os olhos e os ouvidos da justiça*. *É por meio delas que o juiz vê e ouve os factos que aprecia.* » (Paiva, 2004, p. 33). Na grande maioria dos processos é o meio de prova dominante, e com muita frequência o único, pelo que importa prestar a maior atenção para os riscos da falibilidade dele.

Na atualidade, escritórios de advogados há, que são perfeitas "máquinas" a fabricarem e a estruturarem os depoimentos das suas testemunhas processuais. Chegam a gastar mais energias com tal tarefa do que com os demais estádios da ação judicial. Está vulgarizado o contacto quer das partes, quer dos advogados, com as testemunhas, pese embora, não admitidos pela deontologia profissional daqueles.

Advogados há, que em plena audiência de julgamento, manipulam de tal forma o depoimento da testemunha, que esta só empresta as suas cordas vocais. Para estes, testemunhas, autores imediatos, existe já enquadramento penal nos artigos 359º a 360º do Código Penal. Mas, para todos aqueles mais que gravitam em torno deste crime, constitui questão pertinente que importa abordar.

1- O perjúrio

O perjúrio tem como base o crime de prestação de falso testemunho/depoimento prestado perante o tribunal, previsto respetivamente pelos artigos 360º e 359º do Código Penal. Lógico será, que embora nos centremos essencialmente na presente dissertação no perjúrio perpetrado pelas testemunhas, é nosso propósito incluir, igualmente, com as necessárias adaptações, o crime de falsidade de depoimento/declaração prestados pelos outros intervenientes processuais.

Assim, o artigo 360º do Código Penal diz :

«

1. Quem, como testemunha, perito, técnico, tradutor ou intérprete, perante tribunal ou funcionário competente para receber como meio de prova, depoimento, relatório, informação ou tradução, prestar depoimento, apresentar relatório, der informações ou fizer traduções falsos, é punido com pena de prisão de seis meses a três anos ou com pena de multa não inferior a 60 dias.

2. Na mesma pena incorre quem, sem justa causa, se recusar a depor ou a apresentar relatório, informação ou tradução.

3. Se o facto referido no n.º 1 for praticado depois de o agente ter prestado juramento e ter sido advertido das consequências penais a que se expõe, a pena é de prisão até cinco anos ou de multa até 600 dias.

»

O artigo 359º do Código Penal diz :

«

1- Quem prestar depoimento de parte, fazendo falsas declarações relativamente a factos sobre os quais deve depor, depois de ter prestado juramento e de ter sido advertido das consequências penais a que se expõe com a prestação de depoimento falso, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

2- Na mesma pena incorrem o assistente e as partes civis relativamente a declarações que prestarem em processo penal, bem como o arguido relativamente a declarações sobre identidade e os antecedentes criminais.

Tendo a testemunha realizado um depoimento falso, após ter prestado juramento e ter sido advertida das consequências penais da falsidade de testemunho, além de preenchimento normal de tipo de crime de falso testemunho conta ainda com uma agravação de pena determinada pelo n.º 3 do art.º 360º do Código Penal. Para que a citada agravação tenha lugar é necessário que se verifiquem cumulativamente e no mesmo espaço temporal dois pressupostos: *a prestação de juramento* e *a advertência das consequências penais desse falso testemunho*.

Desde logo, o primeiro pressuposto, consiste na necessidade da *prestação de juramento* que tanta controvérsia tem causado, pese embora o seu fundamento jurídico-constitucional, pelo facto de a agravação ser consequência direta da ajuramentação (Seiça,2001, p. 478-481). Assim é, porque põe em causa o princípio constitucional da liberdade de consciência. Nos termos do artigo 41º da Constituição da República Portuguesa, ninguém pode ser constrangido a praticar ações contrárias aos ditames da sua consciência, uma vez que tal prática reporta-se sempre a uma ideia de Deus, ferindo a mais intima liberdade de consciência. Na verdade, o juramento consiste numa promessa solene com vista a submeter o depoimento à verdade do que vai ser prestado (Larouse, Enciclopédia,1998, p. 4008). É pois, em nome da própria honra e dignidade, que a testemunha jura falar com verdade e completude, assim se expressando: *« juro, por minha honra, que hei-de dizer toda a verdade e só a verdade* ».

Mesmo que não seja por questões religiosas, e deixando esta vertente à margem, a lei determina que tal recusa (recusa de juramento), equivale a recusa de depor, porquanto assim o determina o n.º 3 do art.º 459º do Código de Processo Civil e o n.º 4 do art.º 91 do Código de Processo Penal. Também se diga, que tal comportamento só é equiparado a falso testemunho se não existir justa causa para tal, como o expressa o n.º 2 do art.º 360º do Código Penal. Temos ainda, como segundo pressuposto, a necessidade da advertência *das consequências penais de falso testemunho como causa de gravação*, em manifesta coerência com as normas processuais resultante do n.º 3 do artigo 360º do Código Penal, do n.º 1 do artigo 459º do Código de Processo Civil e ainda do n.º 1 do artigo 513º do mesmo código.

Finalmente, realce-se que estes dois pressupostos anteriores, o juramento e a advertência, têm que ser contemporâneos ao momento da prestação do depoimento, pois não faria sentido jurar e advertir de factos passados.

2 – A testemunha

2.1 – Definição de testemunha - Conceito de testemunho/depoimento

A vocábulo *testemunha* deriva etimologicamente do termo latino *testis* e encontramos a sua origem nas palavras *antesto* ou *antisto,* tendo como significado a pessoa que está colocada diretamente em frente ao acontecimento como mero espectador (Germano, 2008, p. 161).

Segundo Manuel de Andrade, testemunha « *é toda a pessoa que, não sendo parte na causa nem seu representante, é chamada a dizer o que sabe acerca de todos ou alguns dos factos em litígio* » (Andrade, 1976, p. 272).

Genericamente a testemunha depõe tão só sobre a sua perceção dos factos, não emitindo uma opinião sobre o alcance dos factos nem um juízo de valor, esta posição estará reservada ao julgador e tão só. Razão pela qual o n.º 1 do artigo 128º do Código de Processo Penal diz que: « *A testemunha é inquirida sobre factos de que possua conhecimento direto e que constituam objeto da prova.* ». Só muito excecionalmente poderá ser inquirida sobre factos de que possua conhecimento indireto [n.º 1 do art.º 129º do CPP], desde que cumpridas as particulares condições impostas legalmente. A prova testemunhal é essencialmente constituída pela narração de factos juridicamente relevantes de que o depoente tenha conhecimento obtido pelos meios percetivos (Ferreira, 1981, p. 326). Porém, especialmente na alínea b) no n.º 2 do artigo 130º do Código de Processo Penal, prevê-se que o testemunho possa revestir de meras convicções pessoais quando o for sobre razões de ciência. Quer-se com isto dizer, que para além das especialíssimas e raríssimas exceções previstas no antes citado artigo, só quando a testemunha depõe em razão de especiais conhecimentos que detém sobre determinada matéria, lhe é especialmente permitido depor, testemunhar por convicção pessoal, razão pela qual que determinado depoimento só seja valorizado quando a testemunha detém sobre os factos especiais conhecimentos científicos ou técnicos. Feita a ressalva, o que se espera da testemunha é que transcreva ao tribunal as suas perceções, deixando a este ultimo a liberdade de as sintetizar em forma representativa, formando as suas próprias convicções sobre os factos.

2.2 – A testemunha, direitos.

A prova testemunhal é dos mais importantes meios de prova e o dever de testemunhar é não só um dever jurídico, mas também um importantíssimo dever ético. As testemunhas para cumprirem o seu dever sofrem frequentemente graves incómodos e não menores prejuízos, não sendo menores, bem antes pelo contrário, a desconsideração a que são votadas pelos funcionários judicias, advogados e quantas vezes pelos próprios juízes. É esta a razão fundamental pela qual a esmagadora maioria das pessoas se recusa ou se mostra indisponível a cumprir com o seu dever de colaborar com a justiça e que muito contribuiu para a sua degradação. Importa, por isso, não esquecer os direitos que assistem às testemunhas, que ao contrário dos deveres, a lei não os refere expressamente, e que aqui os ixamos expressos: o *direito de audiência*, o *direito à correção* do tribunal, e o *direito à indemnização* (Germano, 2008, p. 184).

É vulgar, pela fraca formação na matéria de funcionários judiciais, advogados e juízes, ser a testemunha tratada sem a necessária e devida correção nos tribunais. É um direito comummente atropelado. « O *menosprezo ou a atitude agressiva para com as testemunhas ofende a sua honorabilidade e é indigna dos órgãos de justiça »* (Ferreira, 1981, p. 336). Aos tribunais compete a proteção dos direitos de personalidade, integrantes do direito pessoais, protegidos que estão pela Constituição da República Portuguesa, entre outros, pelo seu artigo 26º, corporizando por esta via a consideração e a honra da testemunha.

Toda a testemunha que notificada para comparência em audiência, e só esta, que compareça, têm o direito, se e quando devidamente requerido, a uma indeminização a título de compensação das despesas realizadas [artigo 317º do CPP e 525º do CPC].

2.3 – A testemunha, deveres, capacidade, impedimentos e recusas

Qualquer pessoa com capacidade para se assumir como testemunha, tem o expresso dever de testemunhar [n.º 1 do art.º 131 do CPP e n.º 1 do art.º 495º do CPC]. A testemunha não só tem o dever de testemunhar, mas o de responder com verdade às perguntas que lhe forem dirigidas, pois assim o determina a alínea d) do n.º 1 do artigo 132º do Código de Processo Penal. Testemunhar não é o favor, mas um dever expresso

no artigo 132º do Código de Processo Penal. A prova testemunhal é dos mais importantes meios de prova e o dever de testemunhar é não só um dever jurídico, mas, também, um importantíssimo dever ético.

Só se não pode assumir-se como testemunha quem for declarado *incapaz*, que por *incapacidade natural* ou por *imposição legal*. Imposição legal que no processo penal se rege pelo artigo 133º, que na sua essência serão todos aqueles que num processo, ou em processos conexos, tenham a qualidade de arguido, todos aqueles que tenham a qualidade de assistente, os que revistam a qualidade de parte cível e ainda os que intervenham na qualidade de perito à matéria para que foram designados e, tão só a esta, pois, um perito pode simultaneamente acumular esta qualidade com a de testemunha, desde que testemunhe sobre factos para os quais não tenha deposto como perito [alínea d) do n.º 1 do art.º 133 do CPP]. Imposição legal que no processo civil está determinada pelo artigo 496º, limitando neste âmbito, a todos aqueles que no mesmo processo detenham a faculdade de depor como parte.

A testemunha não é, porém, obrigada a responder a perguntas de que resulte pela sua resposta a sua própria responsabilização penal, pois assim o determina o n.º 2 do artigo 132º do Código de Processo Penal. Ninguém tem o dever de se incriminar a si próprio, à semelhança que o arguido se pode recusar a responder sobre factos que lhe sejam imputados, assim, também a testemunha pode recursar-se a responder quando das suas respostas resultar a sua própria responsabilidade criminal.

Porém, não se confunda *recusa em responder*, com *recusa de depoimento*. São duas figuras completamente distintas. Recusa em responder, reporta-se a uma determinada questão, pergunta. Determinada pessoa pode recursar-se a responder a uma determinada questão e não recursar-se às demais questões. Para que lhe seja permitida tal faculdade terá de o invocar expressamente n.º 2 do artigo 132º do Código de Processo Penal.

Recusa no depoimento significa recusa ao dever de testemunhar pura e simplesmente. Recusa de depoimento, é regulado no processo penal pelo artigo 134º e no processo civil pelo artigo 497º do respetivo processo.

3 – O testemunho/depoimento

Encontramos em Enrico Altavilla e em Guiseppe Ruggiero a definição de testemunho/depoimento. O primeiro considera-o como uma reprodução verbal, gestual ou escrita de um acontecimento, mas alega não ser possível transcrever sem recorrer às recordações (Altavilla, 2003, p. 250), sendo que tanto pode referir-se a circunstâncias exógenas[1] ou a circunstâncias endógenas[2]. O segundo descreve o testemunho/depoimento como *« uma situação, configuração de simples regras, que se realizam com o concurso simultâneo de três condições:*

a) A presença no mesmo local, por um lado de um órgão judicial e por outro de uma pessoa;

b) A admissão formal de conhecimento por essa pessoa, de factos determinados objetos de discussão;

c) A demonstração particular de conhecimento de ciência pela testemunha de forma positiva ou negativa, dependendo do conteúdo ou dos modos de expressão adotada em concreto » [3]

Assim, concluiremos que o testemunho/depoimento consiste numa declaração de ciência que pela qualidade do sujeito, isto é, testemunha/depoente assente quer na forma verbal, que na forma escrita, [artigo 518º do CPC], gestual [n.º 2 do artigo 135º do CPC e alínea a) do n.º 1 do artigo 93º do CPP].

3.1 - Falso e falsidade;

Vulgarmente confundem-se estes dois conceitos; *falso* e *falsidade*. Embora no quotidiano se tendam a mesclar, falso e falsidade, em nosso entender, não são uma e a mesma coisa, incorporam realidades distintas.

---

[1] A testemunha/depoente viu A agredir B.

[2] A testemunha/depoente conhece A e sabe, que este, que sempre foi amigo de B.

[3] « *una situazione, di schietta configurazione normativa, che se realizza con il concurso simultaneo di tre condizione de fatto: a) La presença, nello stesso luogo, di un soggetto-organo dell'autorità giudiziaria, da una parte, e di una persona comparsa per deporre, dall'altra; b) L'ammissione anche non formale, del teste a dichiarare quanto a lui noto su fatti determinate; c) La manifestazione di conoscenza resa dal teste, in forma positiva o negativa, secondo il contenuto della sua particolare scienza o le modalità espressive adottate in concreto »*

Assim, defendemos que tudo quanto se descreve não coincidente com a realidade é *falso*. Se, a este particular, o sujeito que declara *sabe* (*tem consciência*) dessa discrepância, estamos, então, perante uma *falsidade*. O agente tem consciência que são factos falsos ou falsos factos, mas mesmo assim os transcreve.

Coisa semelhante, acontece com os conceitos ; " *factos falsos e falsos factos* ". Fiquemos um pouco por aqui e prestemos um pouco a necessária atenção ao tema, já por si bastante esquecido, pouco ou mesmo nada abordado.

Esta dicotomia é simples de se entender. Quando estamos perante factos, *que ocorreram*, mas cuja descrição não coincide com a realidade, estaremos então perante *factos falsos*. Por outro lado, quando estamos perante factos, que *não ocorreram sequer*, estaremos então perante *falsos factos*. Nada difícil de entender. Quando, por exemplo, se descreve um acidente entre o automóvel "A" e um outro automóvel "B", mas, a descrição do acontecido está em *discrepância* com a realidade, estamos em presença de *factos falsos*[4]. Quando se descreve um acidente entre o automóvel "A" e um outro automóvel "B", mas, os automóveis em questão não intervieram em acidente algum, isto é, o acidente *não existiu* sequer, estamos em presença de *falsos factos* [5], pois, os factos, *não existiram*.

A *falsidade* constitui o item fulcral para a incriminação por falso testemunho[6]. Encontrar um abrangente significado é uma tarefa árdua e distante de uma abordagem superficial, mas, pelo menos, abordar-se-á o conceito segundo duas vertentes que comumente são as que esgrimem o conceito: uma visão objetiva e uma outra subjetiva. Assim, em nosso entender, objetivamente os *factos são falsos* sempre que entre o declarado e a realidade houver discrepância independentemente da consciência que o agente tem dessa discrepância. Numa visão subjetiva se houver discrepância entre o declarado e a realidade sem que o agente tenha consciência disso, embora os factos sejam

[4] Na realidade o automóvel " descia uma rua na direção norte-sul e o automóvel B apresentou-se num cruzamento pela direita de A embatendo naquele. Porém quando é descrito o acidente, o depoente inverte a situação da posição relativa dos dois automóveis. Neste exemplo, estamos perante ***factos falsos***, uma vez que os factos ocorreram, só que não daquela forma, como foi descrita.

[5] Um determinado sujeito descreve um acidente entre o automóvel A que, segundo afirma, descia uma rua na direção norte-sul e o automóvel B apresentou-se, segundo alega, num cruzamento pela direita de A embatendo naquele. Mas, veio-se a apurar, que tal mais não foi que uma tentativa de conseguir uma indemnização por via do seguro automóvel, pois o acontecimento descrito *não* ocorreu sequer. Neste exemplo, estamos perante ***falsos factos***, uma vez que os factos *não* ocorreram.

[6] Recordamos que quando nos referimos ao falso testemunho, tipificado no artigo 360º do Código Penal, estamos ainda igualmente, com as devidas adaptações, a referirmo-nos ao falso depoimento do artigo 359º do mesmo código.

falsos, não existirá *falsidade*, mas, caso o agente tenha consciência dessa discrepância então, além de factos falos, existirá, ainda, *falsidade*.

Comecemos pela primeira vertente da questão o determinar a fronteira entre o verdadeiro e o falso. Um facto pode ser falso e não haver falsidade no ato declarativo, e o facto pode ser verdadeiro e haver falsidade no ato declarativo. Confuso ? Mas tem explicação.

A destrinça, no nosso modesto entendimento, encontra-se na zona interventiva na formação do conhecimento. Se numa zona com predominância do inconsciente do *"eu"*, ou se numa zona com predominância do consciente interventivo do *"eu"*. Em síntese, diremos: Se entre o facto *percecionado* e o facto *representado* existir coincidência mas não coincidir com a realidade, então estamos perante um *facto que é falso*, sem que se forme falsidade, se entre o facto *percecionado* e o facto *representado* não existir coincidência, então, estamos perante uma *falsidade*.

3.2 – Fases constitutivas do ato de depor

Giuseppe Ruggiero divide em quatro fases o ato declarativo/depoimento: *o acontecimento, a perceção, a memorização e o depoimento* propriamente dito (Ruggiero, 1958, p. 530-532), fazendo depender da coincidência entre estas quatro vertentes a veracidade ou não de um depoimento.

O termo memória tem sua origem etimológica no latim e significa a faculdade de reter imagens, factos, dados e conhecimentos numa situação de reminiscência[7].

A memória, é uma função cerebral, é uma faculdade cognitiva, constituindo-se essencialmente como um processo de retenção de dados/informações pelo qual guardamos o conhecimento, base de toda a aprendizagem.

Uma outra afigura-se-nos mais consentânea: *os factos, a perceção, a representação e o depoimento*.

Se em relação à primeira fase (*o acontecimento / os factos*), não se levantam questões sensíveis, pois é mais uma questão terminológica de somenos importância, no tocante à terceira (a *memorização / a representação*), reveste-se se significativa

[7] Para um melhor desenvolvimento e mais profundo conteúdo científico sobre a noção e caracterização do fenómeno da memória, encontra-se afinal no Anexo II, melhor e mais detalhada informação.

importância dada as repercussões daí oriundas, e com a qual já divergimos acentuadamente. Desde logo porque quando uma qualquer pessoa faz um relato, fá-lo tendo por base uma representação. Esta pode ser fruto de um processo de elaboração no próprio momento do relato, como pode ser fruto de uma representação anterior entretanto memorizada. Em qualquer circunstância, trata-se de representações. Mesmo recorrendo à memória, a ação de representação buscará, naquele baú, diferentes componentes que encadeará em sequência própria de forma a obter um todo representativo, que tomará corpo pela expressão de signos linguísticos verbais. Assim visto, e por outros fatores que adiante nos debruçaremos, julgo parecer mais consentâneo que abarquemos a ideia de que a terceira fase do momento declarativo, em sede de depoimento, seja denominada de representação em detrimento de memorização.

Facilmente se depreenderá que o elemento da *vontade* propriamente dito, já suficientemente explanado, só surgirá no terceiro estádio, *o da representação* e o *animus* no quarto estádio, o *do depoimento*.

Quando estamos perante um testemunho, uma declaração que não coincide com a realidade dos factos, necessário será para se determinar a falsidade do depoimento, saber-se em qual dos quatro momentos/estádios tal discrepância se manifesta. Se entre a realidade dos factos e a sua perceção, se entre a perceção e a correspondente representação ou se entre a representação e a transcrição/depoimento. Quando nos situamos no primeiro caso, entre os factos e a perceção, estamos perante transcrição de factos falsos, mas não perante falsidade de depoimento. Quando nos situamos no segundo caso, entre a perceção e a representação, existindo *consciência* de tal divergência, estamos perante falsidade de depoimento, caso contrário, estamos perante a simples transcrição de factos falsos. Quando nos situamos no terceiro caso, entre representação e a transcrição, estamos sempre perante falsidade de depoimento. Quem transcreve de forma diferente do que representa só o pode fazer por vontade própria, isto é, com *animus.*

Conclusivamente, afirmar-se-á que mesmo quando se transcrevem factos falsos sem que exista discrepância entre a perceção e a representação não existe falsidade de depoimento já que lhes não é intrínseca a consciência, uma vez que aquela representação é consentânea com a perceção que o depoente tem da realidade que transmite. Esta falta à verdade dá-se em virtude de uma deficiente perceção e consequente má representação, não existindo consciência de tal facto e muito menos *animus* para que assim seja. Mas, ao contrário, quando os factos transcritos *são coincidentes* com os factos reais, mas

discrepantes com a perceção, então existe falsidade de depoimento/testemunho.[8] Está a incorrer, ainda assim, em falsidade de depoimento. Tal acontece por haver *animus* do agente. O agente/testemunha, tem consciência, tem *animus* que assim seja, possivelmente agindo com parcialidade oriundo *quid sapit* de interesses próprios (Andrade, 1976, pp. 275-276), mas há posições diferentes, analisemo-las.

3.3 – Corrente objetiva e corrente subjetivista

Esta polémica é esgrimida por duas correntes doutrinárias maioritárias; a *objetivista*, a *subjetivista*, e, ainda, por uma terceira *hibrida*.

Para a primeira, *teoria objetivista*, a falsidade resulta da discrepância entre o deposto e os factos reais, isto é, com o percecionado, independentemente da consciência que a testemunha tem dessa discrepância[9] (Dias, 1999, p. 475).

Para a segunda, *teoria subjetivista*, a falsidade resulta de um binómio. Da discrepância entre o deposto e os factos reais, e do conhecimento/convicção que a testemunha tem dessa discrepância, ou seja, com o percecionado e com a consciência que a testemunha tem dessa discrepância [10] (Dias, 1999, p. 475).

Numa terceira vertente, *teoria hibrida ou mista*, defende Schmidhäuser que existe falsidade quando a testemunha violou o dever de falar com verdade, enquanto Vormbaum resulta falsidade quando a testemunha tem consciência do vício[11]. (Dias, 1999, p. 475-477).

---

[8] O que acontece vulgarmente quando, por exemplo, uma testemunha descreve, ainda que muito corretamente a perfeita realidade de um acidente de automóvel, mas que não presenciou. Se não presenciou, logo não testemunhou, não percecionou, mesmo que bem represente e bem transcreva fá-lo falseando. O conteúdo fáctico não deixa de ser verdadeiro, o que é falso é o próprio testemunho, pois existe uma discrepância entre o percecionado (inexistente) e o representado declarado. Impunha-se um conhecimento direto, uma perceção dos factos.

[9] **Na teoria objetivista** se forem relatados factos que coincidem com a realidade, mas o depoente pensa que falta à verdade, tal não determina a falsidade do depoimento, o depoimento é verdadeiro. Nesta vertente de análise, são exclusivamente os objetivados factos quem determina a falsidade ou não.

[10] **Na teoria subjetivista** se forem relatados factos que *não* coincidem com a realidade, mas o depoente pensa que o são, tal não determina a falsidade do depoimento, o depoimento é verdadeiro. Nesta vertente de análise, é a convicção subjetiva do depoente quem determina a falsidade ou não.

[11] **Na teoria híbrida/mista** se forem relatados factos que *não* coincidam com a real perceção do depoente, o depoimento é falso. Isto, porque se percecionado uma coisa e relatada outra, terá de haver forçosamente vontade para que assim seja, isto é, *animus*. Assim, terão que os factos serem falsos e ainda haver

4- O tipo legal de crime

4.1 - O tipo objetivo

4.1.1 - O agente

Salvo os incapazes, pode ser agente, em princípio, qualquer pessoa singular, escamoteando, claro está, o artigo 11º do Código Penal [12].

O autor de um crime pode ser, em regra, qualquer pessoa (" Quem … ") razão pela qual assim começam a generalidade dos tipos de ilícitos, que pelo facto são genericamente classificados como crimes comuns. Mas, por vezes, porém, a lei especializa quais as qualidades que as pessoas obrigatoriamente têm de possuir para poderem ser agentes, autores e levar a cabo determinado crime, são os classificados como crimes específicos. Neste caso, dos crimes específicos, a norma incriminadora começa pela descrição das qualificações do agente; « " *Quem, como testemunha, perito, tradutor ou intérprete* [...]" » . Neste âmbito, o dos *crimes específicos*, subdividem-se em *próprios* ou *puros* e *impróprios* ou *impuros*. Nos puros a qualidade especial do autor ou o dever especial que sobre ele impende determinam a sua responsabilidade. Só a testemunha pode praticar o crime de falso testemunho, tal como do mesmo modo os crimes de falsa perícia, interpretação ou tradução só podem ser respetivamente praticados pelo perito, técnico, interprete ou tradutor.

O crime de falso testemunho é pois um *crime específico puro*, pois e embora comece pelo vocábulo "*Quem*" só pode ser praticado pela testemunha. O agente só o pode ser exclusivamente na qualidade de testemunha revestido de uma específica função processual com os deveres inerentes e supra descritos. A norma incriminadora é pois o artigo 360º do Código Penal. As falsas declarações prestadas por outros intervenientes processuais (arguido, assistente, partes cíveis) que não o de testemunha, são puníveis não

discrepância com o percecionado pelo depoente para se verificar a falsidade no depoimento, dado que se os factos forem falsos mas assim percecionados pelo depoente, não é tido como falsidade no depoimento, mas depoimento de factos falsos.

[12] Esta norma, artigo 11º do Código Penal, pretende não excluir a responsabilidade dos entes coletivos, deixando em aberto a possibilidade de essa responsabilidade lhes ser estendida e compreendida a determinados tipos de crime, e não são pouco frequentes os casos em que a lei portuguesa atribui responsabilidade penal a entes coletivos.

pelo crime de falso testemunho, mas pelo crime de falsidade de depoimento previsto no artigo 359º do Código Penal.

4.1.2 – A conduta típica

Relativamente à conduta, cabe determinar qual ou quais as ações penalmente relevantes e qual o facto típico de que se reveste o crime de falso testemunho (não nos esqueçamos que englobamos igualmente o depoimento de parte) para concluirmos que se concretiza com a prestação de falso depoimento perante o tribunal, já que debruçamos a nossa atenção especialmente no crime de *perjúrio*. É um *crime de mera atividade* uma vez que, para o preenchimento do tipo incriminador, basta a prestação do falso testemunho, concretizando-se assim com a mera execução do depoimento (Dias, 2011, p. 306), não sendo necessário que do falso testemunho advenha qualquer resultado, pretende-se dizer, que não é necessário que seja pela determinação do falso testemunho que se venha a produzir ou a influenciar a decisão do juiz. Contudo, para que a conduta seja típica é necessário que o depoimento falso seja prestado com a violação dos deveres processuais de *verdade* e *completude*, como determina a alínea *d)* do n.º 1 do artigo 132º do Código de Processo Penal e, ainda, os artigos 459º e 513º co Código de Processo Civil (Seiça, 2001, p. 466-473).

4.1.2.1 - O dever de verdade e completude

Desde logo, os deveres de *verdade* e *completude* estão condicionados pela natureza do conhecimento dos factos por parte da testemunha, facto espelhado no artigo 128º do Código Penal e 454º do Código de Processo Civil. Aqui, claramente se enuncia que a testemunha só deve depor sobre factos pessoais ou de que tenha conhecimento. Viola-se o dever de verdade e completude quando depomos com falsidade sobre factos pessoais ou sobre factos que obrigatoriamente devíamos ter conhecimento. Conceitos, que estão espelhados na alínea *d)* do n.º 1 do artigo 132º e do n.º 1 do artigo 128º, ambos do Código de Processo Penal, ao determinarem que a testemunha tem o dever de responder com verdade relativamente aos factos de que possua conhecimento direto, isto é, aos factos que sejam oriundos da sua perceção independentemente da sua origem ser

interna ou externa. Assim, o dever de verdade é igualmente violado quer quando a testemunha depõe com falsidade sobre os factos, quer quando a testemunha diz, falsamente, ter conhecimento direto dos factos sobre que testemunha (Seiça, M., 2001, p. 467).

Depois, a testemunha tem o *dever de responder* apenas dos factos que constituem o objeto da prova como o determina o artigo 410º do Código de Processo Penal, quando: « *A instrução tem por objeto os temas da prova enunciados ou, quando não tenha de haver lugar a esta enunciação, os factos necessitados de prova*. ». Ainda ao n.º 1 do artigo 124º do Código de Processo Penal, quando: « *Constituem objeto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis*. ». E, ainda, ao n.º 2 do mesmo artigo quando: « *Se tiver lugar pedido civil, constituem igualmente objeto da prova os factos relevantes para a determinação da responsabilidade civil.* », pelo que, fica a testemunha desonerada se os factos em depoimento não se contextualizarem com o tema de prova.

Com este desonerar, não comungamos textualmente em toda a sua plenitude, pois, julgamos que teremos de distinguir três tipos de descrição, de narração dos factos: a narração *positiva*, a narração *espontânea* e a narração *omissiva*.

Na *narração positiva* – o dever de verdade e completude faz parte de todo o depoimento submetido ao objeto da prova independentemente de serem essenciais ou não.

Na *narração espontânea* – o dever de verdade e completude faz igualmente parte do depoimento, que pelo facto de ser voluntário, não pode deixar de fazer parte daquele dever, quando submetido ao objeto da prova independentemente de serem essenciais ou não, já que a testemunha relata de próprio modo. O que é decisivo para onerar com o dever de verdade não é a existência de um dever de declarar mas se a declaração está dentro do âmbito do processo valorizável e capaz de influenciar o entendimento judicial dos factos ou conduzir a convicções no julgador (Seiça, M., 1999, p. 469).

Na *narração omissiva* – excluídos os casos de recusa, quer de depoimento quer de resposta, que têm especial tratamento no n.º 2 do artigo 360º do Código Penal, há que escalpelizar diferentes situações específicas e determinantes. Está em violação do dever de verdade e completude quando omite conscientemente um facto determinante para o ajuizar do tema de prova,[13] preenchendo por esta via o tipo legal do crime de falso

[13] Quando por exemplo, declara ter visto " A " a afastar-se do local do crime, mas, omite ter visto " B " a fazer exatamente o mesmo.

testemunho, uma vez que a testemunha está onerada não só a responder com verdade, mas, também com *toda a verdade.* Com isto, não queremos dizer que sempre que a testemunha omita factos está em violação do dever de completude. Não, só se forem pertinentes para o ato valorativo e decisório, pois, caso contrário, estaríamos a onerar excessivamente a testemunha e a inverter a responsabilidade do inquiridor para a obtenção da prova (Seiça, M., 1999, p. 469).

4.1.2.2 – Restrições ao dever de verdade e completude

O dever de responder com verdade e completude está também limitado pela violação das regras processuais relativas à prestação de depoimento, sendo que Medina Seiça os separa em três formas: *restrição decorrente da incompetência* da entidade perante a qual o testemunho é prestado, *limitação resultante da inobservância de formalidades essenciais*, e, *limitação resultante da violação de regras processuais* que impliquem a proibição da valoração concreta do depoimento.

A *restrição decorrente da incompetência da entidade perante a qual o testemunho é prestado* pauta-se por duas vertentes: uma referente ao tribunal, outra referente ao funcionário. Em nosso ponto de vista, a falta de competência do funcionário obsta ao preenchimento do tipo incriminador porquanto a incompetência referente ao tribunal não obsta ao preenchimento do tipo incriminador. Nos tempos que correm, a incompetência do tribunal não é condição absoluta. No que concerne ao processo penal, o seu artigo 32º, declara que o tribunal conhece e declara a sua incompetência durante todo o processo, isto é, até ao trânsito em julgado da decisão final, mas tratando-se de incompetência territorial, só poderá ser declarada até ao início do debate instrutório [al. *a)* do n.º 2 art.º 32º do CPP], ou, quanto muito, até ao início da audiência de julgamento [al. *b)* do n.º 2 art.º 32º do CPP]. De igual forma o processo civil trata esta questão, subdividindo-a igualmente em duas vertentes: *a incompetência absoluta* [artº 96º do CPC] e a *incompetência relativa* [artigo 102º do CPC]. Quanto ao primeiro vício, tal pode ser suscitado enquanto não houver sentença com trânsito em julgado proferida sobre o fundo da causa [n.º 1 art.º 97º do CPC], se não respeitar a violação das regras em razão da matéria, caso, em que, pode ser arguido e conhecido até ao despacho saneador, que, quando a este não houver lugar, até à audiência de julgamento [n.º 2 art.º 97º do CPC]. Tratando do segundo vício, *incompetência relativa*, este pode ser arguido pelo réu tendo

como prazo o mesmo estiver estabelecido para a contestação, oposição ou resposta, ou quando não haja lugar a estas, para outro meio de defesa que tenha a faculdade de deduzir [n.º 1 art.º 103º do CPC].

Comungamos e defendemos a posição que o valor da realização da justiça é de tal forma posto em perigo, que a incompetência do tribunal não impede o preenchimento do tipo legal de crime de falso testemunho pelo que não se justifica conceder à conduta do agente o privilégio da atipicidade. Atendendo ao facto, que se o vício da incompetência for detetado, este prejudica o normal seguimento do processo e impede o juiz de proferir uma decisão, ou, não é detetado e os autos prosseguem e o juiz toma uma decisão. Não faz qualquer sentido que qualquer facto posterior ao depoimento da testemunha venha a afastar a tipicidade da conduta. O bem jurídico é posto em perigo quer quando há vício de incompetência quer quando não o há. O bem jurídico é posto em causa quer quando o falso testemunho é determinante quer quando o não é. Não vemos qualquer razão para distinguir estas duas situações porquanto as duas condutas são objetivamente e subjetivamente idênticas no momento em que o facto é praticado.

A *limitação resultante da inobservância de formalidades essenciais* é em nossa opinião irrelevante para o preenchimento do tipo incriminador. Assim é, já que entendemos que formalidades como a forma de juramento ou a advertência das eventuais consequências de uma eventual falsidade afiguram-se-nos irrelevantes na consumação da conduta, porquanto tais formalidades só podem obstar à agravação da pena [14], isto é, obstam à aplicação tão somente do n.º 3 do artigo 360º do Código Penal e não do seu n.º 1. Neste ponto de vista, mesmo que o tribunal se esqueça da prestação do juramento e não proceda à advertência, não deixa de a testemunha estar onerada com o dever de verdade e de completude [15].

A *limitação resultante da violação de regras processuais,* que impliquem a proibição da valoração concreta do depoimento, situa-se na jurisprudência. A doutrina dominante, ao contrário daquela minoritária que defende a posição de que uma declaração

[14] Transcrevendo Pereira Rodrigues: « *a omissão do juramento poderá constituir uma nulidade secundária, que não é de conhecimento oficioso, mas que pode ser arguida pelas partes nos termos do artigo 195º/1 do CPC. No entanto, se o juiz, durante a inquirição da testemunha ou no final do depoimento antes da testemunha se ausentar, der conta da falta verificada nada impede que interpele a testemunha e lhe pergunte se jura ter dito a verdade e toda a verdade sobre o que lhe foi perguntado, transmutando, assim, um juramento promissório num juramento assertório, servindo este para sanar a irregularidade verificada sem necessidade de a testemunha repetir o depoimento. »* (Rodrigues, 2011, p. 180)

[15] Porém a incriminação de falsas declarações [artigo 359º do CP], estabelece como elemento do próprio tipo e exigência da prestação de juramento e da realização da advertência.

falsa só é tipicamente relevante quando for processualmente valorizável para tanto invocam a condição segundo a qual se o depoimento for processualmente não valorizável não é suscetível de por em causa o bem jurídico da realização da justiça, considerando-se que a não valorização não constitui causa de exclusão da tipicidade do crime de falso testemunho. Desde logo, porque o facto de o depoimento não ser processualmente valorizável apenas dispensa a testemunha do cumprimento do dever de responder, mas não do dever de verdade, se decidir depor. Excluem somente uma exceção: se o depoimento for obtido em manifesta violação dos princípios do Estado de Direito, como, por exemplo, os obtidos através de métodos proibidos de prova expressos no artigo 126º do Código de Processo Penal.

Queremos que a violação de regras processuais que determinem a proibição da valorização da prova não exclui a tipicidade do depoimento falso, porquanto pensamos que o bem jurídico foi posto em perigo com a conduta. Contudo no tocante aos *métodos proibidos de prova,* expressamente no caso de uma vantagem patrimonial prometida à testemunha em troca do depoimento, embora perante um meio proibido de prova, não deixa de preencher o tipo legal de falso testemunho [al. *e)* do n.º 2 do art.º 126º do CPP] (Andrade, Costa, 2006) p. 212-213).

4.1.2.3 – Contradição entre depoimentos - Princípio *in dúbio pro reo*

Em processo penal, quando uma testemunha presta diferentes depoimentos em diferentes fases processuais e não é possível determinar em qual delas se em inquérito, se em debate instrutório ou se em audiência de julgamento, o depoimento corresponde à verdade, importa determinar se existe falsidade de depoimento, para efeitos incriminatórios, justificada pela simples contradição. Neste contexto, encontramos na jurisprudência portuguesa, como antes vimos, decisões que algumas vezes conduzem à condenação e noutras à absolvição, tendo por base no princípio de *in dúbio pro reo*.

Para uma resposta a esta questão temos de levar em linha de conta o momento em que se considera o crime consumado, observado que seja pela teoria objetivista ou pela subjetivista a definição da falsidade, tema já analisado.

Sendo que falsidade está na desconformidade entre o que foi percecionado pela testemunha no momento da ocorrência dos factos e o que foi por si declarado no tribunal,

como o defende a corrente subjetivista, então, a contradição entre os diferentes depoimentos nas diferentes fases processuais, é suficiente e o bastante para se afirmar pela falsidade.[16]

Porém, numa *visão objetivista* fica em clarividência a sua incapacidade de funcionar no âmbito dos casos de *in dúbio pro reo*, em processo penal. Sendo determinados factos dados como provados ou não provados, não porque o tribunal se convenceu positivamente da sua real ocorrência, mas porque existindo uma dúvida insanável, oriunda até de um possível falso depoimento, fez prevalecer o princípio de *in dúbio pro reo*, pelo que não poderá ser possível condenar alguém por falsidade de testemunho dado que, em relação a essa matéria, não se formou uma decisão judicial de mérito (*non liquet*) na apreciação da prova. Assim, o crime de falsidade de testemunho/depoimento fica impune que objetivamente deixam em causa os tribunais e a realização da justiça.

Também não sufragamos a *posição subjetivista*, no sentido em que quando haja desconformidade entre o que a testemunha apreendeu à data dos factos e o que declara ao tribunal, pese embora esteja a transmitir o que na atualidade se recorda dos factos, o depoimento é objetivamente falso, pelo que a não sufragamos. Por outro lado, a verdade material é insuscetível de ser atingida, também não é possível definir o que a testemunha percecionou no preciso momento em que os factos ocorreram. É sempre mais fácil conhecer a verdade material do que o conteúdo da perceção da testemunha no momento da sua apreensão do mundo real. Ainda assim, uma adesão à corrente objetivista será possível superar a dificuldade subjetivista, se introduzirmos no próprio conceito de falsidade o conhecimento da testemunha relativamente à verdade material, já que tal fator, é claramente do domínio do subjetivo.

À habitual critica de que se vai longe demais nas responsabilidades da testemunha quando estamos a integrar na falsidade o depoimento falso por erro sempre se poderá contra-argumentar que não devemos nem podemos confundir a falsidade de testemunho

[16] Posição assumida no Acórdão da Relação do Porto de 30 de Janeiro de 2008, que por esta via andou ao considerar que no primeiro depoimento que a testemunha prestou em fase de inquérito levou à acusação dos arguidos era substancialmente diferente, mesmo contrário, ao prestado em audiência de julgamento concluindo que um deles seria seguramente falso, e enquadrável na forma de crime de forma agravada do n.º 3 do art.º 360 do CP, e que em face do *princípio in dúbio pro reo* impunha a punição do depoimento prestado em fase de inquérito, correspondente ao crime menos grave [n.º 1 do artº 360º do CP]. Relata ainda tal Acórdão, que não houve retratação, por não declarado, problema que mais tarde nos debruçaremos em capítulo próprio.

com a prática do crime de falso testemunho, já que, num crime doloso, o erro exclui o dolo tal como o expresso nos termos gerais do n.º 1 do artigo 16º do Código Penal. O depoimento até pode ser falso, mas isso não nos permite concluir que a testemunha está a mentir.

Concluímos, afirmando se outras e melhores razões não forem carreadas, a teoria objetivista é a que melhor se nos afigura para determinar o sentido da falsidade do depoimento, consistindo este na desconformidade entre o conteúdo do testemunho e o acontecimento material. (Seiça, 1999, p. 477)

4.1.2.4 – Posição doutrinal portuguesa; visão subjetivista e visão objetivista

Entre nós a corrente subjetivista ganhou inicialmente a aquiescência dos juristas portugueses. Para estes a falsidade resultava da discrepância entre o pronunciado, o desposto e do conhecimento próprio do depoente, isto é, entre o que diz e o que em consciência sabe. Porém, em 2001, Medina Seiça, em anotação ao artigo 360º do Código Penal, vem virar a página e abraçar uma conceção mais objetivista do problema. Considera-se agora, que a falsidade do depoimento advém da desconformidade entre o conteúdo do testemunho e os factos objetivos constitutivos da prova, independentemente da convicção do depoente, posição esta, que rapidamente se assumiu como corrente nos acórdãos posteriormente proferidos.

Nuno Brandão, em anotações aos Acórdãos da Relação do Porto de 30 de Janeiro de 2008 e da Relação de Guimarães de 29 de Junho de 2009, vem criticar esta tomada de posição afirmando não existir equidistância na análise do lado objetivista por só se debruçarem sobre as sua vantagens, enquanto que do outro lado subjetivista todo o contrário, só se debruçaram sobre as desvantagens, não considerando por isso séria a abordagem. (Nuno Brandão, 2010, p. 490-495).

Centra a sua crítica num *primeiro ponto,* na ideia de que a verdade material pode ser substituída pela verdade processual, mesmo que esta não corresponda à verdade dos factos, mas que o tribunal a tornou em verdade por a mesma resultar de uma prova tida como tal (Nuno Brandão, 2010, p. 495-497). Assenta na ideia num ponto de vista objetivista, segundo a qual a falsidade consiste na desconformidade entre o que foi declarado no âmbito de processo e o que a final vier a ser dado como provado. Se é certo que a verdade material é uma meta inalcançável, certo é, também, que a verdade que vier

a ser declarada como válida não é uma verdade absoluta, mas a processualmente válida (Figueiredo Dias, 1974, p. 194). Contudo não é rigorosamente assim que as coisas se passam. Contrariando este princípio vai o exposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 449º do Código de Processo Penal e a alínea b) do artigo 696º do Código de Processo Civil ao admitir a revisão de uma sentença transitada em julgado quando uma outra sentença igualmente transitada em julgado tenha considerado falso um meio de prova determinante para essa decisão, o que nos leva a concluir que a verdade processual declarada num processo pode ser alterada por não ser válida. Assim, a verdade processualmente válida é aquela que vier a ser apurada em processo próprio, isto é, em processo-crime pelo falso testemunho e não a verdade processual encontrada no processo onde foi prestado o falso depoimento.

Centra a sua crítica num *segundo ponto.* Na ideia de que a testemunha que mente ao ponto de influenciar a decisão do tribunal ficar impune, e, ao mesmo tempo, considerar como típico o depoimento daquela testemunha que depôs conforme percecionou e representou, mas que veio a considerar-se como desconforme face à matéria dada como provada processualmente (Nuno Brandão, 2010, p. 497-498).

4.1.2.5 – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto 30-01-2008

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO
DE 30 DE JANEIRO DE 2008

(Processo n.° 0712790, 1ª Secção, www.dgsi.pt)

(...)

O arguido foi condenado porque, tendo prestado um depoimento em sede de inquérito, na audiência de julgamento prestou um depoimento antagónico, e não se tendo apurado qual deles é falso foi condenado pelo art. 360.°-1 e não pelo art. 360.°-3 de que vinha acusado.

O crime de falso testemunho é um crime "de mão própria", perigo abstracto e de

mera actividade, pois é praticado por quem reveste certa qualidade, "não é necessário que a declaração falsa prejudique efectivamente o esclarecimento da verdade suporte da decisão nem sequer que em concreto o tenha colocado em perigo", e a conduta esgota-se na prestação do depoimento falso não exigindo lei qualquer resultado (e quando o faz é como circunstância agravante in Comentário Conimbricense do C. Penal, III, pág. 462.

Como o bem jurídico protegido é a "administração da Justiça como função do Estado" traduzindo o "interesse público na obtenção de declarações conformes à verdade no âmbito de processos judiciais ou análogos, na medida em que constituem suporte para a decisão", ob. loc. cit., ocorrerá lesão de tal bem jurídico sempre que tal não ocorra.

Ora vistos os factos temos que o arguido no processo em fase de inquérito prestou um depoimento que levou à dedução da acusação contra os arguidos, e na audiência de julgamento prestou um depoimento contrário. Daí resulta e resultou para decisão recorrida, que no mesmo processo embora em fases distintas o arguido prestou um depoimento falso.

Falsidade que o arguido assume, pretendendo que seja o primeiro depoimento o falso e o segundo depoimento retratação daquele.

Ora o Tribunal não apurou que a conduta do arguido se subsuma ao disposto no art. 360.°-3 CP mais grave (depoimento em audiência) por não se ter provado que tenha sido esse o depoimento falso, mas também não sabe se falso foi o depoimento prestado em inquérito.

Daí poderá decorrer que não se sabendo qual é o depoimento falso o arguido deve ser absolvido?

(…)

No caso a falsidade do depoimento resulta da contradição entre dois depoimentos antagónicos da mesma pessoa, mas haverá falso depoimento igualmente se e quando alguém faz uma declaração (falsa) em oposição à realidade demonstrada por outro meio de prova.

O caso presente é apenas um caso particular em que a prova do depoimento falso emerge do próprio depoente.

(…)

Porto, 30/01/2008 — *José Alberto Voz Carreto Joaquim Arménio Correia Gomes — Manuel Jorge França Moreira — José Manuel Baião Papão* (vencido conforme declaração que junto).

Declaração de Voto

(Rec. n.º 2790-07 1.a sec.)

Segundo Medina Seiça in Comentário Conimbricense, vol. III, pp. 473 477, ao discorrer sobre o tipo objectivo do crime de falsidade de testemunho, é na falsidade da declaração que reside o elemento típico central deste ilícito penal, sendo que "a falsidade da declaração afere-se pela sua conformidade com o acontecimento real a que ela se reporta".

Ora, desde logo, a sentença sob recurso não estabeleceu qual foi esse acontecimento real", e por isso o M.m° Juiz "a quo" se quedou num patamar de dúvida que, para chegar à imputação do crime ao recorrente, resolveu ou supriu pela simples constatação da radical contradição entre os dois depoimentos.

Porém, em meu entendimento, a mera existência de dois depoimentos: contraditórios da mesma testemunha não realiza a totalidade do tipo criminal, tipo este que, aliás, se referencia a um singular e concreto (identificado) depoimento.

Creio ser o princípio da legalidade que está aqui em causa e sai ferido m a condenação, da qual, por isso, divirjo.[17]

José Manuel Baião Papão

[17] Para um melhor e mais profundo conhecimento do conteúdo sobre o Acórdão da Relação do Tribunal do Porto, de 30 de janeiro de 2008 do processo n.º 0712790 1ª Secção, consultar a final o Anexo IV.

Neste acórdão, ao não conseguir determinar-se em que momento em que fase processual a testemunha mente, ficamos colocados perante duas vias: ou se apreciam os depoimentos globalmente, considerando, assim, a conduta da testemunha consumada em vários depoimentos ao longo das fases processuais consubstanciando uma unidade, ou se apreciam os depoimentos prestados nas diversas fases individualmente. É a primeira via a que melhor sustenta a falsidade do testemunho tendo por base a contradição dos depoimentos, pois, tratando-se de uma mesma conduta, as discrepâncias de depoimentos demonstram a não coincidência entre o que a testemunha percecionou e o que declara. Assim, comungamos da opinião de Iolanda de Brito, que num comentário ao acórdão, vem igualmente concluir que a testemunha prestou depoimentos contraditórios em fases processuais distintas, preenchendo, por esta via e com esta conduta, o tipo legal do crime de falso testemunho independentemente de se saber o momento em que a falsidade se consubstanciou (Brito, 2012, p 62).

Por se não conseguir apurar a data exata da prática dos factos criminalmente relevantes, a jurisprudência não deixa com isso de considerar o não preenchimento do tipo, assim, pelo facto de se não determinar em qual dos momentos a testemunha incorreu em falsidade, tal, também, não constitui fator impeditivo do preenchimento do tipo de falso depoimento. Parece-nos, também, uma analogia menos própria. Comungamos da ideia, que uma coisa é, não haver certeza se um crime de dano foi praticado neste ou naquele dia, sem que existam duvidas na qualificação da conduta criminosa, outra, bem diferente, é a questão de se saber se havendo duas condutas em que uma é criminosa e outra não, se se pode classificar a menos grave como integrante da incriminação, como o estabelece o acórdão. Voltamos a comungar com Iolanda de Brito quando adere em pleno à declaração de voto de José Papão ao concluir que a mera existência de dois depoimentos contraditórios de uma mesma testemunha, não preenche totalmente o tipo criminal quando visa um só depoimento, ferindo-se, assim, o princípio da legalidade (Brito, 2012, p 63).

É também nosso entender, que ao não se estabelecer quais os factos reais e determinados são falsos, se gerou desde logo uma dúvida razoável, que a mera e simples constatação, mesmo que radical, da contradição entre os dois depoimentos, baste para suprir essa mesma dúvida. A mera existência de dois depoimentos contraditórios da mesma testemunha, não preenche o tipo incriminador.

4.1.2.6 – Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães 29-07-2009

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO GUIMARÃES
DE 29 DE JULHO DE 2009

(Processo n.° 840/08.2TABRG.G1, www.dgsi.pt)

Objecto

O Ministério Público acusou o arguido, imputando-lhe a prática de um crime de falsidade de testemunho, previsto e punível pelo artigo 360°, n.º 1 e 3, do C. Penal.

Veio a ser condenado, como autor material de um crime de falsidade de testemunho p, e p. pelo art. 360°, n.º 1, do Código Penal, na pena de 90 (noventa) dias de multa a € 5,00 (cinco euros) por dia.

(...)

Matéria de Facto

(...)

4. Todavia, na audiência de julgamento do referido processo comum colectivo realizada no dia 9 de Abril de 2008, neste tribunal da comarca de Braga, após ter prestado juramento e ser advertido das consequências penais da eventual prestação de falso depoimento, o aqui arguido, que ali mantinha a qualidade de testemunha, afirmou, em suma, que não tinha comprado heroína no dia em causa (27-12-05) no Bairro Social das Enguardas e que não conhecia sequer a arguida N.

5. O depoimento prestado em sede de inquérito e o prestado em audiência são contrários entre si, sendo um deles desconforme com a realidade.

6. O arguido sabia que um desses depoimentos não era conforme à realidade e, não obstante, quis mesmo assim prestá-lo nesses termos, no âmbito de um processo crime, ciente que o fazia na qualidade de testemunha e perante a entidade competente.

(...)

Fundamentação

(...)

Com efeito, não resulta dos autos qual foi, de facto, o acontecimento verdadeiro, mas tão somente que o arguido, então como testemunha, produziu dois depoimentos distintos, o que só constitui crime se houver alegação e prova de que ele conhecia a verdade dos factos e que, intencionalmente, a perverteu (fosse quantas vezes fosse!).

Sobre o que se deve entender como falso testemunho, há duas teorias: a objectiva e a subjectiva.

Para a primeira, há falso testemunho quando o que foi dito não corresponde ao efectivamente sucedido; para a segunda, é falso o que não está em correspondência com o que a testemunha percebeu.

Num caso, faz-se referência ao que realmente aconteceu; no outro, ao que a testemunha viu, ou melhor, à sua percepção dos factos.

A contradição entre o dito pela testemunha e a realidade objectiva, da qual tinha ciência e consciência; ou a contradição entre o dito pela testemunha e aquilo que ela viu, ouviu ou entendeu, é que configura o crime.

Sobre o tema, no Comentário Conimbricense, pág. 477, diz Medina de Seiça que caso a narração do declarante se afaste do acontecido, isto é, daquilo que o tribunal, em face da produção da prova, tenha dado por acontecido, ela é falsa.

Este passo, lido assim mesmo, é susceptível de gerar confusão, tendo que ser lido como subentendendo-se que, depois de um Tribunal ter dado como provados determinados factos sobre os quais uma testemunha depôs de modo diferente, se vem a apurar que a testemunha conhecia a realidade que o Tribunal deu como provada e que, provando-se que essa realidade era a verdadeira, de livre vontade e intencionalmente, a ocultou.

Ora, no caso, o Ministério Público não afirmou nem provou quais eram os factos reais e, por isso, qual foi o depoimento falso: apenas diz que em momentos diferentes, o ora arguido disse coisas diferentes, sem que se faça qualquer confronto com urna versão verdadeira dele conhecida.

Na fundamentação, a M.ma Juíza refere que cotejadas as posições assumidas

pelo arguido em dois momentos processuais distintos daquele processo, verifica-se uma contradição entre o declarado num dado momento processual e em momento posterior, bem como uma desconformidade entre a palavra e a verdade histórica, o que, salvo melhor opinião, é o suficiente para afirmar o preenchimento do tipo objectivo de ilícito.

Ora, não é assim: apenas se prova que o arguido prestou dois depoimentos contraditórios, mas não se provou desconformidade entre a palavra e a verdade histórica, pois não se diz qual ela foi.

A verdade que se busca para determinação do elemento típico do crime de falso testemunho não é a verdade formal, mas sim a que corresponde a um dado acontecimento histórico conhecido de quem depõe e que é intencionalmente negado, ou do conhecimento de um facto inexistente que intencionalmente se afirma como verdadeiro.

Levar a incriminação, sem mais, às situações em que as testemunhas dizem coisas diferentes em momentos distintos (e sabe-se, às vezes, em que circunstâncias!!!), era fazer com que, por absurdo, houvesse crimes de testemunho falso às centenas, todos os dias, por esses Tribunais fora.

O art. 360°, n.º 1, do Cód. Penal prescreve que, quem, como testemunha (...) perante tribunal ou funcionário competente para receber como meio de prova, depoimento, relatório, informação ou tradução, prestar depoimento (...) falsos, é punido...".

Falso é, aqui, o contrário de verdadeiro, ou seja, para se dizer que um depoimento é falso é preciso confrontá-lo com os factos verdadeiros, não bastando que uma testemunha preste depoimentos contraditórios (um ou mais!!!) entre si: sem aquele confronto, há apenas depoimentos divergentes mas não necessariamente contrários à verdade.

Um exemplo poderá, crê-se, esclarecer melhor as coisas.

Imaginemos que a testemunha António, além de outros toxicodependentes, comprou droga a Bento, que por isso foi constituído como arguido e que, como tal, respondeu e foi condenado.

No inquérito desse processo, à GNR, o António disse que comprou a droga a Carlos; à Polícia Judiciária veio a dizer que comprou a droga a Eduardo; depois, já perante o Ministério Público, disse que, afinal, comprara a droga a Francisco; e, finalmente, em julgamento, acabou por testemunhar que a droga foi comprada a Gustavo.

No julgamento, veio a dar-se como provado que o Bento se dedicava ao tráfico

de droga, vendendo-a a outros compradores que não ao António.

Como é óbvio, o António mentiu das quatro vezes em que prestou depoimento, isto é, fez, por quatro vezes, depoimentos contraditórios entre si, sendo certo que, por dever ou por juramento, deveria ter dito a verdade, mas não a disse. E daí?

Nenhum daqueles depoimentos foi verdadeiro, pois esse era o de que a droga foi comprada a Bento.

Mas, só por isso, isto é, por ter mentido quatro vezes e por ter ocultado o facto verdadeiro, não pode ser punido: a punição só pode ocorrer se a acusação disser que ele, António, declarou, em momentos diferentes, que comprou droga a Carlos, a Eduardo, a Francisco e a Gustavo, mas, afinal, provou-se que ele a comprou a Bento e que, bem sabendo disso, prestou aqueles depoimentos contraditórios e falsos.

Só assim é que se prova que ele traiu o valor do depoimento, isto é, apesar de ele se esconder em declarações não correspondentes com a verdade, o Ministério Público mostrou-lhe, provando o facto verdadeiro, que os depoimentos que ele fez foram falsos. Não foram apenas contraditórios e mentirosos: foram contrários à verdade que lhe foi demonstrada.

Enquanto não se lhe demonstrar a verdade e que ele a conhecia, ... não se pode dizer, com rigor, que fez um (ou mais) depoimentos contrários à verdade.

Em resumo: em qualquer situação (adira-se à teoria objectiva ou à subjectiva da falsidade, tanto importa), é sempre imperioso que se demonstre o contrário daquilo que foi declarado (de uma ou de todas as versões) e, mais que isso, que se alegue e demonstre que a testemunha, agindo intencionalmente, conhecia o contrário daquilo que declarou.

No caso, nada disto resulta sequer indiciado, pelo que o arguido deve ser absolvido.

Acórdão

Pelo exposto, e ainda que por razões diferentes das invocadas, acorda-se em se julgar procedente o recurso, absolvendo-se o arguido da acusação.[18]

Anselmo Lopes

[18] Para um melhor e mais profundo conhecimento do conteúdo sobre o Acórdão da Relação do Tribunal de Guimarães de 29 de julho de 2009 do processo n.º 0840/08.2 TABRG.G1, consultar a final o Anexo V.

Em sentido contrário do Acórdão da Relação do Porto de 30 de Janeiro de 2008, vem agora o aqui Acórdão da Relação de Guimarães de 29 de Junho de 2009, quando defende a absolvição do arguido pela prática do crime de falso testemunho uma vez que se não demonstre coisa diferente do depoimento feito e ainda se demonstre que a testemunha, agiu com intencionalidade, pois tinha consciência e conhecia coisa diferente do que depôs. Concluiremos então, que a simples contradição entre depoimentos não é o bastante para que a testemunha incorra na prática do crime de falso testemunho, porquanto se não se chega a determinar qual depoimento é o falso, também se não determina a conduta criminosa. Perante depoimentos contraditórios entre si, é necessário determinar e identificar qual a conduta que é criminalmente relevante para que se possam extrair as implicações jurídicas, pois, poder-se-á estar a punir a testemunha pelo depoimento verdadeiro e a desculpar por um depoimento falso, não determinado que está qual deles é o falso.

No sentido de um entendimento, algo contraditórios entre si, a Relação do Porto e a de Guimarães emitiram acórdãos tendo por charneira o conceito de falsidade, procurando determinar se é possível considerar-se existir falsidade nos casos em que uma testemunha que preste sucessivamente depoimentos claramente contraditórios, sem que se consiga apurar e estabelecer a efetiva realidade objetiva sobre a qual a testemunha depôs. Não se estando na posse da objetiva e efetiva factualidade da realidade, não existe termo avaliativo com o qual se possa mensurar o conteúdo do depoimento da testemunha, independente do momento em que é proferido.

4.1.2.7 – Visão crítica dos acórdãos das relações.

Acabamos de observar divergências de relações, que se manifestam com alguma frequência quando em causa está a aplicação do n.º 1 do artigo 360º do Código Penal, nos distintos entendimentos que fazem do preenchimento do tipo de ilícito, já que, a falsidade, que constitui o elemento chave, que no entender da Relação do Porto preenche o tipo objetivo do crime de falsidade, a testemunha que sobre a mesma realidade prestar dois depoimentos contraditórios, ainda que se não apure qual deles é falso. Em sentido inverso, está a Relação de Guimarães, para a qual não basta para a condenação por crime de falsas declarações, que se prove que a testemunha em dois momentos distintos fez depoimentos contraditórios que mutuamente se excluem sendo ainda necessário determinante saber

qual deles é falso, isto é, que está em manifesta contradição com a realidade objetiva. Assenta tal posição na ideia que quer se assuma uma interpretação mais objetivista quer se assuma uma corrente da interpretação mais subjetivista na determinação da falsidade, é necessário que se demonstre a realidade factual objetiva. Vai mais longe a Relação de Guimarães, é ainda necessário que se demonstre que a testemunha tinha conhecimento dessa realidade objetiva, e, mesmo assim, quis declarar coisa diversa.

Atendamos no que o Código Penal de 1886, preceituava no seu artigo 238º : « " *Aquele que em causa criminal, e sobre as circunstancias essenciais do facto, que é objecto de acusação,* ***testemunhar*** *falso contra o condenado* [...] " ». Encontra eco naquilo que a doutrina portuguesa de então estipulava no âmbito da prova testemunhal, maximizada no acórdão de 13 de Abril de 1966 do STJ que enunciava « "[...] *será falso o depoimento que se mostre contrário ou oculte a verdade conhecida pela testemunha* [...] " », que segundo Silva Ferrão expressava « "[...] *que falso testemunho está sempre no que a testemunha disse ou declarou com a alteração da verdade implícita ou explicitamente* [...] " » (Silva Ferrão, 1857, p. 260), atingindo com Luís Osório, a clarividência do entendimento na doutrina nacional, quando afirma: « "[...] *a falsidade do testemunho consiste na desconformidade entre a declaração e a consciência da testemunha: e não entre aquela declaração e a realidade das coisas* " » (Baptista, 1923, p. 419).

A verdade para efeitos de preenchimento daquele tipo de ilícito assentava no que a testemunha efetivamente conhecia e não na realidade das coisas.

Só em 2001, em anotação ao artigo 360º do Código Penal por Medina Seiça, se abandona tal posição tão subjetivista, e a jurisprudência portuguesa passa a afirmar que; «" *quando a narração do declarante se afasta do acontecido, esto é daquilo que o tribunal, em face da produção da prova tenha dado por acontecido, ela é falsa* "». Assim se entende que no acórdão da Relação de Guimarães para o preenchimento do tipo legal do crime de falsidade de testemunho, não basta provar que o agente prestou dois depoimentos contraditórios, sendo sempre necessário determinar qual deles se desvia da realidade.

Este distanciar da jurisprudência portuguesa da sua conceção tradicional subjetiva do elemento da "falsidade", não foi acompanhado da necessária fundamentação dos razões pelas quais de deveria abandonar tal orientação, uma vez que se passou a afirmar que a ideia de "falsidade" residia na discrepância entre o declarado e o ocorrido (corrente objetivista do problema), sem se sustentar, com a necessária fundamentação, pela positiva, das vantagens desta conceção objetivista.

A corrente objetivista desfralda a bandeira do bem jurídico na correta aplicação da justiça, porquanto a falsidade só revelará quando houver discrepância entre o declarado e a realidade uma vez que a justiça só estará em perigo quando o declarado se opuser à realidade dos factos. Quando a testemunha, convicta que está falseando, relata factos, que por ironia do destino, estão em consonância com os factos ocorridos, este comportamento não faz perigar a realização da justiça, logo, não pratica um facto típico de falso testemunho. Tal conceção assenta num vício substancial, a de considerar a verdade material autónomo em relação ao ato declarativo e, só por si, determinante, escamoteando o conhecimento de ciência da testemunha.

Neste ponto de vista, a realidade material é construída pelo tribunal assentando-a nos meios de prova carreados para o processo, donde quase sempre resultam dos depoimentos das testemunhas e, caímos, num raciocínio circular, com o perigo de podermos cair no paradoxo da total impunidade de quem deturpa e falseia a realidade, podendo ainda chegar-se ao extremo de convencer o tribunal dos factos falsos e *qui sapit* de falsos factos, tornando-os reais. Assim, transformada a mentira em verdade processual, está a própria justiça a atropelar o bem jurídico tutelado pelo crime de falsidade de testemunho, acabando por ficar tal comportamento de tal maléfica testemunha a nem sequer ser típico, porque as suas declarações, apesar de falsas, passam a coincidir com a verdade processual. Se por um lado, nesta conceção objetivista, é complacente com quem tão bem mente, por outro é extremamente impiedosa com quem, relatando factos tal como os percecionou, vem produzir declarações de um conteúdo diferente daquele que o tribunal deu como provado. A testemunha falou com verdade, mas, mesmo assim, envoltos nesta excessiva objetividade, passa por mentiroso quando tido em conta o tipo de ilícito objetivo.

4.2 – O tipo subjetivo

Os crimes previstos quer no artigo 360º quer no artigo 359º do Código Penal, um de falso testemunho outro de falso depoimento, consubstanciam-se num crime doloso, integrados pelos seus elementos intelectual, volitivo e emocional. Contudo ao dolo, como elemento do tipo, só nos interessam os dois primeiros: o intelectual e o volitivo, já que ao ultimo, ao elemento emocional só revela relativamente ao dolo da culpa, e, esta não é

propriamente o centro do nosso estudo do falso testemunho/depoimento. O Código Penal define o dolo do tipo, além do mais, no seu artigo 14º, estabelecendo as formas em que o mesmo se reveste; direto, necessário e eventual, que definimos como o conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo de ilícito, no caso vertente, o perjúrio. Neste, o dolo do tipo é conceitualizado pelo conhecimento (momento intelectual) que a testemunha tem de que os factos que relata não são verdadeiros, e, mesmo assim, age com vontade (momento volitivo) na descrição falsa dos factos. A testemunha conhece, sabe e tem consciência das circunstâncias do facto que preenche o tipo de ilícito objetivo [n.º1 do art.º 16º do CP]. Pretende-se que a testemunha conheça e tenha consciência ética do desvalor jurídico que o liga à sua conduta quando mente. Só quando os elementos são todos consciencializados psicologicamente pela testemunha se pode afirmar que ela, testemunha, decidiu pela prática do falso testemunho, isto é, pelo tipo de ilícito.

Pelo preceituado no artigo 13º do Código Penal, a negligência só é punível nos casos especialmente contemplados na lei, pelo que não estando, como não está, expressamente na previsão legal nem no artigo 360º nem no artigo 359º do Código Penal, o crime de falso testemunho/depoimento só é punível a título doloso.

Em tempo, Figueiredo Dias, sugeriu que se punisse a negligência grave. Porém, tal posição não vingou porquanto Fernando Lopes, também elemento da comissão para a elaboração do Projeto deste Código Penal, discordou com o argumento que não seria aconselhável punir o crime de falso testemunho a título de negligência grave, por considerar uma grande e exagerada oneração para as testemunhas. (Actas, 1979, p. 453-454). Porém, a nosso ver, mal, porquanto uma testemunha quando chamada a depor, deve com um certo grau de responsabilidade procurar fazer uma introspeção e assegurar-se com um nível mínimo de consciência e segurança dos factos que irá relatar. Tal não seria onerar excessivamente, mas, através de um especial cuidado, honrar o ato de depor.

É doutrina maioritária, que qualquer das modalidades de dolo, direto, necessário ou eventual, como o definido no artigo 14º do Código Penal, preenche o tipo subjetivo do crime de falso testemunho. Não comungamos, nem aceitamos, por nenhuma razão encontramos de se excluir o preenchimento do tipo no caso de dolo eventual, pois se a testemunha tem consciência falsidade do seu depoimento e das consequências para a decisão da causa do seu comportamento, e, ainda assim, se conforma com o resultado, deve ser punida pela prática do crime [n.º 3 do art.º 14º do CP].

No preenchimento do tipo subjetivo do crime de falso testemunho, em primeiro lugar, é necessário haver consciência da falsidade do depoimento ou de se estar a omitir factos ou circunstâncias relevantes para a decisão da causa.

No primeiro caso, estamos perante uma *narração positiva*, sendo que se nos impõe observá-la segundo uma de quatro vertentes :

a) – Se a testemunha tem consciência de que o que declara/transcreve é objetivamente falso, então concretiza-se o dolo;
b) - Se a testemunha percecionou, em erro, que era verdadeiro um facto objetivamente falso, concretiza-se então um erro sobre a factualidade típica relevante, que, assim, exclui o dolo e consequentemente a punição [n.º 1 do art.º 16º do CP];
c) – Se a testemunha acreditou que era falsa alguma circunstância objetivamente verdadeira, situamo-nos no campo da tentativa, que só é punível no específico caso de perjúrio [n.º 3 do art.º 360º do CP];
d) – Se o depoimento suscitar, na própria testemunha, incertezas quanto à fidelidade dos factos percecionados em confronto com a realidade, é, ainda, necessário distinguir se essa incerteza é relevante ou não. Não sendo relevante, não existe dolo, sendo-o, então poderemos estar perante dolo eventual, se a testemunha ponderou e consciencializou a possibilidade de depor faltando à verdade, mas, mesmo assim, se conformou com esse resultado. Não se conformando, estaríamos então no campo da negligência consciente que não releva para efeitos de incriminação.[19]

No segundo caso, estamos perante um *depoimento omisso*, sendo que se nos impõe observá-lo segundo uma das três vertentes :

a) – Se a testemunha sabe e tem conhecimento de que o que omite é importante para a decisão da causa, então temos o dolo;
b) – Se a testemunha não sabe, desconhece que os factos que omite são importantes para a decisão da causa, então temos um erro sobre a factualidade típica que exclui o dolo e a punição [n.º 1 do art.º 16º do CP],

[19] Atente-se no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto em 06 de Fevereiro de 2002, quando diz não estar preenchido o crime de falso testemunho se o arguido, testemunha num processo crime, referiu « *ter quase a certeza*» e sublinhando que se tratava de uma «*certeza quase absoluta*» de que «*nenhum dos cheques era pré-datado*» tendo-se provado precisamente o contrário.

c) – Se a testemunha acredita, mas erradamente, que os factos que omite são importantes para a decisão da causa, situamo-nos no campo da tentativa, que no caso de perjúrio é punível [n.º 3 do art.º 360º do CP].

Na verificação dos parâmetros supra descritos é condição de que exista, por parte do depoente, a consciência de que o seu depoimento está abrangido pelo dever de falar com verdade e completude. Contudo, se a testemunha depõe com falsidade sobre factos que julga, mas erradamente, não estarem abrangidos pelo dever de verdade e completude, exclui-se então o dolo, com base no erro sobre a factualidade típica [n.º 1 do art.º 16º do CP].

5 – Justificação e necessidade desculpante

O crime de falso testemunho/depoimento, não constituiu um ilícito penal em situação de estado de necessidade justificante, se for praticado como meio de afastar um perigo que ameaça a própria testemunha quando o que se pretende proteger/salvaguardar é de interesse manifestamente superior, tal como preceituado no artigo 34º do Código Penal [20].

De igual modo, em situações limite, estaria excluída a culpa se a testemunha se encontrar em estado de necessidade e este estado for causa de desculpa suficiente, nos termos prescritos no artigo 35º do Código Penal

Imagine-se que numa qualquer audiência de julgamento, no preciso momento em que uma determinada testemunha vai entrar na sala de audiências para depor, tem conhecimento que o seu filho sofreu um acidente e que é absolutamente necessário e urgente que ela o vá socorrer. A testemunha, no sentido de se ver livre e de não perder mais tempo, declarara em julgamento, falseando os factos, nada saber dos acontecimentos. Com este comportamento, agiu sem culpa a testemunha, pois o seu comportamento não deixa de ser ilícito, mas foi uma forma adequada para ir socorrer o

[20] Imagine-se que a determinada testemunha se lhe raptou um filho com ameaça morte se ela não depusesse num determinado sentido numa qualquer audiência de julgamento. Vindo-se a apurar que tal depoimento é falacioso e o é pelos circunstancialismos descritos, a ilicitude da conduta está excluída por se verificarem os pressupostos daquela causa de justificação, pois havia sensível superioridade de interesse em salvaguardar, consubstancializada na vida de uma pessoa, não se tinha a testemunha colocado naquela situação por si própria, e, era mais que razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em face da natureza do valor da vida ameaçada.

seu filho que de outro modo não sobreviveria. [n.º 1 do art.º 35º do CP]. Forçados somos a concluir que a testemunha estava em estado de necessidade desculpante.

6– Formas especiais do crime

6.1 – Consumação

Toda e qualquer testemunha, pode vir a ser chamada a depor várias vezes. Tanto pode ser chamada a depor sobre os mesmos factos como por factos distintos. Esta circunstância vem infirmar a dificuldade de se determinar o momento em que o crime de falso depoimento se pode considerar consumado, facto da maior importância (Seiça, 1999, p. 485). Tal como cá, lá fora, na França e na Suíça quer a jurisprudência quer as teses doutrinais, defendem que o crime de falso testemunho se consuma com o fim do depoimento (Celebi, 1959, p. 64-69).

Mas, precisemos qual o momento em que o depoimento se deve dar por terminado.

Entendeu o tribunal suíço de Vaud, que o depoimento de uma testemunha termina quando o juiz a convida a retirar-se e outra se lhe sucede. Entende aquele tribunal, serem necessários aqueles dois requisitos: o convite a retirar-se e o seguinte chamamento (Celebi, 1959, p. 68).

Entre nós, o crime de falso testemunho está consumado quando a testemunha é dispensada e convidada a sair da sala de audiências. Não é necessário que a testemunha abandone a sala de audiências para se dar como terminado, pois, até pode ficar na sala a assistir ao resto da audiência, e, mesmo assim, o depoimento terminou e o crime consumou-se, o que se adapta a todas as fases processuais em que a testemunha presta depoimento.

Deixamos aqui uma ressalva, que mais adiante nos debruçaremos, a questão da retratação da testemunha.

6.2 – Atos preparatórios

Embora possível, não cremos que uma testemunha cometa o crime de falso testemunho, intencional, sem qualquer motivação. Sendo certo que se corre sempre o risco de infidelidade da perceção e da memória da testemunha, porém, a parcialidade da testemunha fica quase sempre a dever-se ou por interesses e pretensões próprias ou por subornos mais ou menos grosseiros. Nesta última situação, temos a reticência ou mesmo a simples e completa falsidade, quanta vezes ultrapassando a fronteira de factos falsos para se situar em falsos factos, ou seja, a testemunha nem sequer percecionou a realidade factual do que se dispôs a depor e relatou factos que nem ocorreram. Nesta ultima situação, *relatos de falsos factos*, pressupõe a que a testemunha *seja necessariamente preparada para depor*.

Estamos perante verdadeiros atos preparatórios do crime de falso testemunho/depoimento, previsto como forma de crime no artigo 21º do Código Penal. Porém, e, tal como aí se diz, « *os atos preparatórios não são puníveis, salvo disposição em contrário* ».

Acontece porém, que esta norma (artigo 21º do CP) da parte Geral, nos remete para os tipos legais previstos na Parte Especial do Código Penal, isto é, para os artigos 359º e 360º respetivamente, e, aí, nada nos é dito relativamente aos atos preparatórios, embora em nosso entender, mal.

Para Figueiredo Dias, a definição de atos preparatórios deve ser analisada em duas perspetivas: a formal-legal e a material. Na primeira perspetiva definiremos atos preparatórios como aqueles que antecedem temporalmente e segundo a natureza das coisas a execução de um ilícito-típico (Dias, 2011, p. 682). Na segunda perspetiva definiremos atos preparatórios em função da violação do bem jurídico, do ataque ao ordenamento social que a ordem jurídica quer prevenir (Dias, 2011, p. 683). Nesta ultima perspetiva, faz sentido que existam tipos de ilícito que abrangem logo a preparação de tais violações, criando deste modo tipos de atos materialmente preparatórios, mas, formalmente transformados em crimes autónomos. Tal como acontece no caso do artigo 262º do Código Penal, relativamente à contrafação de moeda, em que a simples elaboração com intenção de a por a circular, portanto atos preparatórios, já que a consumação final do crime só se dá com a entrada em circulação, são punidos como crimes autónomos, assim, também a preparação da testemunha para depor, atos preparatórios do falso depoimento/testemunho, já que a consumação final se dá com o

depoimento propriamente dito, deveria ser objeto de punição autónoma dos artigos 359º e 360º Código Penal, tal como acontece na contrafação relativamente ao artigo 265º do mesmo código.

Entendemos que as ações desenvolvidas no sentido de instruir e preparar a testemunha, independentemente de visar falsear ou não os factos, deveriam ser puníveis, dando com tal medida um claro sinal de reprovação para o meio social, não sendo exigível o início da execução dos factos previstos nos artigos 359º e 360º do Código Penal, para a sua punição.

Somos da opinião, que o suborno tal como vem tipificado no artigo 363º do Código Penal visa a penalização da tentativa de instigação à prática de falso depoimento/testemunho, deixando de fora todo um universo quer os atos preparatórios propriamente ditos quer os atos de auxílio à prática e consumação dos crimes dos artigos 359º e 360º do Código Penal, pelo que deixaremos para mais adiante a abordagem ao tema em parágrafo próprio subordinado a tal artigo.

É uma questão importante. Todos sabemos que as testemunhas são instruídas, quer pelas partes interessadas, quer pelos próprios advogados das partes. Quanto a estes, já existe punibilidade ao nível disciplinar por infração ao artigo 109º do Estatuto da Ordem dos Advogados. Mas, como se comprova pela prática, pouco ou nenhum efeito tem, só com a veemente criminalização dos atos preparatórios dos depoimentos das testemunhas se poderá combater o flagelo dos falsos depoimentos. Se é reprovável a conduta da testemunha, reprovável é também a conduta de quem a preparou, quem a auxiliou, quem a instrumentalizou, independentemente de se ter consumado ou não o ato delituoso de falso depoimento/testemunho.

Não se pode ignorar que a perceção e a memória têm sempre um certo coeficiente de erro, não havendo mal maior por se considerar o depoimento da testemunha como uma reprodução da realidade. Qualquer perceção é uma análise parcial da situação, de que se acentuam uns aspetos em detrimento de outros, sendo que a reprodução mnemónica de um acontecimento traduz não só a realidade percecionada, mas também, a própria interpretação da testemunha daquela realidade (Altavilla, 2003, p. 237). Ainda assim, a prova testemunhal reveste-se de uma importância visível e acentuada na formulação dos meios de prova, constituindo-se, quantas vezes, como o único meio de prova (Andrade, 1976, p. 275-276), razão pela qual se deveria blindar este meio de prova de influências de interesses e pretensões indevidas penalizando quais quer atos, por mais débeis que sejam, no sentido de a adulterar.

6.3 – Tentativa

No crime de falso testemunho há lugar à tentativa, não com os contornos precisos como vem definido nos termos do artigo 22º do Código Penal, mas em moldes perfeitamente enquadráveis.

São aí enquadráveis, levando em linha de conta o momento em que for considerado consumado o crime, que como já analisamos, não será o momento em que é proferida a falsidade, manifestamente não.

Seguimos o entendimento de Franceses e Suíços que o crime de falso testemunho/depoimento se consuma com o fim do mesmo, tal como por cá (Seiça, 2001, p. 485). O crime de falso testemunho está consumado quando a testemunha é dispensada, independentemente de esta sair ou não da sala de audiência, e concluiremos que até aquele momento, da dispensa da testemunha, haverá tão-somente tentativa.

Assim, a punibilidade da tentativa, terá então a ver com os pressupostos do n.º 1 do artigo 23º do Código Penal, que estabelece que só é punível quando ao crime consumado for punível, em abstrato, com pena superior a três anos de prisão. Ora, os crimes objetivados no do artigo 359º do Código Penal têm como moldura penal máxima três anos de prisão, consequentemente, a tentativa do crime da falsidade de depoimento não é punível. Porém, os crimes de falso testemunho, previsto no artigo 360º do Código Penal, praticado depois de o agente ter prestado juramento e ter sido advertido das consequências penais, *perjúrio*, já o é, pois enquadra-se numa moldura penal que em abstrato é punível com pena de prisão até cinco anos, verificando-se os pressupostos do n.º 1 do artigo 23º do Código Penal.

À semelhança com a posição que tomamos para os atos preparatórios, e precisamente com os mesmos princípios norteadores e em face da posição aí tomada, aqui, consequente e forçosamente, a tentativa deveria ser sempre punida, devendo fazer parte das normas incriminadoras dos artigos 359º e 360º do Código Penal. A tentativa, como prática de atos de execução de um crime de falso depoimento que o agente decidiu cometar sem que este se chegue a consumar, viola já a norma jurídica de comportamento na qual assenta o tipo de ilícito consumado. Tal representa uma violação do ordenamento jurídico-penalmente relevante. Sendo certo que a ilicitude não se basta apenas com o desvalor da ação, exige ainda o desvalor de resultado, este é atingido sob a forma da intranquilidade de bens jurídicos penalmente protegidos, no caso a realização da justiça (Dias, 2011, p. 685).

6.4 – O Suborno – Artigo 363º do Código Penal

Concretiza-se assim, o artigo 363º do Código Penal:

« *Quem convencer ou tentar convencer outra pessoa, através de dádiva ou promessa de vantagem patrimonial ou não patrimonial, a praticar os factos previstos nos artigos 359º ou 360º, sem que estes venham a ser cometidos, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.* »

Para além de não distinguir a *instigação-autoria* da *instigação-indução*, poder-se-á ir mais longe e deduzir-se que só penaliza a tentativa, porquanto diz: « […], *sem que estes venham a ser cometidos,* […] », deixando por punir os que efetivamente se venham a consumar.

Desde logo são duas realidades bem distintas.

Do artigo 359º do Código Penal, resulta a criminalização do depoimento enquanto parte interessada no desfecho da causa, porquanto começa tal artigo; « *Quem prestar depoimento de parte* […] ». Daqui se conclui que as vantagens obtidas com o falso depoimento são em benefício do próprio depoente, tanto que depõe na qualidade de parte. Do artigo 360º do Código Penal, resulta a criminalização do depoimento da testemunha, perito, técnico tradutor ou intérprete, enquanto, em e por princípio, sem interesse no desfecho da contenda.

Posto isto, fará sentido a instigação por via do suborno da testemunha, já que com o seu depoimento poderão resultar vantagens para a parte processual, mas, já não fará tanto sentido a instigação por via do suborno do próprio depoente, uma vez que este já atua em causa própria. Mas, é o menos.

Contudo, o *extraneus* que instigue a testemunha a prestar depoimento falso sem o conseguir, deverá ser punido pelo artigo 363º do Código Penal, que por via desta norma para a punição do homem de trás não é necessário que o instigado tenha iniciado a prática dos atos de execução. Tal como afirma Medina de Seiça, *" o suborno mais não representa do que a elevação de uma forma comparticipativa à categoria de autónomo ilícito-típico "* (Seiça, 1999, p. 488-503).

6.5 – Autoria

A ideia básica do conceito de autoria assenta na circunstância de quem dá causa a um facto, ou quem se torna causal por um facto, é o autor do mesmo. É uma visão de dois prismas: um *unitário* outro *extensivo*. Na primeira vertente, quem der causa ao facto é sempre autor, independentemente da distinção que se faça da essencialidade da causa. Na segunda vertente a essencialidade contributo (da ação) leva a distinções dentro da autoria, consoante este seja essencial ou não.

O nosso código Penal rejeitou conceito unitário mas não abraçou de todo, o conceito extensivo separando cúmplices de autores.

6.5.1 – Conceito de autor

No introito a esta compartimentação, ao conceito causal de autor integrado no sistema comparticipante, forçados somos a fazer uma distinção entre *autores (art.º 26º do CP)* e *participantes (art.º 27º do CP)* . A destrinça radica na ideia que os primeiros desenvolvem uma ação fulcral nos factos típicos enquanto os segundos têm um envolvimento mais distante numa ação menos determinante.

Esta divisão assenta em três critérios: objetivista, subjetivista e materiais objetivos.

Numa visão formal objetivista se a conduta típica é prestar falso depoimento a questão traduz-se em saber quem é que depôs. Nesta teoria, não são abrangidos os casos da comparticipação criminosa, que consiste em saber se houve divisão de tarefas e participações bom como a valoração de cada uma delas. Quando há divisão de tarefas, por regra, há pessoas que não praticam o facto típico tal como vem descrito no tipo, limitando-se a parcelas do mesmo.

Numa abordagem subjetivista existe distinção entre autores e participantes assentando no *animus auctoris* e *socii* a distinção, ou seja, na determinação de domínio absoluto da ação ou de um envolvimento acessório. Não sendo de todo inteligível tal teoria, por imprecisão na definição do que constitui *animus auctoris* e *animus socii,* para

além de serem critérios algo contraditórios por tentarem resolver problemas de tipicidade objetiva com critérios subjetivos e, ainda, por imprecisão absoluta da composição ou noção do que constituiu o fundo do *animus* invocado na sua própria definição.

Numa abordagem em critérios materiais objetivos a ideia de autor reveste-se de um conceito casualista ao considerar que quem presta um contributo que é essencial à ação é indubitavelmente autor, assim o aborda Prof. Eduardo Correia, que conta com a oposição crítica do Dr. Costa Pinto, subordinada a duas ordens de razões. A primeira pelo facto de o preenchimento do tipo a título de autor depender de fatores aleatórios no valorar de um contributo como essencial ou não essencial assente numa essencialidade dependente de factos alheios ao contributo e ainda de natureza aleatória. A segunda razão assenta no facto da teoria casualista tratar da mesma forma contributos que são, por experiência comum, diferentes.

Antes da revisão do código, o anterior artigo 405º dispunha; « …*Quem induzir em erro ou influenciar outrem de forma a que, sem dolo, pratique um dos factos descritos nos artigos anteriores é punido com prisão de 6 meses a 3 anos* »

Com a supressão desta norma, terá ficado uma lacuna na punibilidade ? Pois, em nosso ponto de vista, não. A punibilidade recaiu sob o artigo 28º do Código Penal (Dias J. D., 2007, pp. 303-305), e, ainda, em nosso entender, sob o artigo 363º do mesmo código.

Coloca-se, desde logo, o critério do domínio do facto como princípio determinante da autoria. O crime de falso testemunho, o perjúrio, parametriza-se num crime específico (Dias, 2007, p. 303-305), e, ainda, de maioritariamente, ser enquadrado como sendo um *crime de mão própria*, em que só é autor aquele que leva a cabo a ação, ou seja, autor imediato.

Por esta ótica, não só se exclui a autoria mediata, mas também a coautoria relativamente a todos aqueles comparticipantes que não tenham chegado a executar por si os factos típicos, isto é, que não tenham prestado depoimento ou testemunho. Assim, não se verificariam os pressupostos do artigo 28º do Código Penal e consequentemente a comunicabilidade aí prevista (Dias, 2007, p. 304-305). A teoria do domínio do facto estabelece como critério aferidor da autoria, só e apenas, o agente que domina de facto a ação, aquele que presta depoimento, pelo que não teria, só por si, pleno cabimento no âmbito dos crimes específicos, especialmente no de falso testemunho. Assim, o crime de falso testemunho, só poderia ter como autor não todos os agentes que detivessem o domínio do facto, mas, tão só quem detendo esse domínio realiza-se por si próprio a

conduta típica, quem fosse autor imediato, o depoente, a testemunha. Tal como Figueiredo Dias, consideramos que o dever de verdade e completude, o bem jurídico de realização da justiça, possa estar sujeito a tamanha restrição, diminuindo-se, se não extinguindo mesmo, o âmbito de proteção da norma.

O critério do domínio do facto para aferir, só por si, da autoria perece-nos estar desadequado nos crimes específicos com especial enfase o de falso testemunho, pois deixaria impune quem auxiliasse a testemunha a declarar falsamente, tal como acontece quando se prepara o depoimento falso da testemunha, quando se presta auxílio direto, e, pior ainda, mesmo quando se vai conduzindo a testemunha no desenrolar do seu depoimento falso por efeito e na sequência da inquirição em pleno decurso da audiência. Se, de certo modo, quem tenta convencer a testemunha, com promessa de uma qualquer recompensa, ao falso testemunho, sem o conseguir, incorre já num crime de suborno previsto no artigo 363º do Código Penal, constituindo-se como tal, já uma forma de punição, continua, contudo, a deixar impune quem presta efetivamente auxílio a testemunha no conteúdo substantivo do seu depoimento, quando não exista coincidência entre o agente subornador e o cúmplice que presta auxílio substantivo. Na nossa ótica, está a punir-se quem tentou e não conseguiu e deixa-se por punir quem auxiliou na materialização do crime.

Entendemos que o agente subornador é um instigador quer seja por domínio do facto quer seja pela simples indução, caindo, ainda assim, na alçada do artigo 26º do Código Penal, que nos remete para a Parte Especial do mesmo código para o seu artigo 363º, onde se encontra prevista a incriminação, enquanto que o agente que presta auxílio substantivo no conteúdo do depoimento é um cúmplice, caindo por isso na alçada do artigo 27º do Código Penal. Aquele que auxilia a própria testemunha e a vai conduzindo no depoimento falso que presta em pleno ato declarativo, que no particular será a audiência de julgamento, consequentemente o advogado, deveria ser punido, segundo o nosso entendimento, pelo n.º 1 do artigo 28º do Código Penal em coautoria, porquanto desta norma decorre que um *extraneus* pode ser autor de um crime específico, justificando-se, assim, a punibilidade daquele. Certo é, que na prática este especial agente, o advogado, frequentemente pode vestir, se não sempre, ambas as roupagens, a da cumplicidade e a da coautoria.

É nosso entendimento, que autor de um crime específico é não só quem possui a *qualidade especial exigida pelo tipo*, mas, também quem tiver o domínio do facto. Neste contexto, o artigo 28º estabelece a comunicabilidade da ilicitude do facto a quem não

possuir a qualidade de testemunha exigida nos artigos 359º e 360º do Código Penal. Tal como Susana Aires Pereira, também defendemos que a punição do *extraneus* opera com base no artigo 28º do Código Penal, dado que não é de forma alguma intenção desta norma opor-se a que tal aconteça, diferentemente do que acontece no caso de instigação pelo *extraneus*, onde a sua incriminação está prevista no artigo 363º do Código Penal na qual se dispensa a exigência do início da execução dos atos que conduzem ao facto.

6.5.2 – Conceito de autor no âmbito da teoria do domínio do facto.

Enquadrada no âmbito das teorias materiais objetivas e apresentada por Welzel (**Hans Welzel** {Artern, 25de março de 1904 - Andernach, 5 de maio de 1977}, jurista e filósofo do direito alemão), que numa conceção finalista, autor, seria a pessoa que exercia o domínio do facto e quem não tivesse esse domínio final do facto deveria ser considerado apenas como participante. Foi este conceito posteriormente desenvolvido e aplicado por Roxin (**Claus Roxin** {Hamburgo, 15 de maio de 1931} jurista dos mais influentes dogmáticos do direito penal alemão) que partindo da ideia fulcral que autor de um facto é aquele que detém o poder de fazer concretizar ou não o facto ilícito, ou seja, quem tem o domínio (positivo ou negativo) de provocar a agressão ao bem jurídico. Assim, estamos perante um domínio que pode ser positivo quando a ação evolui no sentido da consumação, ou perante um domínio negativo quando a ação evolui no sentido de frustrar o avanço para a consumação. O que caracteriza a autoria não é domínio negativo mas o domínio positivo do facto ilícito descrito na parte especial do Código Penal.

Sendo que a realidade dominável não é o resultado mas o perigo que a tal conduz, o conceito de autor, por referência ao domínio do facto como exercício de um domínio positivo sobre o perigo, é quem tem o poder de fazer avançar o perigo para o bem jurídico, e quem não detém esse poder não poderá ser considerado autor, quanto muito, só poderá ser participante.

Autor, é então aquele que tem o domínio da ação, que corresponde à primeira proposição do artigo 26º do Código Penal, quando diz: « “ *É punível como autor quem executa o facto por si mesmo […]* “ », classificando assim a *autoria imediata*.

O domínio do facto já se materializa de uma forma diferente correspondente à segunda proposição do artigo 26º do Código Penal, quando diz « “*[…] por intermédio de*

outrem [...] " », classificando assim a *autoria mediata*, numa perspetiva do domínio sobre a vontade do autor material, ou seja, nas situações de *autoria mediata* há um domínio da vontade que permite afirmar que o poder que o sujeito detém de fazer evoluir a agressão a um bem jurídico, concretizado no domínio que esse sujeito tem sobre a vontade daquele que executa materialmente o facto. Esta *autoria mediata* concretiza-se na particularidade de a ação ser materialmente praticada por uma pessoa, mas, que por detrás dela, existe uma outra que, embora não praticando materialmente, tem o poder de conduzir a ação porque domina a vontade dessa pessoa que tem em mãos a concretização material. É esta ideia de instrumentalização que caracteriza a *autoria mediata* e que reside o momento do domínio daquele que instrumentaliza outra pessoa, levando-a a praticar um facto sobre o qual detém o poder. Essa instrumentalização é consumada na forma de indução em erro relevante, ou num domínio sobre vontades débeis e instrumentalizáveis ou ainda, por coação psicológica irresistível.

6.5.3 – O autor à luz do Artigo 26º do Código Penal

O conceito de autor, descrito no artigo 26º do CP, nas suas quatro vertentes:

1ª – A execução de facto por si mesma em *autoria imediata*,

2ª - A execução de facto por intermédio de outrem na *autoria mediata*,

3ª - A execução conjunta de facto na *coautoria* e,

4ª - Finalmente na determinação dolosa de outra pessoa à prática do facto na *instigação*.

Ao deixar, o legislador, a cumplicidade de fora do artigo e automatizando-o num outro, quis, em nosso entender, delimitar a autoria ao âmbito do domínio do facto.

Figueiredo Dias considera *autor-instigador* no sentido da norma do artigo 26º, aquele que produz, cria ou fabrica no executor a decisão de atentar contra um certo bem jurídico-penal através da comissão de um concreto ilícito típico (Dias, 2005, p. 351-352). É intenção desta norma, que o instigador-autor se assuma como um verdadeiro senhor dominador se não do ilícito típico pelo menos da decisão do instigado o cometer, e não o simples assumir de uma mera indução, que a ser assim, deixaria de estar debaixo da alçada normativa do artigo 26º do Código Penal, de autoria, para se situar no âmbito da norma

do artigo 27º do mesmo código, numa situação de comparticipação (Dias, 2005, p. 352-353).

6.5.4 – O instigador-autor

O do legislador alemão, ao contrário, consagrou a instigação numa figura autónoma à autoria e à cumplicidade, intercalando-a com estas.

Somos aderentes à argumentação de Figueiredo Dias que diz que no sentido do artigo 26º, *autor-instigador* é aquele produz, cria, fabrica de forma cabal no executante a decisão de atentar contra um determinado bem jurídico-penal através da incumbência de um concreto ilícito típico. (Dias, 2005, p. 351-353). As vestes de autor não se conformam com o simples facto de o homem de trás incentive ou meramente aconselhe a cometer um facto ilícito e típico, pois que neste caso é meramente participante, é necessário que o instigador-autor se assuma como um verdadeiro dono e senhor dominador, pelo menos da decisão do instigado em o cometer ilícito típico, domínio esse, que faz com que o ilícito, que embora obra pessoal do homem da frente, apareça também como obra do instigador. Para Figueiredo Dias, o instigador possui o domínio do facto sob a forma de domínio da decisão do instigado, a par e com o domínio da vontade do instrumento na autoria mediata, ou do domínio funcional do facto na coautoria. Concluir-se-á, que para figueiredo Dias, duas situações se devem distinguir nos casos de instigação: a de verdadeira *instigação* e a de mera *indução*. Assim, na primeira modalidade estraremos na quarta modalidade do artigo 26º do Código Penal, enquanto que, na segunda modalidade, estaremos situados no artigo 27º do Código Penal configurando situações de mera cumplicidade, isto é, auxílio moral. O *instigador-autor* surge como verdadeiro senhor, dono, dominador, se não do ilícito típico como tal, ao menos seguramente da decisão do instigado de o cometer. (Dias, 2005, p. 352-353).

Nas hipóteses de *instigação* (cfr. art.º 26º, do C. Penal), do que se trata é da *corrupção* de um ser humano livre com vista à produção de um resultado jurídico-penalmente proscrito: o instigador consegue transferir, com sucesso, as suas intenções delituosas para o autor do facto, que atua, porém, livremente, nunca deixando de ter, consequentemente, o domínio deste.

A *instigação* só pode afirmar-se squando se verificarem vários requisitos, de natureza objetiva e subjetiva. Assim, de um ponto de vista *objetivo*, a conduta do *instigador* deve determinar ou causar a formação da resolução criminosa no autor e a

ulterior realização, por este, do facto. Isso implica que a atividade do *instigador* deverá ser de molde a levar o autor a adotar a decisão de cometer o crime e a (pelo menos) dar início à sua respetiva execução, resultados que por essa razão aparecem como (e podem com legitimidade dizer-se) consequência da atuação do instigador. Do ponto de vista *subjetivo*, a instigação há de ser (duplamente) dolosa, no sentido de que o *instigador* tem de ser consciente da circunstância de que está a motivar outra pessoa a adotar uma resolução criminosa e a realizar o correspondente facto, e pretender esta mesma comissão.

Nesta situação, estarão todos aqueles casos em que se " fabrica " uma testemunha, e estarmos a englobar duas situações; quer quando a que a testemunha percecionou os factos, mas os falseia conscientemente, e quando a testemunha nem os factos percecionou, criando falsos factos. Neste enquadramento estão aqueles casos em que a testemunha é previamente preparada para depor, perante os factos constituintes da prova processual, transformando-se numa mera reprodutora da vontade de outrem, objetivada para um fim específico. Aqui, o instigador, surge como autor, como verdadeiro dono dominador da decisão do instigado em cometer o falso depoimento.

A instigação do *extraneus* à prestação de um falso testemunho encontra-se prevista na incriminação do suborno descrita no artigo 363º do Código Penal, onde é dispensado o início da execução do facto, que demonstra o que o legislador quis expressamente punir esta concreta conduta. Para a punição do homem de trás não é necessário que o instigado tenha iniciado a prática dos atos de execução, como o seria por via dos artigos 26º, 28º e 360º do Código Penal. Com a incriminação por via do suborno, isto é, pelo artigo 363º, resulta uma pena menor em face daquela que resultaria por aplicação dos artigos 28º e 360º do Código Penal.

6.5.5 – Conceito de Coautoria

Em situações de múltiplos intervenientes e de repartição de funções em que cada um decide e presta o seu contributo na execução e no desempenho da função que lhe está atribuída dentro do plano de execução, detendo um domínio funcional do facto da sua ação, estamos, então, perante uma situação de coautoria. Tal, está previsto na terceira preposição do artigo 26º do Código Penal quando diz « " […] *toma parte direta na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros. "»*. A coautoria pressupõe um

acordo e uma concertação de vontades. Supõe a intervenção de, no mínimo, duas pessoas que *conjuntamente* dominam a conduta, mas que separadamente apenas realizam uma parcela de mesma, sem que, ao mesmo tempo, alguma seja instrumento ao serviço da outra. A coautoria pressupõe *decisão comum* e ainda, e principalmente, *realização comum*, tal como o defendido no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 1584/09.3PBSNT.L1S1[21].

Necessário se torna chamar a atenção para o facto de esta concentração de vontades, que existe na coautoria, se não verificar na autoria mediata, pois, aqui, existe determinação em dirigir o ato e não uma concentração de vontades.

Para a determinação da coautoria é necessário a existência de um acordo quer seja prévio ou momentâneo, expresso ou tácito, mas, para além disso, é necessário que esteja em curso uma execução e tomar parte direta nessa mesma execução, com um contributo típico, que segundo a experiência comum for de natureza a fazer esperar que se lhe siga,

---

[21] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08/06/2011, Proc. n.º 1584/09.3PBSNT.L I S 1:

«" IV — No nosso sistema legal, o art.° 26. ° do CP individualiza e distingue a autoria imediata, e a coautoria. Esta trilogia de formas de autoria depara-se com três tipos diversos de domínio do facto:

— o agente pode dominar o facto na medida em que é ele próprio quem procede à realização típica (como afirmou Roxin será o domínio da ação que caracteriza a autoria imediata);

— o agente pode dominar o facto e a ação típica mesmo sem nela fisicamente participar, quando domina o executante através de coação, de erro ou de um aparelho organizado de poder (quando possuiu o domínio da vontade do executante que caracteriza a autoria mediata);

— o agente pode dominar o facto através de uma divisão de tarefas com outros agentes desde que, durante a execução, possua uma função relevante para a realização típica (possuindo o que Roxin chamou o domínio funcional do facto que constitui o signo distintivo da coautoria r).

V— *Quando uma pluralidade de agentes comparticipa num facto, nem sempre é fácil definir e autonomizar com exatidão, mesmo em consideração apenas dos chamados «delitos de domínio o contributo de cada um para a realização típica.*

VI —A coautoria consiste numa divisão de trabalho» que torna possível o facto ou que facilita o risco. Requer, no aspeto subjetivo, que os intervenientes se vinculem entre si mediante uma resolução comum sobre o facto, assumindo cada qual, dentro do plano conjunto uma tarefa parcial, mas essencial, que o apresenta como cotitular da responsabilidade pela execução de todo o processo; no plano objetivo, a contribuição de cada coautor deve alcançar uma determinada importância funcional, de modo que a cooperação de cada qual no papel que lhe correspondeu constitui uma peça essencial na realização do plano conjunto (domínio funcional).

VII — Os atos objetivos podem assumir significados totalmente distintos em função do propósito com que são praticados, isto é, o que, num determinado contexto, é uma atuação desprovida de significado pode, num outro contexto, assumir uma dimensão valorativa, negativa de valores protegidos juridicamente. Significa isto que a valoração da conduta dos arguidos pressupõe, necessariamente, a demonstração de quais os termos do acordo em função do qual agiram.

VIII — É a concretização, com precisão, do acordo desenhado entre os arguidos num momento prévio à consumação do crime, nomeadamente no seu objetivo e tarefas a desempenhar, que permite compreender o desenvolvimento e a atuação exterior dos arguidos nas situações de comparticipação. " »

pelo menos, atos idóneos a produzir o resultado típico que preencham o elemento constitutivo de um tipo de crime.

É nossa opinião, que na consumação de um falso depoimento no momento do ato inquisitório, dando execução a um prévio plano traçado entre a depoente/testemunha e o inquiridor/advogado, este para além de dominar a vontade do inquirido toma parte direta na execução por efeito da própria inquirição a que submete a testemunha, conduzindo e controlando as suas respostas. Tem um domínio funcional num contributo típico na execução do crime, naquele momento (ato inquisitório) em curso, e tem pleno domínio da sua própria ação no contributo que presta. Dá, por esta via, cumprimento a um acordo previamente estabelecido, e toma parte direta na execução do depoimento falso no contributo típico que presta ao inquirir, de forma a produzir o resultado típico preenchendo o elemento constitutivo do tipo de crime do artigo 360º do Código Penal. Em nosso entender o inquisidor/advogado enquadra-se numa situação de coautoria preenchendo os requisitos dos artigos 26º e 28º do Código Penal, apesar de não ter a qualidade de testemunha de que depende, segundo o artigo 360º da parte especial do mesmo código, a ilicitude do facto.

Nestas situações de coautoria, tendo particularmente em conta o crime de falso testemunho prestado em audiência de julgamento, com o contributo do advogado através da inquirição a que submete a testemunha, é importante fazer distinguir a *coautoria complementar* da *coautoria dependente*. Na coautoria complementar os agentes não detêm o domínio global do facto por si só, detêm-no repartido com outros, enquanto na coautoria dependente esse domínio, embora limitado ao seu contributo, é total nessa parte. Assim, somos da opinião que nas situações de falso depoimento com a colaboração do advogado, estamos perante uma coautoria dependente já que quer a testemunha quer o inquisidor detêm, por si só, o domínio da sua prestação. Qualquer um deles pode fazer cessar o ato típico no momento quer bem entender sem a colaboração ou concordância do outro.

6.6 – Comparticipação

A comparticipação encontra a sua génese na distinção entre a autoria e a participação. Nela se postula a ideia de que várias pessoas concorrem para a prática de um facto penalmente relevante, importando saber, dentro da prática desse facto, quem é

responsável, porquê e em que termos. A comparticipação e as sua regras visam no fundo aplicar as regras da parte especial do Código Penal a outras pessoas que não somente aquelas que praticaram o facto por si mesmas.

O participante é um sujeito que contribui para o facto mas não detém o domínio do facto, pois, este domínio pertence ao autor. Caracteriza-se então o participante por não ter o domínio do facto ilícito, apenas tem o domínio do seu contributo, distribuído por duas figuras, a instigação e a cumplicidade. Sendo *instigador* aquele que de acordo com o artigo 26º, *in fine,* do Código Penal, determina a outro a prática de um facto, e *cúmplice* o agente que presta auxilio material ou moral à prática desse facto, de acordo com o artigo 27º do mesmo código, estendendo-se-lhes a responsabilidade não porque praticam o facto, mas porque prestam um contributo para o facto seguindo o *princípio da acessoriedade limitada.*

Se a intervenção do cúmplice ultrapassar a fasquia do auxílio, constituindo antes uma condição *sine qua non* do próprio dano, estamos já na coautoria.

A comparticipação encontra a sua fonte normativa nos arts.º 26º, 27º, 28º e 29º do Código Penal, postulando, como charneira, a ideia central da concorrência de várias pessoas na prática de um ato penalmente relevante. As regras dos arts.º 26º, 27º e 28º do Código Penal são regras de extensão da tipicidade, são regras que visam tornar típicos comportamentos que o não eram. Estas regras, visam valorar contributos que não são imediatamente subsumíveis aos tipos de ilicitude explanados na parte especial do Código Penal, tratam-se, ainda, de regras que em conjunto com as da parte especial geram uma nova valoração jurídica estendendo a tipicidade da parte especial.

A comparticipação assenta na sua essência na distinção entre o conceito de autoria imediata, autoria medita e coautoria com o conceito de participação, composto por a instigação e a cumplicidade.

6.6.1 – Teoria da titularidade do dever, a teoria do domínio do facto e o princípio da acessoriedade.

Para Roxin, a teoria do domínio do facto não vale como critério de autoria dos crimes específicos, pois, o critério delimitador da autoria está na titularidade do dever específico, está naquele a quem se exige a especificidade, quem presta depoimento, quem

é testemunha; é, consequentemente autor, aquele sobre quem recai o dever violado, o dever de falar com verdade e com completude. Só o *intraneus*, pode ser autor porque só ele pode violar o dever especial a que está vinculado (Roxin, 1998, p. 384). Assim Tereza Beleza segue uma outra via e conclui ; « ”*a titularidade do dever extrapenal violado deve, enquanto critério de autoria, substituir totalmente a detenção do domínio do facto* ” » (Beleza, 1992, p. 341). Continua, salientando as vantagens desta teoria, dizendo ; « ”*ela é, à partida, uma construção extraordinariamente sedutora: pelo menos aparentemente, todas as dificuldades mais ou menos insuperáveis sentidas pela dogmática ao lidar com estes crimes comuns seriam facilmente resolvidas* “ » (Beleza, 1992, p. 342). Roxin, atribui às diferentes modalidades de autoria uma estrutura diferente, uma vez que o *intraneus* seria sempre autor, independentemente de possuir ou não o domínio do facto. No campo da coautoria, aliena qualquer domínio funcional, admitindo esta figura somente quando várias pessoas se encontrem sujeitas ao mesmo dever se ocorrer o resultado pela violação daquele dever (Roxin, 1998, p. 389). Considera que o autor mediato não é o individuo que tem o domínio da vontade, mas é o individuo, que estando sujeito a uma relação de dever, deixe a execução da ação a uma pessoa que se encontre à margem da posição do dever que fundamenta a autoria (Roxin, 1998, p. 392). Para Susana Aires de Sousa, da conjugação da teoria do domínio do facto com o princípio da acessoriedade [22], « *resultaria a não punição do “participante” intraneus por falta de um*

[22] Segundo Paulo de Souza Queiroz, a participação, isto é, cooperação dolosa em crime alheio, pressupõe, logicamente, a autoria, tratando-se, por conseguinte, de um conceito não autônomo, mas acessório, que, como tal, depende do conceito principal: o conceito de autor. Exatamente por isso, o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

Mas esse caráter acessório da participação comporta graus e é ordinariamente assim classificado: a) acessoriedade mínima: a punição do participante depende da simples conduta típica do autor); b) acessoriedade limitada: a punição do participante exige conduta típica e ilícita do autor; c) acessoriedade máxima: a punição do participante exige, além da conduta típica e ilícita, a culpabilidade do autor; d) híperacessoriedade: a punição do participante depende também da punibilidade do autor.

Pois bem, apesar de a teoria da acessoriedade limitada ser absolutamente maioritária na doutrina, pensamos que a razão terá a ver com a teoria da acessoriedade máxima, motivo pelo qual sempre que o autor for absolvido por inculpabilidade (*v.g.*, erro de proibição, coação moral irresistível), tal deverá beneficiar o participante, em virtude do caráter acessório da sua participação.

Em primeiro lugar, porque a inculpabilidade do autor implica o reconhecimento do caráter não criminoso do fato principal; logo, não faria sentido que se tivesse por criminosa a participação, acessória que é. É que a participação em fato não criminoso, criminoso logicamente não é. Em segundo lugar, porque a teoria da acessoriedade limitada acaba por autonomizar a participação relativamente à autoria, negando-lhe a pressuposta acessoriedade. Em terceiro lugar, porque não parece compatível com o princípio da proporcionalidade que, embora absolvido o autor, se possa castigar o participante. Em quarto lugar, porque nem sempre é fácil estabelecer uma diferenciação clara entre causas de exclusão de ilicitude e de culpabilidade (*v.g.*, coação moral irresistível e legítima defesa de terceiro), e, pois, saber se o participante

facto principal típico e ilícito ». Continua afirmando, « *ao contrário, de acordo com a teoria da titularidade do dever, o intraneus não executor seria punido como autor; já o extraneus executor seria punido como mero participante, apesar de ter o domínio do facto* » (Sousa, 2005, p. 348).

No senda do conceito restritivo de autor, doutrina alemã há, que defende como critério de autoria nos crimes específicos a simbiose da teoria do domínio do facto com a qualidade ou dever especial exigido no tipo, o que equivale a dizer que quer a inexistência de um agente qualificado segundo o tipo legal quer o não domínio do facto impedem a atribuição da autoria. Esta visão do problema leva à impunidade quando faltem os dois fatores cumulativos: o domínio e a qualificação. Assim será, quando o *extraneus* (a parte, o advogado da parte, outro qualquer interessado na causa), utiliza dolosamente um *intraneus* (o depoente/testemunha) para a concretização de um facto, já que, embora o *extraneus* possua o domínio não possui a qualidade especial do *intraneus*, o de depoente/testemunha, e, assim será quando o *intraneus* convence o *extraneus* a executar um facto (v.g., quando o depoente, com interesse no desfecho da causa, convencer o advogado a colaborar no momento da sua inquirição), pois, nesta situação terá o domínio mas não tem a qualidade.

Embora a doutrina da titularidade do dever de Roxin se nos afigure evidente e clara, enquanto critério da autoria de crimes específicos, ela não deixa de ter grandes e aguçados espinhos quanto faz assentar exclusivamente na titularidade do dever, que, por sua vez, vai buscar fundamento numa ordem jurídica extrapenal para o encontrar do critério de autoria nos crimes específicos, fazendo com que o dever esteja antes da sua

---

é ou não jurídico-penalmente responsável. Além disso, a distinção entre uma e outra não preexiste à interpretação, mas é dela resultado.

Daí dizer-se, que não se pode aplicar a teoria da acessoriedade limitada sem maiores reflexões. É que, situações há, em que a não inculpabilidade do autor haverá de se comunicar ao participante necessariamente. É o caso do pai que realiza a conduta típica sob séria ameaça de morte de seu filho (coação moral irresistível), hipótese em que o participante que o auxilia não poderá ser responsabilizado, isoladamente, pelo cometimento do crime.

O mesmo pode ser dito quando o participante auxilia o autor a praticar um fato amparado pela inexigibilidade de conduta diversa. É o caso do dono da empresa que, já em processo de falência e com vários títulos protestados, deixa de entregar à Segurança Social as contribuições descontadas de seus empregados. Com efeito, quem ajuda o agente que se encontra em tal situação não pode responder autonomamente pela ilicitude, pois, tampouco, lhe é exigível conduta diversa. Também não faz sentido que o autor seja absolvido por erro de proibição inevitável e o participante condenado (*v.g.*, o caçador e quem o auxilia; aquele absolvido, este condenado).

violação. Contudo, comungamos do entendimento de Susana Aires de Sousa quando diz que o dever « " *só se concretiza penalmente aquando da violação típica, ou seja, quando o intraneus realiza aquela ação descrita no tipo e não qualquer outra* " », e, continuando, afirma que « "*se o tipo legal pressupõe um dever extrapenal (que legitima a incriminação), também parece pressupor que o titular do dever execute aquela ação, pois só através da execução ou do seu domínio se torna possível a violação daquele dever* " », e, termina afirmando, *«" se é certo que nos tipos específicos o legislador quis vincular a autoria à violação de um dever, a violação desse dever não deixa de pressupor a execução típica, rectius, o seu domínio* " » (Sousa, 2005, p. 351-352).

Outras lacunas se podem apontar à teoria da titularidade do dever. Se por um lado está o facto de criar lacunas de punibilidade, por outro está o facto de agravar de forma injusta a punibilidade. Na primeira vertente, a falta de punibilidade, verifica-se quando um *extraneus* dolosamente se servir de um *intraneus* para levar a cabo um crime, por dominar a vontade do *intraneus*, que o leve a atuar por erro ou por coação [23] e, na segunda vertente, a excessiva punibilidade, quando dois agentes executam um facto, mas em que só um deles é titular do dever, *intraneus*, em que este presta pequeno auxílio a uma ação realizada integralmente pelo *extraneus*, o que conduziria à punição do *intraneus* por auxílio como autor enquanto que o *extraneus* que executou dolosamente seria meramente punido como participante [24].

Comungamos da ideia segundo a qual, a *teoria da titularidade do dever* e a *teoria do domínio do facto* são complementares e não mutuamente exclusivas, como o pretende Roxin. Não é fácil definir quem pode ser autor num crime de falso testemunho, crime específico próprio, sendo que uma possível solução pode ser encontrada se analisada em duas vertentes: a vertente que faz depender a autoria nos crimes específicos dos critérios gerais de autoria, isto é que além de possuir a qualidade de *intraneus* e que tem o domínio

---

[23] Veja-se a título de exemplo, no nosso Código Penal um crime de prevaricação do artº 370º do CP, em que a secretária de um advogado lhe dá uma informação falsa com a intenção de prejudicar uma determinada causa, e que efetivamente se vem a consumar. Pese embora a secretária tenha o domínio do facto, sobre ela não recai o dever típico, logo não poderia der punida.

Ainda quando uma parte processual ou o seu representante, o advogado, "fabricarem" uma testemunha para atestar a ocorrência de determinados falos factos, consumando assim, um depoimento falso, que pese embora tenham o domínio do facto, sobre eles não recai o dever típico por não serem testemunhas dentro do processo, que consequentemente não seriam punidos.

[24] Na situação em que o *extraneus*, (a parte, o advogado da parte, outro qualquer interessado na causa) utiliza dolosamente um *intraneus* (o depoente/testemunha) para a concretização de um determinado depoimento falso, comportando-se tão só como o instrumento necessário, prestando simplesmente auxílio no provar de determinados factos, levaria à punição da testemunha/intraneus como autor e à parte/extraneus, que agiu dolosamente, quiçá coagindo, e a quem tudo beneficia, seria punido como mero participante.

do facto, e ainda na vertente assente no critério de autoria dos crimes específicos por violação de deveres especiais extrapenais. Neste âmbito, e tendo como referência o quadro descrito, assenta, ou deveria assentar, em nosso entender, o artigo 28º do Código Penal.

6.6.2 – O Artigo 28º do Código Penal

O artigo 28º do Código Penal:

> *« 1 – Se a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependerem de certas qualidades ou relações especiais do agente, basta, para tornar aplicável a todos os comparticipantes a pena respetiva, que essas qualidades ou relações se verifiquem em qualquer deles, exceto se outra for a intenção da norma incriminadora »*
> *« 2 – Sempre que, por efeito da regra prevista no número anterior, resultar para algum comparticipantes a aplicação de pena mais grave, pode esta, consideradas as circunstâncias do caso, ser substituída por aquela que teria lugar se tal regra não existisse. »*

Esta norma veio introduzir uma ideia de comunicabilidade das qualidades ou relações especiais que fundamentam o ilícito, assentando na ideia que comparticipantes que não estejam revestidos daquelas qualidades ou relações especiais possam ser igualmente punidos a título de autoria.

Na construção dos tipos incriminadores para os crimes específicos o legislador procurou restringir o universo dos possíveis autores do crime, exigindo determinada qualidade (v.g., funcionário, médico, advogado, testemunha) ou uma relação (v.g., familiar, trabalho) de que resulta um especial dever. Assim, o artigo 28º do Código Penal, vem precisamente estender a autoria a todos aqueles que não tendo aquelas qualidades específicas comparticiparam, foram intervenientes no preenchimento do tipo de ilícito penalmente relevante, para que possam ser igualmente punidos. Ora, é esta a charneira da questão central, saber se este critério do artigo 28º se aplica no crime de falso testemunho prestado por depoente/testemunha a quem não reveste aquela qualidade, ou seja, saber se

podem ser incriminados, por via da comparticipação, agentes que não revestem a especial qualidade de testemunha, isto é, que não testemunharam?

Seguindo as posições, já abordadas, de Leonor Beleza seremos forçados a concluir, que no crime de falso testemunho só pode ter como autor quem tiver o domínio da facto, o *intraneus*, e quem for autor imediato; a testemunha (Beleza, 1991, pp. 343-348).

Porém, discordamos de tal posição, e no mesmo sentido, vai Figueiredo Dias (Dias, 2007, p. 770-772). Não é uma questão consensual. Porém, excluir certas formas de comparticipação conduz a incompreensíveis lacunas de punibilidade, pois como antes vimos, o autor mediato que induzisse a testemunha em erro e a levasse a declarar falsamente, ficaria impune (Dias, 2007, p. 488-489).

O nosso sistema jurídico, refere a figura das diferentes formas de autoria no artigo 26º do Código Penal em contraponto com a figura da cumplicidade descrita no artigo 27º do mesmo código. Esta posição parece assentar numa conceção da teoria do domínio do facto, como refere Figueiredo Dias, que a propósito desses artigos, escreve: « "*representou, de alguma forma, o produto de uma transação entre a conceção casualista de Eduardo Correia* [25] *e a teoria do domínio do facto* "» e acrescenta ainda; « "*o acordo obtido nesta matéria terá derivado mais da convicção de que do texto aprovado permitiria soluções dos problemas concretos da comparticipação razoáveis e justas do que qualquer unanimidade na compreensão dos fundamentos doutrinais sobre os quais a interpretação e aplicação deveria assentar no futuro* "» (Dias, 2004, cap. 37º)

Como princípio, estabelece o artigo 28º do Código Penal que nas situações de comparticipação no âmbito dos crimes específicos, que basta a qualidade verificar-se num dos comparticipantes para que todos sejam punidos com a pena respetiva. O que importa observar é a possibilidade de partindo da qualidade especial de testemunha, que depõe por si, "pelas própria mãos", configurar-se uma situação de comparticipação ou se permanecem válidos os critérios comuns de autoria estabelecido pelos artigos 26º e 27º do Código Penal. Destes artigos deve concluir-se que só veste a roupagem de autor aquele que tem o domínio do facto, que no concreto estudo é o depoente/testemunha, que só ela pode ou não falar, dizer isto ou aquilo. Por outro lado, com os tipos incriminadores da Parte Especial do Código Penal, os artigos 359º e 360º, só pode ser autor quem tem a qualidade especial típica, isto é, quem tem a qualidade de depoente/testemunha. Da

[25] Eduardo Correia, autor do artigo 27º do ProjPG

conjugação das normas comuns, artigos 26º e 27º do Código Penal, e dos tipos incriminadores especiais, resulta que só pode ser autor de um crime específico, no caso falso depoimento/testemunho, quem além de deter o domínio do facto, no concreto o ato de despor/testemunhar, esteja revestido do elemento pessoal exigido pelo tipo, que no caso do artigo 359º será *quem prestar depoimento de parte* e no caso do artigo 360º será *quem como testemunha, perito, tradutor ou intérprete*. Este duplo requisito pode trazer lacunas de punibilidade do *extraneus* quando senhor do facto que instrumentaliza o *intraneus* à realização do falso testemunho, de onde resulta a necessidade do legislador de fazer verter no artigo 28º do Código Penal, que seja suficiente que o *extraneus* tenha o domínio do facto e de instrumentalizar o *intraneus,* para ser considerado autor, desde que o *intraneus,* cumpra uma das qualidades descritas nos artigos 359º ou 360º do Código Penal.

O legislador, procurou, ainda, evitar agravações injustas de punição para o *extraneus,* e para tal criou um limite à punição daquele, fazendo-o depender de dois requisitos: que fosse aplicada uma pena ao extraneus menos grave se não se verificassem os pressupostos do n.º 1 do artigo 28º, e também, que em certas e determinadas circunstâncias concretas, se pudesse verificar a punição por uma menor pena. Esta natureza facultativa desta previsão normativa do n.º 2 do artigo 28º, vem ultrapassar a injustiça relativa que poderia resultar de uma simples e automática substituição da pena mais grave por aquela mais favorável ao agente.

6.6.3 – N.º 1 do artigo 28º do Código Penal

Como diz Susana Aires Sousa, « “ *que para se ser autor de um crime específico tem não só que se reunir a qualidade especial exigida pelo tipo como também o domínio do facto penalmente relevante. Além da titularidade do dever, o autor de um crime específico tem que dominar o acontecimento que leva a violação de seu dever e que constitui a razão de ser da incriminação* “» (Sousa, 2005, p. 356).

Nos crimes específicos, os critérios antes vistos, não levantam problemas de maior em situações de autoria singular, mas o mesmo já não acontece nos casos em que há pluralidade de agentes. Porém, no nosso n.º 1 do artigo 28º do Código Penal, diz-nos que nos casos em que há comparticipação e se só um dos agentes reúne as qualidades ou

relações especiais relativas à ilicitude e pressupostas no tipo legal, o legislador deixa cair o requisito da titularidade daquela qualidade ou relação especial exigida no tipo, e basta-se, para punir como autor, com o domínio do facto por parte do agente, isto é, o critério geral estabelecido no artigo 26º e 27º, cuja interpretação é repetida na redação do artigo 28º. Assim, no artigo 28º do Código Penal, estabelece como principio que nas situações de comparticipação em crimes específicos, basta a qualidade ou relação especial relativa à ilicitude ou ao grau de ilicitude verificar-se num dos comparticipantes para que todos sejam punidos com a pena respetiva (Sousa, 2005, p. 344-368). Vem de encontro ao legislador que consagra o princípio, segundo o qual, pode ser suficiente que o *extraneus* tenha o domínio da facto para ser considerado autor, isto é; domínio da ação, domínio da vontade do *intraneus*, domínio funcional do facto ou o domínio da decisão do *intraneus*, tal como o estabelecido no artigo 26º e o 27º do Código Penal.

A existência de vários agentes, comparticipação, na realização do facto criminoso está prevista nos normativos dos artigos 26º e 27º do Código Penal. A ilicitude na comparticipação, tem a sua interpretação no artigo 28º do Código Penal, nos pressupostos estabelecidos naqueles citados artigos. Este artigo, 28º do Código Penal, mais não é que uma norma complemento daquele quadro legal e nos casos ali previstos. Não foi intensão do legislador com o artigo 28º substituir-se ao artigo 26º, pois, parte do critério de autoria deste artigo para o complementar em situações específicas, dada a necessidade de articular do critério comum de autoria contida no artigo 26º, com os tipos legais previstos na Parte Especial, uma vez que, no crime de falsas declarações, a qualidade de testemunha é fundamental para o preenchimento do tipo, como o descrito quer no artigo 359º do Código Penal, em que se exige a qualidade de parte, quer no artigo 360º do mesmo código, em que se exige a qualidade de testemunha. Subentendido fica, que além destas qualidades especiais exigidas no tipo legal, teremos de acrescentar o domínio do facto que leva à violação do dever e na qual assenta a incriminação, resultado da conjugação do artigo 26º da Parte Geral com os artigos 359º ou 360º da Parte Especial do Código Penal.

É nos casos de comparticipação, que por intermédio do artigo 28º do Código Penal, o legislador deixa cair o requisito da qualidade de testemunha exigida pelo tipo do artigo 360º daquele código, e, em nosso entender, torna aplicável a todos os comparticipantes, *extraneus*, a pena aplicável ao autor, testemunha, *intraneus*, fazendo com que o exposto nos normativos dos artigos 26º e 27º conjugados com os artigos 359º ou 360º, consoante o caso, resulte numa das cinco possibilidades:

- Um *extraneus,* (v.g. parte processual, advogado da parte) com o domínio do facto sob a forma de domínio da vontade, serve-se de um *intraneus* (v.g. elemento que preste depoimento de parte, testemunha, etc.), pode ser punido como autor imediato nos termos dos artigos 26º e 28º, apesar de não ter as qualidades exigidas no tipo da norma incriminadora, isto é, ser depoente de parte no caso do artigo 359º ou ser testemunha, perito, intérprete ou tradutor, no caso do artigo 360º, do Código Penal.

- O *extraneus* no caso de um agente singular ou *extranei* (a parte processual e o seu advogado) no caso de pluralidade de agentes decidem e executam conjuntamente com o *intraneus* no caso singular ou *intranei* no caso de pluralidade (v.g. várias testemunhas) a prestação de falso depoimento, sendo detentores do domínio funcional do facto, seriam punidos da conjugação do artigo 26º com o artigo 28º como coautores.

- O *extraneus* enquanto detentor do domínio da decisão do instigado-*intraneus* criando nele a determinação para a realização do falso depoimento devendo ser punido como instigador-autor, resultado da conjugação dos artigos 26º e 28º.

- Um *extraneus* que tenha sido determinado por um instigador *intraneus*, com o domínio da ação, deverá ser punido como autor imediato, resultado da conjugação dos artigos 26º e 28º.

- Um *extraneus* que seja executor mas auxiliado por um *intraneus* na realização da ação deverá ser punido como autor imediato, porquanto detém o domínio da ação, enquanto que o *intraneus* porque não detém o domínio do facto só poderá ser punido como cúmplice.

Resulta evidente, da conjugação do artigo 26º com o n.º1 do artigo 28, em nosso entender, a possibilidade de um *extraneus (v.g.* um advogado) poder ser autor de um crime específico próprio.

6.6.4 – N.º 2 do artigo 28º do Código Penal

Da aplicação do n.º1 do artigo 28º podia configurar no seu horizonte situações de relativa injustiça, pelo que havia a sentida necessidade de se estabelecer uma fronteira ao limite da aplicabilidade daquele artigo. Com a introdução do seu n.º 2, conferiu-se ao juiz a possibilidade de substituir a pena que resultaria da aplicação do n.º 1, quando resultasse aplicável para os comparticipantes, uma outra mais favorável, que lhes fosse aplicável se não observada a primeira, conferindo com esta medida uma flexibilidade na aplicação deste normativo; o n.º1 do artigo 28º. Porém, a sua aplicação pelo juiz não é obrigatória e depende de dois pressupostos legais, um subjetivo e um outro objetivo. Tem cariz subjetivo quando se resume na apreciação pelo julgador das circunstâncias concretas do caso e, depois, cariz objetivo quando se estabelece que na ausência do n.º 1 do artigo 28º, sempre seria aplicada ao agente uma pena menos grave (Beleza, 1984, p. 645). Como procuramos demonstrar, com este segundo requisito e com a natureza facultativa deste n.º 2, o legislador procurou deste modo um meio para ultrapassar a injustiça relativa que poderia resultar de uma substituição automática da pena mais grave por aquela que é mais favorável ao agente [26](Sousa, 2005, p. 363-368).

Tomando à letra o sentido da norma, o n.º 2 do artigo 28º, parece evidente que só perante duas penas diferentes na sua gravidade esta pode ser aplicada, excluído que fica o caso de estarmos perante uma pena e uma ausência de pena.

Ao debruçarmo-nos sobre os casos em que resultaria uma pena mais grave do que a que resultaria na ausência do n.º 1 do artigo 28º, deparamo-nos com duas situações: a autoria de um *crime específico impróprio* por parte de um *extraneus* que é punido por uma pena que lhe corresponde pelo crime cometido e a autoria de um *crime específico próprio* por parte de um *extraneus* como forma de suprir lacunas de punibilidade por força da aplicação do n.º1 do artigo 28º. Assim, se por aplicação de uma pena no primeiro caso resultasse uma pena menos grave que a que resultaria da aplicação do segundo caso, estamos então no âmbito da aplicação da norma do n.º 2 do artigo 28º do Código Penal. Não faz sentido que se admitam no regime do n.º 2 os casos em que da ausência do n.º 1

[26] Situação que ocorreria quando da punição do cúmplice *intraneus* a partir da moldura do crime específico impróprio sendo o autor um *extraneus* punido com a moldura do crime comum.

o *extraneus* sempre seria punido como comparticipante num crime específico próprio, já que o n.º 1 se fundamenta no domínio do facto pelo *extraneus*, sendo de grande dificuldade justificar que só se pudesse aplicar tal regime, quando o *extraneus* executa o facto criminoso conjuntamente com o *intraneus*, ou ainda quando o *extraneus* determina o instigado *intraneus*, mas já não quando o *extraneus* comete o crime específico por intermédio de um *intraneus*, já que por via do princípio da acessoriedade não há lugar a qualquer punição nesta situação.

Em jeito conclusivo, sempre se dirá que nos casos em que não é aplicável o n.º 2 do artigo 28º, pode o juiz deitar mão do artigo 72º do Código Penal, relativo à atenuação especial de pena ou valer-se de uma determinação concreta da pena em função da culpa do agente nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 71º do mesmo código (Sousa, 2005 p. 365-366).

6.7 – Concurso

Importa saber se a testemunha ao depor pode preencher mais que um tipo de crime. A resposta é inequívoca, a testemunha ao depor está também envolvida no problema da unidade ou pluralidade de crimes que também podem surgir no âmbito da incriminação do falso testemunho. Desde logo o crime de falso testemunho [artº 360º do CP], o crime de difamação [artº 180º do CP], o crime de injúria [artº 181º do CP], o crime de denúncia caluniosa [artº 365º do CP] (Seiça, 1999, p. 490).

Não nos podemos esquecer que além da testemunha poder ser chamada a depor mais que uma vez numa determinada fase processual, também o pode fazer ainda em diferentes fases processuais, estando deste modo perante vários depoimentos. Se tivermos em conta o que dissemos em matéria de consumação, talvez tenha interesse distinguir se os depoimentos ocorrem numa mesma fase processual ou não.

Assim, quer os depoimentos falsos sejam consumados no âmbito da mesma fase processual (não nos esqueçamos que o juiz pode chamar a depor a testemunha mais que uma vez, até para esclarecimentos que se venham a tornar pertinentes), quer a testemunha seja ouvida dias seguidos (em que neste caso estaríamos no mesmo depoimento), o que nos colocaria sempre perante um crime continuado [n.º 2 do artº 30º do CP].

Porém, se os depoimentos falsos forem prestados pela testemunha em diferentes fases processuais estaríamos perante um concurso de crimes [n.º 1 do artº 30º do CP].

7 – Retratação e suborno

Assim, descreve D. Enrique Asenjo o conceito de retratação:

« **“** *A retratação não é outra coisa que a pública confissão da verdade que se ocultou, deturpou ou negou o agente e, por tanto, implica um arrependimento* **“** »

E, descreve assim, Guiseppe Rugiero o conceito de retratação:

« **“** *uma declaração com a qual aqueles que depois de terem deposto reconhecem e manifestam a falsidade da declaração anterior com a realidade* **“** »

Assim exposto, a retratação pressupõe que o agente venha por si substituir o conteúdo de um testemunho falso por um outro verdadeiro dentro e no âmbito do dever de verdade e completude, visando com este comportamento a procura da verdade material.

Figueiredo Dias, considera que a retratação como uma causa pessoal de exclusão da pena (Seiça, 1999, p. 497). É à testemunha a quem cabe o poder/dever de retratar um falso testemunho, é a ela que cabe substituir um falso depoimento por si prestado por um outro que seja verdadeiro, já que se trata de uma causa pessoal excludente da punibilidade. Tal não impede que fique excluída a punibilidade do instigador e do cúmplice que podem e devem continuar a ser punidos. Mas punidos por qual via? Pelos artigos 359 º ou 360º do Código Penal, conjugado com a comunicabilidade do n.º 1 do artigo 28º do já citado código, ou pelo crime de suborno do artigo 363º também do Código Penal? Se o crime de suborno tem como elementos do tipo, convencer ou tentar convencer outra pessoa a praticar os factos previstos nos artigos 359º ou 360º do Código Penal, sem que estes venham a ser cometidos, então, a retratação equivale à não realização da falsidade, pressupostos essenciais do crime de suborno, como vimos. Forçados somos assim a concluir pela punibilidade seguindo a via do suborno do artigo 363º do Código Penal.

Mas, não deixa de criar as mais sérias dúvidas, pois, se o instigador ou o cúmplice tiverem aconselhado a testemunha a retratar-se seria preferível uma atenuação especial de pena prevista do n.º 1, do artigo 72º do CP, conjugada com a alínea *c*) do n.º 2 do mesmo artigo, que, mais adiante, observaremos.

Na retratação para se observar a sua não punibilidade são necessários dois requisitos cumulativamente: a *tempestividade* e a *voluntariedade.* Isto porque, a retratação terá de se verificar a tempo de ser levada em linha de conta na decisão que vier a ser tomada na causa em que foram prestados os falsos depoimentos e antes que tenham resultado prejuízos para terceiros. Não nos podemos esquecer que o Estado é terceiro para os efeitos do n.º 1 do artigo 362º [27], e que assim facilmente concluiremos que esta retratação deverá ocorrer antes do trânsito em julgado da decisão que puser termo a qualquer fase processual, e, ainda, antes da causalidade entre a prestação do falso testemunho e o prejuízo concreto da posição jurídica de um qualquer terceiro [28].

8 – A pena

O crime de falso testemunho é cominado com pena de prisão de 6 meses a 3 anos ou com pena de multa não inferior a 60 dias. Em caso de perjúrio, a pena de prisão agrava-se até 5 anos e a de multa até 600 dias. Existe uma coerência na cominação do falso testemunho com o contexto geral dos crimes contra a realização da justiça, o que nos leva a considerar que a pena abstratamente aplicável ao crime espelha a importância que o legislador deu ao bem jurídico tutelado pela incriminação penal, que contrasta fortemente com a que é dada, na prática, pelos tribunais.

8.1 – Circunstâncias atenuantes especiais e dispensa de pena

Estão previstas no artigo 364º do Código Penal duas causas de atenuação especial de dispensa de pena aplicáveis ao crime de falso testemunho. Numa vertente se o conteúdo da falsidade não tiver expressão na prova a que o depoimento fez parte, noutra vertente, se o facto de falso depoimento tiver sido praticado para evitar que o agente, o cônjuge, um adotante ou adotado, parente ou afins até ao 2º grau, ou pessoa que com ele viva em condições análogas às dos cônjuges se expuserem ao perigo de virem a ser

[27] Tal como bem decidiu o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19 de Janeiro de 1999, www.dgsi.pt

[28] Como o pagamento de custas, decisão condenatória e outros.

sujeitos a pena ou medida de segurança. Se verificadas uma destas circunstâncias, o tribunal pode atenuar as penas, podendo inclusive mesmo dispensar o arguido da pena.

Para fazer abranger o agente pelo segunda causa de atenuação e dispensa de pena, prevista na alínea *b*) do artigo 364º do Código Penal, é necessário uma correspondência entre o que a representação e a intenção do agente no sentido que aquele falso depoimento seja conducente a afastar aquele perigo, e ainda, que esta nuance se restrinja exclusivamente às situações em que a conduta se dirigiu a afastar o perigo de sujeição a pena ou medidas de segurança criminais, e por ultimo, é necessário, para o perigo ser atendível, que este resulte direta e necessariamente da prestação do depoimento verdadeiro (Seiça, 1999, p. 516-518).

8.2 - Circunstâncias agravantes

São dois os fundamentos da agravação do falso testemunho: *a concreta motivação do agente* e *as consequências provocadas pelo falso depoimento.*

O crime de falso testemunho sofre de agravação de pena previsto no artigo 361º do Código Penal. Tal sucede quando o agente atuar com intenção lucrativa, não só de natureza pecuniária, mas também na obtenção de outras naturezas, ou resultar demissão de lugar, perda de posição profissional ou destruição das relações familiares ou sociais de outra pessoa ou se ainda do falso testemunho resultar a condenação de outra pessoa, em vez do agente, sendo então, a pena prevista agravada de um terço nos seus limites mínio e máximo. No n.º 2 do artigo 361º do Código Penal estatui ainda que se do falso testemunho resultar a privação de liberdade de uma pessoa, o agente é punido com a pena de prisão de 1 a 8 anos.

.

9 – Síntese conclusiva

Tratando-se a presente dissertação genericamente sobre o falso testemunho e em particular pelo crime de perjúrio, lógico será que se introduza desde logo a noção de testemunha, sendo que assumimos a noção; « *toda a pessoa que, não sendo parte numa causa nem seu representante, é chamada a dizer o que sabe acerca de todos ou alguns dos factos em litígio»,* e abarcamos a ideia de prova testemunhal como « *sendo essencialmente constituída pela narração de factos juridicamente relevantes de que o depoente tenha conhecimento obtido pelos seus meios percetivos »*, assumindo-se tal tarefa como um dever inerente à condição, especialmente ao de verdade e ao de completude.

No quotidiano não é de todo fácil a imputação de um crime de falso testemunho, que por se tratar de um crime doloso, determinar o dolo, também se mostra algo laborioso.

Determinar a fronteira que separa o falso do verdadeiro entre o *falso* e a *falsidade,* deverá ser o primeiro passo em que deveremos concentrarmo-nos, concluímos então, que tudo quanto se descreve (declara) não coincidente com a realidade é *falso.* Se, o sujeito que declara, tem consciência dessa discrepância, então estamos perante uma *falsidade.* A falsidade constituiu o item fulcral para o materializar do tipo que enquadram os artigos 359º e 360º do Código Penal. Desde logo, duas posições se confrontam; uma de cariz objetivista e outra de natureza subjetivista. Na primeira vertente, a objetivista, entendemos que haverá falso depoimento sempre que entre o declarado e a realidade houver discrepância, independentemente da consciência que o depoente tem dessa discrepância, na segunda vertente só haverá falso depoimento se existir falsidade, ou seja, se existir discrepância entre a realidade e a descrição feita pelo depoente com a plena consciência dessa discrepância por parte deste. Em nossa opinião, e em jeito de síntese, diremos que se entre o facto *percecionado* e o facto *representado* existir coincidência mas não for idêntico com a realidade, então estamos perante um *facto que é falso*, *sem que se forme falsidade*, se entre o facto *percecionado* e o facto *representado* não existir coincidência, então, estamos perante uma *falsidade*, porque se pressupõe o *animus*, logo o dolo.

Comum e vulgarmente aceite, tal como Guiseppe Ruggiero, o ato declarativo, isto é, o depoimento da testemunha, é apresentado como a aglutinação de quatro elementos:

o acontecimento, a perceção, a memorização e o depoimento propriamente dito. Porém, não coincidimos nesta divisão/classificação, por uma outra se nos afigurar mais coerente, lógica e consentânea: *os factos, a perceção, a representação e o depoimento.* Assim cremos, pois, o relato de um facto terá por base obrigatoriamente uma representação, quer seja elaborada no momento, quer seja fruto de um processo anterior, ou elaborado no momento partindo de factos em memória, mas, certo é que parte sempre, mas sempre de uma representação, seja de que qualidade for; verbal, simbólica, etc. Em qualquer dos casos a intervenção da vontade só poderá surgir no terceiro estádio, ou seja, no da representação e o *animus* no quarto estádio, o do ato de depor (depoimento/declaração).

Quando estamos perante um depoimento não coincidente com a realidade importa saber se tal constituiu um simples relatar de factos falsos ou de falsidade propriamente dita. Esta polémica é esgrimida por três correntes doutrinárias: uma objetivista, outra subjetivista e uma outra como que uma simbiose das duas primeiras.

Para a primeira, *teoria objetivista*, a falsidade resulta da discrepância entre o deposto e os factos reais, isto é, com o percecionado, independentemente da consciência que a testemunha tem dessa discrepância.

Para a segunda, *teoria subjetivista*, a falsidade resulta de um binómio. Da discrepância entre o deposto e os factos reais, e do conhecimento/convicção que a testemunha tem dessa discrepância, ou seja, da discrepância entre o deposto e o percecionado aglutinada a consciência que a testemunha tem dessa discrepância.

Numa terceira vertente, *teoria hibrida ou mista*, defende Schmidhäuser que existe falsidade quando a testemunha violou o dever de falar com verdade, enquanto Vormbaum resulta falsidade quando a testemunha tem consciência do vício.

Assim, diremos que abraçamos a corrente com uma visão subjetivista; a falsidade resulta da discrepância entre o deposto e os factos reais percecionados, acrescido do conhecimento/convicção que o depoente tem dessa discrepância e ainda que comungamos da ideia segundo a qual, a *teoria da titularidade do dever* e a *teoria do domínio do facto* são complementares e não mutuamente exclusivas. Não é fácil definir quem pode ser autor num crime de falso testemunho, crime específico próprio, sendo que uma possível solução pode ser encontrada se analisada em duas vertentes: a vertente que faz depender a autoria nos crimes específicos dos critérios gerais de autoria, isto é que além de possuir a qualidade de *intraneus* e que tem o domínio do facto, e ainda na vertente assente no critério de autoria dos crimes específicos por violação de deveres especiais extrapenais.

No nosso seio, a corrente doutrinal subjetivista começou por impor-se ganhando a aquiescência dos juristas portugueses. Para estes, a falsidade resultava da discrepância entre o pronunciado/desposto e do conhecimento próprio do depoente, isto é, entre o que diz e o que em consciência sabe. Em 2001, pela mão de Medina Seiça assiste-se a um virar de página. Considera-se agora, que a falsidade do depoimento advém da desconformidade entre o conteúdo do testemunho e os factos objetivos constitutivos da prova, independentemente da convicção do depoente, posição esta, que rapidamente se assumiu como corrente dominante em acórdãos entretanto proferidos.

Tais correntes de opinião, ainda no presente se manifestam em divergências, plasmadas nos Acórdãos das Relações, quando em causa está a aplicação do n.º 1 do artigo 360º do Código Penal, pelos distintos entendimentos que fazem do preenchimento do tipo de ilícito. No entender da Relação do Porto preenche o tipo objetivo do crime de falsidade, a testemunha que sobre a mesma realidade prestar dois depoimentos contraditórios, ainda que se não apure qual deles é falso. Em sentido inverso está a Relação de Guimarães, para a qual não basta para a condenação por crime de falsas declarações, que se prove que a testemunha em dois momentos distintos fez depoimentos contraditórios que mutuamente se excluem sendo ainda necessário determinar qual deles é falso, isto é, qual deles está em manifesta contradição com a realidade objetiva. Assenta tal posição na ideia que quer se assuma uma interpretação mais objetivista quer se assuma uma corrente da interpretação mais subjetivista na determinação da falsidade, é necessário que se demonstre a realidade factual objetiva. Vai mais longe a Relação de Guimarães, é ainda necessário que se demonstre que a testemunha tinha conhecimento dessa realidade objetiva, e, mesmo assim, quis declarar coisa diversa.

O autor de um crime pode ser, em regra, qualquer pessoa (" Quem … ") razão pela qual assim começam a generalidade dos tipos de ilícitos, que pelo facto são genericamente classificados como crimes comuns. Mas, crimes há, que só determinadas pessoas com determinadas qualidades especiais o podem perpetrar, os denominados *crimes específicos*. No presente caso, crimes específicos de falso testemunho, a norma incriminadora começa pela descrição das qualificações do agente: « " *Quem, como testemunha, perito, tradutor ou intérprete* […]" » . O crime de falso testemunho é pois um *crime específico puro*, pois e embora comece pelo vocábulo "*Quem*" só pode ser praticado quem tiver investido na qualidade de testemunha. A norma incriminadora está

no artigo 360º do Código Penal. As falsas declarações prestadas por outros intervenientes processuais (arguido, assistente, partes cíveis) que não o de testemunha, são puníveis não pelo crime de falso testemunho, mas pelo crime de falsidade de depoimento previsto no artigo 359º do Código Penal. Estes crimes de falso depoimento/testemunho são *crimes de mera atividade*, já que, para o preenchimento do tipo incriminador, basta a prestação do falso depoimento não sendo necessário a produção de qualquer resultado, sendo que a sua tipicidade se preenche com a falta aos deveres processuais de *verdade e completude*.

Os crimes previstos quer no artigo 360º quer no artigo 359º do Código Penal, um de falso testemunho outro de falso depoimento, consubstanciam-se num crime doloso, integrados pelos seus elementos intelectual, volitivo e emocional. Contudo ao dolo, como elemento do tipo, só nos interessam os dois primeiros: o intelectual e o volitivo, já que ao ultimo, ao elemento emocional só revela relativamente ao dolo da culpa, e, este não é propriamente o centro do nosso estudo do falso testemunho/depoimento. O Código Penal define o dolo do tipo, no seu artigo 14º, estabelecendo as formas em que o mesmo se reveste: direto, necessário e eventual. No *perjúrio*, o dolo do tipo é conceitualizado pelo conhecimento (momento intelectual) que a testemunha tem de que os factos que relata não são verdadeiros, e, mesmo assim, age com *animus* (momento volitivo) na descrição falsa dos factos.

Pelo preceituado no artigo 13º do Código Penal, a negligência só é punível nos casos especialmente contemplados na lei, pelo que não estando, como não está, expressamente na previsão legal do artigo 360º nem do artigo 359º do Código Penal, o crime de falso testemunho/depoimento só é punível a título doloso, o que não merece de todo a nossa anuência.

O crime de falso testemunho/depoimento não constitui ilícito penal em situação de estado de necessidade justificante, se este for o meio de afastar um perigo que ameace a própria testemunha quando o que se pretende proteger ou salvaguardar seja de interesse manifestamente superior.

O falso depoimento da testemunha quantas vezes ultrapassa a fronteira de factos falsos para se situar em falsos factos, ou seja, a testemunha nem sequer percecionou a realidade factual do que se dispôs a depor e relatou factos que nem ocorreram. Nesta

ultima situação, relatos de falsos factos, pressupõe a que a testemunha tenha sido necessariamente preparada para depor, situando-nos perante verdadeiros atos preparatórios do crime de falso testemunho/depoimento, previstos como forma de crime no artigo 21º do Código Penal. Porém, e, tal como aí se diz, « *os atos preparatórios não são puníveis, salvo disposição em contrário* ». Acontece, porém, que esta norma (artigo 21º do CP) da parte Geral, nos remete para os tipos legais previstos na Parte Especial do Código Penal, isto é, para os artigos 359º e 360º respetivamente, e, aí, nada nos é dito relativamente aos atos preparatórios, embora em nosso entender, mal.

Entendemos que, tal como acontece no caso do artigo 262º do Código Penal, relativamente à contrafação de moeda, em que a simples elaboração com intenção de a por a circular, portanto atos preparatórios, já que a consumação final do crime se dá com a entrada em circulação, são punidos como crimes autónomos, também a preparação da testemunha para depor, atos preparatórios do falso depoimento/testemunho, já que a consumação final se dá com o depoimento propriamente dito, deveria ser objeto de punição autónoma dos artigos 359º e 360º Código Penal.

A punibilidade da tentativa, tem a ver com os pressupostos do n.º 1 do artigo 23º do Código Penal, que estabelece que a tentativa só é punível quando ao crime consumado for punível, em abstrato, com pena superior a três anos de prisão. Ora, os crimes objetivados no do artigo 359º do Código Penal têm como moldura penal máxima três anos de prisão, consequentemente, a tentativa do crime da falsidade de depoimento não é punível. Porém, os crimes de falso testemunho, previsto no artigo 360º do Código Penal, praticado depois de o agente ter prestado juramento e ter sido advertido das consequências penais, *perjúrio,* já o é, pois enquadra-se numa moldura penal que em abstrato é punível com pena de prisão até cinco anos, verificando-se os pressupostos do n.º 1 do artigo 23º do Código Penal.

À semelhança com a posição que tomamos para os atos preparatórios, e ainda com os mesmos princípios norteadores e face da posição aí assumida, aqui, consequente e forçosamente, assumimos que a tentativa deveria ser sempre punida, devendo, para tal, fazer parte das normas incriminadoras dos artigos 359º e 360º do Código Penal.

O crime de falso testemunho caracteriza-se por ser enquadrável num *crime especifico,* enquanto assente no pressuposto de que é a qualidade de autor ou o dever que sobre ele recai que fundamenta a responsabilidade, e, ainda, é enquadrado, por doutrina dominante na jurisprudência portuguesa, como um *crime de mão própria* porquanto

consideram autor apenas aquele que leva a cabo a ação por si próprio, que no nosso caso é a *testemunha*.

Não se pode, nem deve, confundir-se crimes de mão própria com os crimes específicos ou próprios:

- Nos crime específicos ou próprio exige-*se uma especial qualidade do agente*;

- Os crimes de mão própria são crimes que podem ser praticados por qualquer agente, mas *cuja ação só pelo próprio pode ser consumada*.

Não posso deixar de, em consciência, pese emboras as consequências que daí poderão advir, e advirão certamente, discordar de todos aqueles que defendem que os crimes de falso testemunho/depoimento previstos nos artigos 359º e 360.º do Código Penal não se enquadrem no tipo de crimes de mão própria. É certo, que na condição de humilde e simples aluno na matéria, me não posso sobrepor aos sábios mestres, mas, também é certo que deles discordar, não é crime. Se Ptolomeu não tivesse discordado dos dignos mestres e das suas teorias, então dominantes, a terra ainda hoje seria plana.

Este tipo crime, o perjúrio, alguns autores consideram que só pode ser cometido pelo próprio agente da infração, pelo próprio agente material do crime, não admitindo outra forma de autoria, desde logo a ***autoria mediata.***

A autoria mediata é uma das formas de autoria tipificada no artigo 26º CP.

Outra situação típica de autoria mediata é o caso da coação, em que alguém coage outrem à prática de um determinado facto.

A comparticipação criminosa assenta na distinção fundamental entre a autoria e a participação. O participante é um sujeito que contribui para o facto mas não detém o domínio desse mesmo facto, pois, este domínio, pertence ao autor. Caracteriza-se assim o participante por não ter o domínio do facto ilícito, apenas tem o domínio do seu contributo, distribuído por duas figuras, a instigação e a cumplicidade. Sendo *instigador* aquele que, de acordo com a quarta modalidade do artigo 26º do Código Penal, determina a outro a prática de um facto, e *cúmplice* aquele que, de acordo artigo 27º do mesmo código, presta auxilio material ou moral à prática desse facto, estendendo-se-lhe a responsabilidade não porque praticam o facto, mas porque prestam um contributo para o facto seguindo o *princípio da acessoriedade limitada.*

A comparticipação encontra a sua fonte normativa nos arts.º 26º, 27º, 28º e 29º do Código Penal. Como ideia central, se postula, quando várias pessoas concorrem na prática de um ato penalmente relevante, as regras dos arts.º 26º, 27º e 28º do Código Penal são regras de extensão da tipicidade, são regras que visam tornar típicos comportamentos que o não eram.

Estabelece o artigo 28º do Código Penal como regra que, em situações de comparticipação em crimes específicos, bastará a qualidade ou a relação especial relativa à ilicitude verificar-se num dos comparticipantes para que todos sejam punidos com a pena respetiva. Equacionado foi o problema de se saber, se tal princípio, permanece válido nos casos de comparticipação em crimes específicos. Concluímos então, que da conjugação das normas comuns e dos tipos incriminadores especiais resulta que só pode ser autor de um crime específico quem detenha além do domínio do facto o elemento pessoal exigido pelo tipo. Estabeleceu o legislador, que é suficiente que o *extraneus* tenha o domínio do facto para ser considerado autor, isto é, que se verifique o citério comum da autoria estabelecido pelo artigo 26º do Código Penal, em qualquer das usas modalidades; domínio da ação, domínio da vontade do *intraneus*, domínio funcional do facto ou domínio da decisão do *intraneus*.

O legislador procurou ainda proteger a possível agravamento injustificado da punição do *extraneus* estabelecendo um limite à punição no n.º 2 do artigo 28º, submetido a dois requisitos: ser necessário que sem a aplicação do n.º 1 do artigo 28º fosse aplicada ao *extraneus* uma pena menos grave e ser também necessário que as circunstâncias concretas do caso aconselhem, submetida a uma ideia de justiça, a punição por essa pena menos grave.

O conceito de autor, descrito no artigo 26º do Código Penal, nas suas quatro vertentes; - domínio da ação em *autoria imediata* quando a execução é levada a cabo pelo próprio; - domínio da vontade do *intraneus* em *autoria mediata* quando a execução é levada a cabo por intermédio de outrem; - domínio funcional do facto em *coautoria* quando a execução é levada a cabo conjuntamente com outrem; - e finalmente por domínio da decisão do *intraneus* em *instigação* quando a execução é levada a cabo por determinação dolosa de outra pessoa. Figueiredo Dias considera *autor-instigador* no sentido da norma do artigo 26º do Código Penal, aquele que produz, cria ou fabrica no

executor a decisão de atentar contra um certo bem jurídico-penal através da comissão de um concreto ilícito típico.

Na terceira proposição do artigo 26º do Código Penal quando diz « " [...] *toma parte direta na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros* " », pressupõe situações de múltiplos intervenientes. Nestas situações, havendo repartição de funções em que cada um decide e presta o seu contributo na execução e no desempenho da função que lhe está atribuída dentro de um plano de execução, detendo um *domínio funcional* do facto da sua ação, estamos, então, perante uma situação de coautoria. A coautoria pressupõe um acordo e uma concertação de vontades com a intervenção de no mínimo de duas pessoas que *conjuntamente* dominam a conduta, mas que separadamente apenas realizam uma parcela de mesma sem que, ao mesmo tempo, alguma seja instrumento ao serviço da outra. A coautoria pressupõe *decisão comum* e ainda, e principalmente, *realização comum.* Nestas situações de falso testemunho prestado em audiência de julgamento com o contributo do advogado, servindo-se e conduzindo o depoimento da testemunha através de inquirição, previamente preparada, enquadra-se, em nosso entender, numa situação de coautoria preenchendo os requisitos da conjugação dos artigos 26º e 28º do Código Penal, apesar de não ter a qualidade de testemunha de que depende, segundo o artigo 360º da parte especial do mesmo código, a ilicitude do facto. O advogado, *extraneus*, além de comandar a vontade da testemunha, *intraneus*, toma parte direta na execução por efeito da inquirição a que a submete conduzindo e controlando as suas respostas. Tem um *domínio funcional* num contributo típico na execução do crime em curso e tem pleno domínio da sua ação, seguindo um acordo prévio, estabelecido anteriormente, e toma parte direta na execução do falso depoimento, no contributo típico que presta de forma a produzir o resultado típico que preenche o elemento constitutivo do tipo de crime do artigo 360º do Código Penal.

Nas situações de falso testemunho prestado em audiência de julgamento, em que alguém presta auxílio moral e material ao *intraneus*, no preparar do seu depoimento, tornou-se participante numa forma acessória de um facto típico e ilícito, do falso depoimento prestado, preenchendo assim os pressupostos da acessoriedade limitada que lhe estende a si a punibilidade da sua participação. Sem alguma dúvida que seria punido por cumplicidade, e punido com a pena aplicada ao *intraneus*, especialmente atenuada, por aplicação do artigo 27º do Código Penal.

Aqueles que procuram e convencem o *intraneus* a prestar o falso depoimento a favor de um terceiro, ver-se-ão incriminados pela vertente da instigação prevista no artigo na quarta modalidade do 26º do Código Penal. Não se trata, de mera indução, em que o homem de trás influencia a motivação do homem da frente, mas sem verdadeiramente o determinar, numa situação de mera cumplicidade como o configurado no artigo 27º do Código Penal, mas antes procuram, convencer e criar no *intraneus* a decisão de realizar o falso depoimento, surgem como verdadeiros instigadores possuindo o domínio do facto sob a forma de domínio da decisão do instigado que deverão, ser punidos, isso sim, como *instigadores-autor* nos termos do artigo 363º do Código Penal.

O crime de falso testemunho caracteriza-se por ser enquadrável num *crime especifico,* enquanto assente no pressuposto de que é a qualidade de autor ou o dever que sobre ele recai que fundamenta a responsabilidade, e, ainda, é enquadrado, por doutrina dominante na jurisprudência portuguesa, tal como se pode observar no acórdão da Relação de Coimbra, descrito no Anexo III, como um *crime de mão própria,* no sentido em que a norma legal, pretende abranger, como autores, apenas aqueles que levam acabo a ação através da sua própria pessoa, no caso a testemunha. Por efeito, uma parte significativa de certa doutrina, que *« considera que se exclui não só a autoria mediata mas também a coautoria relativamente aos comparticipantes que não tenham chegado a executar por si próprios o facto típico, não se verificando a comunicabilidade prevista no artigo 28º do Código Penal* ».

Foi, contra esta corrente de opinião, que a presente dissertação, procurou rebater e defender posição em tudo inversa.

Assim, terminamos! … Voltaremos ao tema, em breve, numa outra abordagem!

Bibliografia

Albuquerque, P. P. (2008). *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.* Lisboa: Católica Editora.

Actas, Comissão de Revisão do Código Penal (1979) S*eparata do Boletim do Ministério da Justiça,* Lisboa.

Altavilla, Enrico. (2003). *Psicologia Judiciária,* Volume II: Almedina

Andrade, M. A. (1976). *Noções Elementares de Processo Civil.* Combra Editora.

Andrade, Costa (2006). *Sobre as proibições de Provas em Processo Penal.* Coimbra Editora

ASENJO, Enrique ,«*Falso Testimonio*» in : Enciclopédia del Diritto. Guiffré

BAPTISTA, Luis Osório(1923). Notas ao Código Penal Portufguês,Vol. II. Coimbra Editora

BELEZA, T. P. (1992). A estrutura da autoria nos crimes de violação de dever: titularidade VERSUS DOMÍNIO DO FACTO ? REVISTA PORTUGUESA DE CIÊNCIA CRIMINAL, N.º 3.

- (1984) *Ilicitamente comparticipando - O âmbito de aplicação do artº 28º do Código Penal.* Coimbra Editora.

BRANDÃO, N. (2010). Inverdades e consequências: consideraçãoes em favor de uma concepção subjectiva da falsidade de testemunho. *Revista de Ciência Criminal, n. 3*.

BRITO, Iolanda (2012). *Crime de Falso Testemunho Prestado Perante Tribunal*: Coimbra Editora

DIAS, J. Figueiredo. (2007). *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I.* Coimbra Editora.

- (2011). *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I.* Coimbra Editora.

- (1999). *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I.* Coimbra Editora.

- (2004). Formas Especiais do Crime, *Textos de apoio à disciplina de Direito Penal, 5º ano*. Coimbra Editora

- (2005). *La instigacion como Autoria*, Un requiem por la 'participación' como categoria de la dogmática juridico-penal portuguesa?", Homenage al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thomso/Civitas Aranzadi

ERCÍLIA, D. J. (1960). *« Falso Testimonio », in: Enciclopédia Juridica Española, Tomo XV.* Barcelona: Francisco Seix Editor.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro (1981). Curso de Processo Penal, II: Coimbra Editora.

GERMANO, Marques S. (2008) Curso de Processo Penal II: Verbo.

PAIVA, J. Cunha Navarro. (2004) *Tratado Teórico e Prático das Provas no Processo Penal: Minelli*

RODRIGUES, Pereira (2011) *A Prova em Direito Civil:* Coimbra Editora

ROXIN, Claus (1998) *Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Marcial Pons

RUGGIERO, G. (1958). *«Falsa Testimoniaza», in: Nueva Enciclopédia Juridica, Tomo IX*. Barcelona: Editorial Francisco Seix.

SEIÇA, A. M. (1999). *Comentário ao artigo 360.º, Comentário Conimbricense do Código Penal Parte Especial, TOMO I, in Figueiredo Dias.* Coimbra Editora.

SEIÇA, A. M. (1999). *Comentário ao artigo 362º, Comentário Conimbricense do Código Penal Parte Especial, TOMO I, in Figueiredo Dias.* Coimbra Editora.

Silva Ferrão, F. (1857). *Theoria do Direito Penal* , Vol V . Imprensa Nacional

SOARES, Gomes (2005). Um olhar sobre a prova em demanda da verdade no processo civil *Revista do Centro de Estudos Judiciários, n.º 3*

SOUSA, Susna Aires (2005). « A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28º do Código Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n.º 15*.

Anexo I

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO
DE 30 DE JANEIRO DE 2008

(Processo n.° 0712790, 1ª Secção, www.dgsi.pt)

No Processo Comum (...) do Juízo Criminal de Vila Nova de Famalicão, foi julgado o arguido B (...), acusado pelo crime de falsidade de testemunho, p. e p. pelo art. 360.°, n.° 1 e n.° 3, do Código Penal, e a final condenado pela prática de um crime de falsidade de testemunho, p. e p. pelo art. 360.°, n.° 1, do Código Penal na pena de 10 (dez) meses de prisão.

Interposto recurso, por acórdão de 22/11/06, a Relação do Porto declarou nula a sentença e determinou a reabertura da audiência afim de ser observado o disposto no art. 358.°-1 do CPP.

Proferida nova sentença em 22/2/07, que o condenou pela prática de um crime de falsidade de testemunho, p. e p. pelo art. 360.°, n.° 1, do Código Penal na pena de 10 (dez) meses de prisão, da mesma interpôs em 9/3/07 recurso o arguido (...).

Cumpre decidir:

É do seguinte teor a sentença recorrida:

Transcrição:

"*Com relevo para a decisão da causa, resultou provada a seguinte matéria de facto:*

No dia 9 de Junho de 2003, pelas 14 horas e 30 minutos, nas instalações do Tribunal Judicial de Vila Nova de Famalicão, em sede de audiência de julgamento no âmbito do processo comum colectivo n.° .../02.7 TAVNF, no qual se encontravam a ser julgados E e F, e aos quais era imputada, entre o mais, a prática em co-autoria de um crime de tráfico de estupefacientes, o arguido, na qualidade de testemunha de acusação, prestou declarações, depois de previamente ter prestado juramento e ter sido advertido pela M.ma. Juiz que presidiu aquela audiência de julgamento das consequências penais em que incorreria se faltasse à verdade.

No decurso da aludida audiência foi perguntado por diversas vezes ao arguido pela M.ma Juiz e pelo Sr. Procurador da República se conhecia algum dos arguidos que ali se encontravam a ser julgados, tendo o arguido referido não conhecer

Na mesma ocasião foi perguntado ao arguido se conhecia o indivíduo que tinha acabado de depor como testemunha naquela audiência — G — designadamente pela alcunha de "G1", tendo o arguido referido que não o conhecia por aquela alcunha, mas pelo nome de "G2".

Na mesma audiência foi ainda perguntado ao arguido se alguma vez aquele tinha falado com o "01" sobre quem era o fornecedor de estupefacientes daquele, tendo o ora arguido referido que não.

Foi ainda perguntado ao arguido naquela audiência se nunca lhe tinham falado de um indivíduo conhecido por "H", tendo o ora arguido, na mesma ocasião, referido que não.

Foi igualmente perguntado ao arguido se aquele não havia reconhecido o aludido "H" em fotografias que lhe foram exibidas na Polícia Judiciária, tendo o mesmo referido que não.

Porém, no dia 26 de Outubro de 2001, nas instalações da Directoria do Porto da Polícia Judiciária, e no decurso da sua inquirição enquanto testemunha efectuada no âmbito do inquérito que deu origem aos supra referidos autos, o arguido declarou, entre o mais, que conhecia o G pela alcunha de "G3", sendo também conhecido pela alcunha de "01".

Na mesma altura declarou que em meados de 2000, aproximadamente Julho ou Agosto, retomou os contactos com o "G3" a quem se abastecia de produto estupefaciente para o seu consumo e que sempre que se deslocava à casa do "G3", o mesmo abastecia-o de droga no quarto de dormir sito no rés-do-chão da sua casa, esclarecendo que a maior parte das vezes que ali se deslocou o mesmo já possuía o produto no interior do referido quarto tendo porém, algumas vezes, vindo ao quintal buscar droga.

O mesmo arguido declarou ainda que durante as várias vezes que se deslocou a casa do "G3" chegou a ver na residência daquele um indivíduo de estatura média, compleição física forte, com barba e aspecto de cigano que se fazia transportar em

viaturas de média grande cilindrada, indivíduo este que o "G3" chegou a dizer-lhe ser o seu fornecedor de produto estupefaciente e que se chamava "H".

Na mesma altura o arguido declarou reconhecer entre as várias fotografias que lhe foram exibidas a fotografia correspondente ao E como sendo o indivíduo cigano de nome "H" que encontrou na casa do "G3" e que o mesmo lhe disse ser o seu fornecedor/abastecedor de produto estupefaciente.

Prestando na Polícia Judiciária e em tribunal depoimentos absolutamente contraditórios, o arguido prestou depoimento que sabia não corresponder à verdade.

O arguido agiu livre, voluntária e conscientemente, com intuito de prejudicar a boa administração da justiça, faltando à verdade por declarar factos que não retratavam o ocorrido, bem sabendo que a sua conduta era proibida e punida por lei.

(...)

Com relevância para a decisão da causa não se provou:

Que o arguido tenha prestado depoimento falso em audiência de julgamento.

(...)

Questões:

1 - Se se violaram os princípios de presunção de inocência do arguido, de asseguramento de todas as garantias de defesa e do direito a um julgamento equitativo, por o arguido ao ter sido condenado pelo crime de falso testemunho não se saber qual dos testemunhos prestados é falso;

2 - Se deve considerar-se como verdadeiro o depoimento prestado em audiência, por aplicação do princípio in dubio pro reo, que constituirá retractação do anteriormente prestado em sentido contrário, por ser a mais favorável ao arguido;

3 - Se é contraditória a sentença ao dizer que o arguido não se retratou,
ao não considerar provado que o depoimento falso tenha sido o prestado na audiência;

*4 - Se ocorre nulidade da sentença por esta não se ter pronunciado sobre a aplicação aos autos do regime que seja mais favorável ao arguido quanto à incerteza sobre a conduta consumatória do crime "*e o principio in dubio pro reo*";*

5 - Se os arts. 360.° e 362.° do CP, são inconstitucionais por ofensa dos arts. [1.0,

2°, 32.°-1 e 2, e 203.° da CRP, ao bastarem-se com a prova de depoimentos antagónicos sem a prova de qual deles é falso, e por ofensa dos arts. 6.°, 1 e 2, CEDH (exame equitativo e presunção de inocência);

6 - Se a pena de multa não realiza de forma adequada e suficiente as finalidades da punição;

7 - Se não parece razoável que a pena de 10 meses de prisão não seja suspensa;

8 - Se o arguido sofre a consequências da falta de prova, por insuficiência de inquérito.

(...)

O arguido foi condenado porque, tendo prestado um depoimento em sede de inquérito, na audiência de julgamento prestou um depoimento antagónico, e não se tendo apurado qual deles é falso foi condenado pelo art. 360.°-1 e não pelo art. 360.°-3 de que vinha acusado.

O crime de falso testemunho é um crime "de mão própria", perigo abstracto e de mera actividade, pois é praticado por quem reveste certa qualidade, "não é necessário que a declaração falsa prejudique efectivamente o esclarecimento da verdade suporte da decisão nem sequer que em concreto o tenha colocado em perigo", e a conduta esgota-se na prestação do depoimento falso não exigindo lei qualquer resultado (e quando o faz é como circunstância agravante in Comentário Conimbricense do C. Penal, III, pág. 462.

Como o bem jurídico protegido é a "administração da Justiça como função do Estado" traduzindo o "interesse público na obtenção de declarações conformes à verdade no âmbito de processos judiciais ou análogos, na medida em que constituem suporte para a decisão", ob. loc. cit., ocorrerá lesão de tal bem jurídico sempre que tal não ocorra.

Ora vistos os factos temos que o arguido no processo em fase de inquérito prestou um depoimento que levou à dedução da acusação contra os arguidos, e na audiência de julgamento prestou um depoimento contrário. Daí resulta e resultou para decisão recorrida, que no mesmo processo embora em fases distintas o arguido prestou um depoimento falso.

Falsidade que o arguido assume, pretendendo que seja o primeiro depoimento o falso e o segundo depoimento retratação daquele.

Ora o Tribunal não apurou que a conduta do arguido se subsuma ao disposto no art. 360.°-3 CP mais grave (depoimento em audiência) por não se ter provado que

tenha sido esse o depoimento falso, mas também não sabe se falso foi o depoimento prestado em inquérito.

Daí poderá decorrer que não se sabendo qual é o depoimento falso o arguido deve ser absolvido?

Cremos que não, e para além do expendido (duas declarações antagónicas no mesmo processo), do bem jurídico protegido, e da natureza do crime, não há dúvida de que o arguido prestou mesmo um depoimento falso (porque antagónicos donde, pelo menos, um deles é falso), e porque o "fundamento do ilícito é... a própria declaração falsa, independentemente da sua efectiva influência na decisão", ob. loc. cit., não interessa saber para preenchimento do tipo de ilícito (base) qual é o depoimento falso.

É que o dever da testemunha, no processo, qualidade em que o ora arguido estava investido, era o de prestar um depoimento verdadeiro e completo — cfr. arts. 348.°, 138.°-3 e 91.° CPP "dizer toda a verdade e só averdade", e o seu dever é nunca faltar à verdade, não mentir nunca (rectius, dizer sempre a verdade). Ora o arguido faltou à verdade, não cumprindo o seu dever, desobedecendo ao comando legal e pondo em causa o bem jurídico protegido, ocorrendo falsidade da declaração proferida no processo judicial em curso, no qual os depoimentos contraditórios incidem sobre a mesma realidade, e que visava a realização da justiça no caso.

Saber qual o acto integrador do falso depoimento — data do facto — como se refere no acórdão proferido neste processo, apenas releva no contexto dos factos "... para determinação do momento da consumação do crime" pág. 960, por não ser requisito necessário ao preenchimento do tipo a certeza sobre a data do facto (mas sem prejuízo de existência de um noção temporal, que no caso ocorre) — e não releva para qualquer outro efeito no caso, dada a ausência de dúvidas sobre a realidade do facto ilícito em apreciação.

A ausência de prova da circunstância qualificadora do ilícito (n.° 3) leva obviamente à não condenação (absolvição) por tal circunstância, mas à condenação pelo tipo de ilícito base cujos elementos típicos estiveram sempre preenchidos pela conduta ilícita.

Ora em face da falta de prova da circunstância qualificativa (que o depoimento falso foi o prestado em audiência após juramento e advertência das sanções penais) deveria o Tribunal considerar provado (como pretende o recorrente) que o depoimento falso foi o prestado em inquérito? Em face do que o 2.° depoimento foi retratação do primeiro?

Claro que não. Nunca a falta de prova de um facto foi considerada a prova de

outro, e não se pode presumir (ou faccionar) a prática de um crime pela ausência de prova de outro (a única presunção admissível em direito penal é a da presunção de inocência do arguido). Apenas dessa falta de prova têm de ser extraídas as inerentes consequências nomeadamente jurídicas, e estas mostram-se extraídas na sentença recorrida, que assim não violou um qualquer dos princípios alegados pelo recorrente, antes os colocou em acção e os aplicou, pois que face ao non liquet em matéria de prova (ausência de prova da circunstância qualificativa: juramento e advertência das sanções penais), os factos que vieram a ser provados foram valorados a favor do arguido (integradores do crime fundamental) exactamente por aplicação do princípio da presunção de inocência do arguido, como suporte do princípio in dubio pro reo.

Donde não há violação, mas aplicação de tais princípios.

E não é apenas porque "a falta de apuramento do momento em que o crime foi cometido... que prejudica, irremediavelmente, a consideração do depoimento prestado, cronologicamente em segundo lugar, como constitutivo de uma retratação" ... cfr. fls. 961, mas também porque o comportamento retractivo descrito no art. 362.° CP, nunca existiu.

É que retratação não é o mesmo que "depoimento contrário" ao anterior, (isso é exactamente: falso depoimento — como refere o M.° P.° na sua Resposta), e é antes o comportamento cuja descrição consta do art. 362.° do CP, que exige para a sua verificação: uma declaração, revogatória, verdadeira, voluntária e tempestiva (ainda possa ser tomada em conta, e não haja prejuízo para terceiro).

"... retractar-se significa desdizer-se, revogar o que em momento anterior se afirmara..." ... "Só existe retractação aquando o agente... substitui

o *conteúdo falso deste por um conteúdo verídico, ou seja, torna-se necessário que o depoente não só desdiga a sua anterior declaração falsa mas a modifique manifestando a verdade", ob cit., pág. 499, e, o faça voluntariamente.*

Ora o arguido na audiência julgamento emitiu um declaração/depoimento contrário ao prestado em inquérito, mas visto e analisado esse depoimento (certidão de fls. 71 a 84) em lado algum do mesmo o arguido assume voluntariamente (ou não) o anterior depoimento (prestado em inquérito) como falso e do qual se pretende retratar, dizendo agora a verdade no depoimento que presta, e em lado algum desse depoimento se verifica a espontaneidade da retractação — do assumir a falsidade do depoimento prestado, ou ainda a sua autonomia traduzida no motivo de tal conduta que não se quer provocado

ou condicionado (ob. cit. pág. 500).

Por outro lado, mesmo que aqueles requisitos se verificassem (o que não ocorre), falta o requisito da tempestividade, pois que o depoimento do arguido prestado em inquérito foi motivador da dedução da acusação contra os arguidos, donde posterior "... à decisão para a qual constitui... elemento de valo- ração", e tendo já sido causado um prejuízo para os mesmos (idem...), caso, como pretende o recorrente fosse aquele o depoimento a considerar como falso, e o prestado em audiência como verdadeiro (retractador) o que não podemos afirmar. (cfr. Ac. R. P. 7/1/04, in www.dgsi.pt/, proc. n.° 0212031: "A retratação de falso testemunho prestado no decurso do inquérito só é relevante se ocorrer antes do despacho final proferido pelo Ministério Público;" e igual sentido o Ac. R.P. de 5/6/02, www.dgsi.pt).

Verifica-se assim que não ocorreu a retractação.

E assim sendo o Tribunal recorrido ao fazer constar da sentença tal circunstância, "o arguido não se retractou" não entra em contradição com o facto de não se ter provado que "o arguido tenha prestado depoimento falso em "audiência" mas antes traduz a realidade não padecendo a sentença do vicio que lhe assaca o recorrente de "contradição intrínseca", e que atrás havia ficado por analisar (art. 410.° CPP).

Tais normativos (arts. 360.° e 361.° do CP) ofendem os princípios da presunção de inocência, in dubio pro reo, garantias de defesa e direito a um processo equitativo, ínsitos nas normas dos arts. 1.0, 2°, 32.°, 1 e 2, e 203.° da CRP e 6.°, 1 e 2, da CEDH?

Não vemos como tal ofensa ocorra, sendo certo que ao contrário do alegado não impedem a retractação e a sua relevância, posto é que ela ocorra, nem face à natureza e características do crime de falso testemunho, este impõe a prova da declaração verdadeira em contraponto à declaração falsa e vice versa, quando a realidade da vida (fundamento do Direito que visa regular as relações sociais) é bem mais complexa: como o caso manifesta em que não há dúvida que no processo, onde foram prestados dois depoimentos, um depoimento está em oposição ao outro, donde se algum deles for verdadeiro o outro será falso, sendo certo que a norma jurídica abarca na sua amplitude a tese de ambos os depoimentos poderem ser na realidade falsos.

No caso a falsidade do depoimento resulta da contradição entre dois depoimentos antagónicos da mesma pessoa, mas haverá falso depoimento igualmente se e quando alguém faz uma declaração (falsa) em oposição à realidade demonstrada por outro meio de prova.

O caso presente é apenas um caso particular em que a prova do depoimento falso emerge do próprio depoente.

Não ofendem assim tais normas penais. as normas constitucionais ou os princípios alegados.

Pelo exposto, o Tribunal da Relação do Porto decide:

- Negar provimento ao recurso e em consequência:

- Confirma integralmente a sentença recorrida;

- Condena o arguido no pagamento da taxa de justiça de 15 UCs e nas demais custas;

Porto, 30/01/2008 — *José Alberto Voz Carreto Joaquim Arménio Correia Gomes — Manuel Jorge França Moreira — José Manuel Baião Papão* (vencido conforme declaração que junto).

Declaração de Voto

(Rec. n.° 2790-07 1.a sec.)

Segundo Medina Seiça in Comentário Conimbricense, vol. III, pp. 473 477, ao discorrer sobre o tipo objectivo do crime de falsidade de testemunho, é na falsidade da declaração que reside o elemento típico central deste ilícito :mal, sendo que "a falsidade da declaração afere-se pela sua conformidade com o acontecimento real a que ela se reporta".

Ora, desde logo, a sentença sob recurso não estabeleceu qual foi esse acontecimento real", e por isso o M.m° Juiz "a quo" se quedou num patamar de dúvida que, para chegar à imputação do crime ao recorrente, resolveu ou supriu pela simples constatação da radical contradição entre os dois depoimentos.

Porém, em meu entendimento, a mera existência de dois depoimentos: contraditórios da mesma testemunha não realiza a totalidade do tipo criminal, tipo este que, aliás, se referencia a um singular e concreto (identificado)depoimento.

Creio ser o princípio da legalidade que está aqui em causa e sai ferido m a condenação, da qual, por isso, divirjo.

José Manuel Baião Papão

Anexo II

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO GUIMARÃES
DE 29 DE JULHO DE 2009

(Processo n.° 840/08.2TABRG.G1, www.dgsi.pt)

Após conferência, acordam no Tribunal da Relação de Guimarães:

Tribunal Recorrido: Tribunal Judicial de Braga — 2.° Juízo Criminal

Arguido / Recorrente: A

Recorrido: O Ministério Público

Objecto

O Ministério Público acusou o arguido, imputando-lhe a prática de um crime de falsidade de testemunho, previsto e punível pelo artigo 360°, n.º 1 e 3, do C. Penal.

Veio a ser condenado, como autor material de um crime de falsidade de testemunho p, e p. pelo art. 360°, n.° 1, do Código Penal, na pena de 90 (noventa) dias de multa a € 5,00 (cinco euros) por dia.

É desta decisão que vem interposto recurso, pois o recorrente defende que a sentença ao condenar por factos diversos dos descritos na acusação é nula, por violação dos artigos 379.°, n.° 1, b), e 359.° ambos do CPP, pelo que deve decretar-se a nulidade da sentença por condenar o arguido por factos que alteram substancialmente os descritos na acusação.

Matéria de Facto

A decisão recorrida assentou na seguinte matéria de facto:

1. No dia 6 de Julho de 2006, o ora arguido depôs como testemunha perante o agente principal da PSP C, da Secção BIC-D, da PSP de Braga, incumbido da prática de actos de investigação do inquérito que originou o processo comum colectivo n.° 97/05.7PEBRG, da Vara Mista de Braga, em que era arguida, entre outros, N.

2. Em tal depoimento, o aqui arguido declarou, então, que:

> *"... é consumidor de heroína e cocaína há cerca de 15 anos". "No dia 27-12-05, pediu ao seu irmão para o trazer ao Bairro Social das Enguardas, nesta cidade de Braga, a fim de comprar heroína. Deslocou-se ao primeiro prédio quem sobe, do lado direito*
> *entrando na primeira porta e subiu até ao segundo andar lado esquerdo, bateu à porta e foi atendido por uma cigana, aparentando*
> *ter 20/25 anos, com o cabelo loiro, a quem pediu dois pacotes de heroína..." esta "veio-lhe entregar a droga, pagando-lhe 10 euros".*

3. A pessoa referenciada em tal depoimento era a arguida N, tanto mais que a reconheceu pelo respectivo "cliché fotográfico constante de fls. 283" que então lhe foi exibido.

7. Todavia, na audiência de julgamento do referido processo comum colectivo realizada no dia 9 de Abril de 2008, neste tribunal da comarca de Braga, após ter prestado juramento e ser advertido das consequências penais da eventual prestação de falso depoimento, o aqui arguido, que ali mantinha a qualidade de testemunha, afirmou, em suma, que não tinha comprado heroína no dia em causa (27-12-05) no Bairro Social das Enguardas e que não conhecia sequer a arguida N.

8. -O depoimento prestado em sede de inquérito e o prestado em audiência são contrários entre si, sendo um deles desconforme com a realidade.

9. O arguido sabia que um desses depoimentos não era conforme à

realidade e, não obstante, quis mesmo assim prestá-lo nesses termos, no âmbito de um processo crime, ciente que o fazia na qualidade de testemunha e perante a entidade competente.

7. Agindo livre voluntária e conscientemente.

(...)

Factos Não Provados

Não se apuraram os demais factos constantes da acusação que não tenham sido supra referidos ou que com eles estejam em contradição, designadamente:

A) Que fosse o depoimento prestado em audiência de julgamento aquele que não era conforme a realidade.

B) Que o arguido tenha pretendido obstar a que contra a arguida N se produzisse prova do tráfico de estupefacientes que lhe era imputado.

(...)

Fundamentação

O recorrente centra o seu recurso, como se disse, na defesa sobre a alteração a que o Tribunal procedeu ser substancial e, por isso, ter-se verificado uma nulidade.

Porém, mais que isso — e, aliás, prejudicando-o —. tem que se dizer que o arguido não cometeu nenhum crime, e que até nem deveria ter sido sequer acusado.

Com efeito, não resulta dos autos qual foi, de facto, o acontecimento verdadeiro, mas tão somente que o arguido, então como testemunha, produziu dois depoimentos distintos, o que só constitui crime se houver alegação e prova de que ele conhecia a verdade dos factos e que, intencionalmente, a perverteu (fosse quantas vezes fosse!).

Sobre o que se deve entender como falso testemunho, há duas teorias: a objectiva e a subjectiva.

Para a primeira, há falso testemunho quando o que foi dito não corresponde ao efectivamente sucedido; para a segunda, é falso o que não está em correspondência com o que a testemunha percebeu.

Num caso, faz-se referência ao que realmente aconteceu; no outro, ao que a testemunha viu, ou melhor, à sua percepção dos factos.

A contradição entre o dito pela testemunha e a realidade objectiva, da qual tinha ciência e consciência; ou a contradição entre o dito pela testemunha e aquilo que ela viu, ouviu ou entendeu, é que configura o crime.

Sobre o tema, no Comentário Conimbricense, pág. 477, diz Medina de Seiça que caso a narração do declarante se afaste do acontecido, isto é, daquilo que o tribunal, em face da produção da prova, tenha dado por acontecido, ela é falsa.

Este passo, lido assim mesmo, é susceptível de gerar confusão, tendo que ser lido como subentendendo-se que, depois de um Tribunal ter dado como provados determinados factos sobre os quais uma testemunha depôs de modo diferente, se vem a apurar que a testemunha conhecia a realidade que o Tribunal deu como provada e que, provando-se que essa realidade era a verdadeira, de livre vontade e intencionalmente, a ocultou.

Ora, no caso, o Ministério Público não afirmou nem provou quais eram os factos reais e, por isso, qual foi o depoimento falso: apenas diz que em momentos diferentes, o ora arguido disse coisas diferentes, sem que se faça qualquer confronto com urna versão verdadeira dele conhecida.

Na fundamentação, a M.ma Juíza refere que cotejadas as posições assumidas pelo arguido em dois momentos processuais distintos daquele processo, verifica-se uma contradição entre o declarado num dado momento processual e em momento posterior, bem como uma desconformidade entre a palavra e a verdade histórica, o que, salvo melhor opinião, é o suficiente para afirmar o preenchimento do tipo objectivo de ilícito.

Ora, não é assim: apenas se prova que o arguido prestou dois depoimentos contraditórios, mas não se provou desconformidade entre a palavra e a verdade histórica, pois não se diz qual ela foi.

A verdade que se busca para determinação do elemento típico do crime de falso testemunho não é a verdade formal, mas sim a que corresponde a um dado acontecimento histórico conhecido de quem depõe e que é intencionalmente negado, ou do conhecimento de um facto inexistente que intencionalmente se afirma como verdadeiro.

Levar a incriminação, sem mais, às situações em que as testemunhas dizem coisas diferentes em momentos distintos (e sabe-se, às vezes, em que circunstâncias!!!), era fazer com que, por absurdo, houvesse crimes de testemunho falso às centenas, todos os dias, por esses Tribunais fora.

O art. 360°, n.° 1, do Cód. Penal prescreve que, quem, como testemunha (...)

perante tribunal ou funcionário competente para receber como meio de prova, depoimento, relatório, informação ou tradução, prestar depoimento (...) falsos, é punido...".

Falso é, aqui, o contrário de verdadeiro, ou seja, para se dizer que um depoimento é falso é preciso confrontá-lo com os factos verdadeiros, não bastando que uma testemunha preste depoimentos contraditórios (um ou mais!!!) entre si: sem aquele confronto, há apenas depoimentos divergentes mas não necessariamente contrários à verdade.

Um exemplo poderá, crê-se, esclarecer melhor as coisas.

Imaginemos que a testemunha António, além de outros toxicodependentes, comprou droga a Bento, que por isso foi constituído como arguido e que, como tal, respondeu e foi condenado.

No inquérito desse processo, à GNR, o António disse que comprou a droga a Carlos; à Polícia Judiciária veio a dizer que comprou a droga a Eduardo; depois, já perante o Ministério Público, disse que, afinal, comprara a droga a Francisco; e, finalmente, em julgamento, acabou por testemunhar que a droga foi comprada a Gustavo.

No julgamento, veio a dar-se como provado que o Bento se dedicava ao tráfico de droga, vendendo-a a outros compradores que não ao António.

Como é óbvio, o António mentiu das quatro vezes em que prestou depoimento, isto é, fez, por quatro vezes, depoimentos contraditórios entre si, sendo certo que, por dever ou por juramento, deveria ter dito a verdade, mas não a disse. E daí?

Nenhum daqueles depoimentos foi verdadeiro, pois esse era o de que a droga foi comprada a Bento.

Mas, só por isso, isto é, por ter mentido quatro vezes e por ter ocultado o facto verdadeiro, não pode ser punido: a punição só pode ocorrer se a acusação disser que ele, António, declarou, em momentos diferentes, que comprou droga a Carlos, a Eduardo, a Francisco e a Gustavo, mas, afinal, provou-se que ele a comprou a Bento e que, bem sabendo disso, prestou aqueles depoimentos contraditórios e falsos.

Só assim é que se prova que ele traiu o valor do depoimento, isto é, apesar de ele se esconder em declarações não correspondentes com a verdade, o Ministério Público mostrou-lhe, provando o facto verdadeiro, que os depoimentos que ele fez foram falsos. Não foram apenas contraditórios e mentirosos: foram contrários à verdade que lhe foi demonstrada.

Enquanto não se lhe demonstrar a verdade e que ele a conhecia, ... não se pode dizer, com rigor, que fez um (ou mais) depoimentos contrários à verdade.

Em resumo: em qualquer situação (adira-se à teoria objectiva ou à subjectiva da falsidade, tanto importa), é sempre imperioso que se demonstre o contrário daquilo que foi declarado (de uma ou de todas as versões) e, mais que isso, que se alegue e demonstre que a testemunha, agindo intencionalmente, conhecia o contrário daquilo que declarou.

No caso, nada disto resulta sequer indiciado, pelo que o arguido deve ser absolvido.

Acórdão

Pelo exposto, e ainda que por razões diferentes das invocadas, acorda-se em se julgar procedente o recurso, absolvendo-se o arguido da acusação.

Anselmo Lopes

Anexo III

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra

A circunstância de não se ter indiciariamente apurado em que momento o agente, como *testemunha*, faltou à verdade - se *no inquérito*, se *na audiência* de julgamento - não pode afastar a conclusão de que a prestação de depoimentos divergentes, em dois momentos distintos, integra, ainda assim, todos os elementos do tipo de crime em causa (*falsidade de testemunho*).

I.Relatório

No processo nº 910/09.0TACTB do 3º Juízo do Tribunal Judicial de Castelo Branco, findo o inquérito o Ministério Público deduziu acusação contra a arguida A... imputando-lhe a prática de um crime de falsidade de testemunho p. e p. pelo artigo 360° nº 1 e 3 do Código Penal.

Por discordar do despacho de acusação, a arguida requereu a abertura de instrução. Finda a instrução foi proferida decisão instrutória que, considerando não existirem indícios suficientes da prática do imputado crime, não pronunciou a arguida, ordenando o arquivamento dos autos.

Inconformado com o teor da decisão instrutória, dela **recorreu o Ministério Público**, extraindo da respectiva motivação do recurso as seguintes conclusões:

1 - O que está em causa na acusação deduzida no processo é a arguida ter faltado à verdade no seu testemunho produzido em sede de audiência de discussão e julgamento, sendo que a versão dos factos ai verbalizada pela então testemunha A…, agora arguida, não corresponde, no entender do Ministério Público, à realidade.

2 - Ter-se-á de aferir da existência de indícios suficientes de que a versão apresentada pela arguida diverge da realidade objectiva.

3 - A Meritíssima Juiz "a quo" parecer exigir em sede de instrução o que deve ficar reservado para julgamento, ao exigir que fique provado qual a realidade objectiva,

quando, tanto quanto se exige é que se verifiquem a existência de indícios suficientes de que a versão relatada pela arguida em sede de julgamento não corresponde à realidade.

4 - Em sede de instrução, tal como também já ocorria em sede de inquérito, ter-se-á de aferir da existência de indícios suficientes de que a versão apresentada pelo agente diverge da realidade objectiva.

5 - Enquanto a condenação, em sede de julgamento, apenas se basta com um juízo de certeza, para efeitos de acusação ou de pronúncia basta um juízo de razoabilidade de ter sido cometido um facto tipicamente ilícito e de determinado agente ter sido o seu autor.

6 - Como refere Germano Marques da Silva (in «Curso de Processo Penal», vol. III, pág. 182-183), « ... nas fases preliminares do processo não se visa alcançar a demonstração da realidade dos factos, antes e só, indícios, sinais de que o crime foi eventualmente cometido por determinado arguido». As provas recolhidas nas fases preliminares do processo não constituem pressuposto da decisão jurisdicional do mérito, mas sim mera decisão processual quanto à prossecução do processo até à fase de julgamento.

7 - De tudo o exposto resulta que para a pronúncia, tal como para a acusação, a lei não exige a prova no sentido de certeza moral da existência do crime, bastando-se com a existência de indícios, de sinais da ocorrência do crime, dos quais se pode formar a convicção de que existe uma possibilidade razoável de que a partir de tais indícios existe uma probabilidade razoável do arguido vir a ser condenado.

8 - Pretende-se, ainda, exigir no douto despacho recorrido que a verdade objectiva tivesse sido fixada judicialmente em momento anterior, no caso concreto no acórdão proferido no Processo Comum Colectivo n.º 195/07.2GTCTB, do 2° Juízo deste Tribunal.

9 - Estamos em total desacordo com o descrito, pois, no processo em que o depoimento foi prestado pela arguida, o referido Processo Comum Colectivo n.º 195/07.2GTCTB, estava em causa o apuramento da responsabilidade criminal dos aí arguidos pela prática de crimes de homicídio negligente e de ofensa à integridade física negligente, sendo um dos arguidos B..., o condutor do pesado de passageiros onde seguia a ora arguida e a quem ela se refere na parte do depoimento aí prestado e parcialmente transcrito na acusação.

10 - O tribunal limitou-se à apreciação dos factos relativos ao momento em que ocorreu o acidente, não fazendo, nem tinha de fazer, uma apreciação da condução daquele arguido durante toda a excursão realizada.

11 - Contudo do acórdão proferido em primeira instância resulta, relativamente aos escassos momentos que antecederam e ainda naqueles em que ocorreram o acidente rodoviário, a demonstração de se ter apurado uma realidade diversa da constante da versão da arguida.

12 - Na verdade, das alíneas b) e e) da matéria dada como não provada retira-se que não se logrou a prova de que o então arguido B... tenha invadido a via de trânsito da esquerda da A23 ou que o acidente ficou a dever-se ao facto deste ter conduzido o seu veículo com falta de atenção, cuidado e perícia, que era ao que a aqui arguida se referia no seu depoimento produzido em sede de audiência.

13 - A verdade objectiva caberá ao juiz de julgamento determinar provada ou não provada, sendo certo que, no entender da acusação, tal verdade corresponde ao primeiro depoimento prestado pela arguida ainda em sede de inquérito, o qual se encontra parcialmente transcrito na acusação.

14 - Os indícios suficientes da prática do crime de falsidade de testemunho resultam claramente dos autos e devem levar ao despacho de pronúncia, sendo que a fixação da verdade objectiva (como sendo aqueia que como tal é entendida pelo Ministério Público na acusação ou não) é tarefa que cabe ao juiz de julgamento nessa mesma fase, consoante a prova que vier a ser produzida, aquela que consta da acusação, a que vier a ser arrolada pela defesa e até a que entretanto, em sede de julgamento, for entendida produzir pelo juiz, oficiosamente ou a requerimento.

15 - Os depoimentos prestados pela arguida em sede de inquérito e em audiência de julgamento, foram proferidos tendo a arguida consciência do acto que praticava e proferidos de forma livre, esclarecia e espontânea, com consciência do que afirmava em cada um dos momentos.

16 - Na verdade não foi questionada ou levantada qualquer reserva mental, ou

incapacidade tendo, por isso, a ora arguida, quer no depoimento proferido em sede de inquérito quer no proferido em sede de audiência de julgamento, os proferidos de forma esclarecida e com consciência do que afirmava, tanto mais, que assinou o depoimento prestado em inquérito e prestou presencialmente o depoimento em julgamento.

17 - Ora, cada um dos depoimentos que foram prestados o foram com consciência de produzir um resultado assumindo o risco, ou pelo menos assumindo-se o risco de produzir determinado resultado, anuindo com a sua realização.

18 - Daí que não se compreenda de que forma se possa excluir o dolo, com a simples conclusão de que a arguida, agora, não tem consciência do que disse em inquérito e parece que agora está a falar verdade.

19 - Deve, assim, a decisão instrutória que não pronunciou a arguida ser revogada e substituída por outra onde se pronuncie a arguida nos exactos termos que já constavam da acusação.

V. Exas, Senhores Juízes Desembargadores, no entanto, decidirão e farão como sempre JUSTIÇA

Notificada, a arguida respondeu ao recurso, concluindo o seguinte:

1. Não se encontram preenchidos os elementos objectivo e subjectivo do crime de falsidade de testemunho.

2. Porquanto não se encontra suficientemente indiciada a existência de uma contradição entre o declarado em julgamento e a realidade, e que a Arguida tenha proferido esse testemunho sabendo que o conteúdo das suas declarações era objectivamente falso.

3. A douta Acusação limita-se a reproduzir dois depoimentos antagónicos (o do inquérito e o da audiência de discussão e julgamento), concluindo que a Recorrida faltou à verdade no seu depoimento prestado em julgamento, sem dizer qual é a realidade que a Recorrida omitiu, subverteu ou transformou, pelo que estamos perante uma acusação absolutamente

inviável, pois não é apta a preencher um dos elementos objectivos do crime- um depoimento falso.

4. Ora, não se pode, desta forma, censurar à ora Recorrida uma versão dos factos que o próprio Tribunal, expressamente, na pronúncia, e implicitamente, no Acórdão, entende como possível.

5. Não assiste razão ao Ministério Público quando procura fundar o indício da falsidade das declarações da ora Recorrida no cotejo destas com a matéria de facto não provada no Proc. n.º 195/07.2 GTCTB, do 2.º Juízo do Tribunal Judicial, pois que tal matéria não é uma realidade objectiva, nem sequer um indício da mesma, é apenas e só matéria de facto não provada.

6. Acresce que, mesmo que o elemento objectivo do tipo legal sub judice estivesse preenchido, o dolo encontra-se excluído, pelo que não estando preenchido o elemento subjectivo, não se verifica a tipicidade da conduta.

7. Face ao exposto. deve ser mantida, in totum, a douta Decisão recorrida. Assim decidindo, farão V. Ex.aS, Venerandos Desembargadores, a costumada JUSTIÇA!

Admitido o recurso e remetidos os autos a esta Relação, o Exmº Procurador-Geral Adjunto emitiu o seguinte parecer:

Quanto ao objecto do recurso, na medida em que, tendo-se realizado diligências de produção de prova, entendemos que a matéria probatória globalmente recolhida quer na inquérito, quer na instrução, contém indícios suficientes no sentido da pronúncia da arguida pelo referido crime.

Desde logo, é importante a análise que deve ser feita sobre o conteúdo dos dois depoimentos prestados pela testemunha à data do anterior processo e ora arguida. Estamos a referir-nos aos depoimentos prestados no inquérito e na audiência de julgamento, exactamente sobre a mesma questão de pormenor: o comportamento e atitudes do motorista do autocarro durante a viagem, com os reflexos que teria tido, na realidade, sobre a condução e sobre a tranquilidade (ou não) da mesma viagem, que de alguma forma pudesse inculcar a ideia de tal comportamento poder ter tido alguma influência do desencadear do acidente.

Na verdade, trata-se de uma questão de pormenor que tinha relevância para a apreciação global a fazer, como as demais provas produzidas e a produzir, para formar um juízo acerca da culpabilidade na ocorrência do acidente de gravíssimas consequências, atento o número de vítimas.

Parece-nos patente que existem essas divergências, sem que a testemunha tivesse hesitado em ambos os depoimentos. Isto é, não se refugiou em nenhuma das situações em afirmações como as que, por vezes, surgem no sentido de que já não se lembraria muito bem dos factos em apreço. Foi, pelo contrário, categórica nessas afirmações que são, como se observa dos depoimentos em causa, contraditórias.

Aliás, o próprio despacho recorrido, a fls. 428 e 429 dos autos, regista que "no caso dos autos é um facto incontroverso restou dois depoimentos um na fase do inquérito perante o Opc encarregue da investigação e que esses depoimentos foram divergentes e mesmo antagónicos entre si.

Acrescenta, porém, o mesmo despacho que é necessário procurar fazer uma correspondência com a matéria que, em concreto, foi dada como provada no acórdão proferido, com o sentido de aferir da veracidade do(s) depoimento(s) prestado pela arguida. E só em função disso é que se saberia se a arguida falou ou não verdade.

Para concluir que, por não constar na matéria provada matéria relativa à concreta condução do motorista, não se verificam indícios suficientes da prática de tal crime. Se tal é verdadeiro, é também certo que este assunto consta da matéria não provada - v. alínea E) - a fls. 350 destes autos. Para dizer, que se tratava de matéria em apreço no referido julgamento, tendo importância no seu contexto geral e também específico. Ora, com o devido respeito, parece-nos não ter fundamento o douto despacho recorrido na apreciação feita nos apontados termos. O que importa, na perspectiva do Ministério Público, com a finalidade de apurar a indiciação do crime é se a testemunha sobre os mesmos factos, estando obrigada a falar com verdade, mentiu em alguma das situações, independentemente de se apurar qual foi a matéria de facto provada ou não provada, aliás, na conjugação com as demais provas.

Na verdade, o bem jurídico que o tipo legal pretende proteger é o da realização da justiça. Como refere A. Medina Seiça, no Comentário Conimbricense do Código Penal, pág. 460: "O bem protegido pelo crime de falso testemunho ... é essencialmente a realização ou administração da justiça como função do Estado. Quer dizer: o interesse público na obtenção de declarações conformes à verdade no âmbito de processos judiciais ou análogos, na medida em que constituem suporte para a decisão ... ", seja ela qual for,

diremos nós. Afigura-se-nos, desse modo, ter razão o Ministério Público junto da lª instância, na argumentação exposta, defendendo a existência de indícios suficientes para a pronúncia da arguida.

Com efeito, para efeitos da incriminação do art.º 360.º n.º 1 do C.P., indiciado que nos parece estar que a arguida, depois de devidamente advertida, ao serem-lhe tomadas declarações em inquérito penal e em audiência de julgamento, conscientemente, prestou dois depoimentos sobre os mesmos factos de que tinha conhecimento, contrários e inconciliáveis entre si, também entendemos que se indicia o indicado crime pelo qual foi acusada.

Sendo pois certo que, resulta dos autos que a mesma testemunha prestou ambos os depoimentos de forma livre e consciente, da realidade que estava cm causa indicia-se também, de acordo com as regras da experiência que intencionalmente faltou à verdade numa das referidas situações e que dessa forma pretendeu, então na qualidade de testemunha, defraudar a realização da justiça.

Poderia então colocar-se a questão de saber se a arguida faltou à verdade no primeiro ou no segundo momento, sempre independentemente da matéria que veio a ser dada como provada e como não provada.

Sobre esta questão em concreto já foram os Tribunais Superiores chamados a pronunciar-se, tendo o Tribunal da Relação do Porto decidido que:

"Preenche o tipo de crime de falsidade de testemunho a testemunha que, sobre a mesma realidade, presta dois depoimentos antagónicos, ainda que se não apure qual dos dois é falso." (Ac. de 30-1-2008, proc. n.º 0712790, in www.dg.i.pt).

Sumário este que no texto do mesmo douto acórdão surge melhor explicitado da seguinte forma:

"No caso a falsidade do depoimento resulta da contradição entre dois depoimentos antagónicos da mesma pessoa, mas haverá falso depoimento igualmente se e quando alguém faz uma declaração (falsa) em oposição à realidade demonstrada por outro meio de prova.

O caso presente é apenas um caso particular em que a prova do depoimento falso emerge do próprio depoente.

Não ofendem assim tais normas penais, as normas constitucionais ou os princípios alegados."

O que se pretende assentar é que o crime de falsidade de testemunho tanto pode estar em oposição à verdade que é demonstrada por outros meios de prova como ainda quando o agente, estando obrigado a falar com verdade, em dois momentos distintos presta dois depoimentos antagónicos sobre o mesmo facto.

Na verdade, neste caso a comprovação de que há depoimento falso emerge da própria depoente - em ambos os depoimentos - que, desta forma, está a violar o bem jurídico que o tipo legal pretende proteger: A realização da justiça.

Também neste mesmo sentido, este Tribunal da Relação de Coimbra, em Decisão Sumária de 18-5-2011, no proc. n.º 198/09 .8PAAVR.C1, in www.dgsi.pt decidiu ser:

"irrelevante para a verificação do tipo a circunstância de se não ter apurado em qual das ocasiões o ora recorrente faltou à verdade, se quando prestou declarações em inquérito, se quando prestou depoimento em audiência. O requisito material ou objectivo que condiciona a verificação do tipo legal previsto no art. 360º, nº 1, do Código Penal, na vertente do depoimento testemunhal, é a prestação de depoimento falso, elemento que está indesmentivelmente comprovado, já que tendo o recorrente prestado declarações dispares naquelas duas ocasiões, não restam dúvidas de que num dos depoimentos faltou à verdade. E nem se diga, como o faz o recorrente, que nestas circunstâncias deveria ter sido absolvido em homenagem ao princípio in dubio pro reo. Este é um daqueles casos "em que o juiz não logro esclarecer, em todas os suas particularidades juridicamente relevantes, um dado substrato de facto, mas em toda o caso o esclarece suficientemente para adquirir o convicção de que o arguido cometeu uma infracção, seja ela em definitivo qual for (…) Nestes casos ensinasse ser admissivel, dentro de certos limites, uma condenação com base em uma comprovação alternativa dos factos. Esta determinação alternativa dos factos constitui uma excepção ao funcionamento do principio in dubio pro reo, sofrendo apenas os limites decorrentes do principio da legalidade e os decorrentes da eventual verificação da prescrição relativamente a uma das incriminações (não necessariamente a mais antiga), já que no caso de factos temporalmente distanciados, a determinação alternativa nos termos preconizados não poderá funcionar em desfavor do arguido."

Correspondendo a citação feita na douta Decisão Sumária, anotada sob o nº 2 a uma passagem da obra de Figueiredo Dias, "Direito Processual Penal", pág. 218.

Deste modo, somos de parecer que, de acordo com a posição assumida também pelo Ministério Público na 1.ª instância, deve o recurso ser julgado procedente.

De outro modo, o despacho recorrido ao não pronunciar a arguida violou na sua aplicação

o disposto nos artigos 283º, n.º 2, 3 e 4, 308º, n.º 1, 2 e 3 do CPP e no art.º 360º, n.º 1 e 3 do CP.

Com efeito, devendo presidir ao despacho referido no art.º 308.º n.ºs 1 e 2 do C.P.P, um juízo valorativo do Juiz de Instrução que, incidindo sobre a prova recolhida, avalie da existência de indícios suficientes de se terem verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança, e, nos termos do art.º 283.º n.º 2 do C.P.P., deve considerar-se que existem indícios suficientes, sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou medida de segurança.

Assim sendo, vista a matéria de facto recolhida e analisada, julgamos que não poderemos deixar de considerar que a mesma é suficientemente relevante para preencher os requisitos e conceitualização do que deve entender-se por indícios suficientes, ainda mesmo que se defenda que:

" ... para a pronúncia, não é preciso uma certeza da existência da infracção, mas os factos indiciários devem ser suficientes e bastantes, por forma que, logicamente relacionados e conjugados, formem um todo persuasivo da culpabilidade do arguido, impondo um juízo de probabilidade do que lhe é imputado" (Ac. R.C. de 26.06.63, JR 3, 777 e Sumo Jur. X, 275).

Assim, da análise global das provas e do acerto das conclusões a que chegou o Ministério Público, parece-nos que o despacho recorrido deverá ser revogado e substituído por outro que pronuncie a arguida, dando se provimento ao recurso.

Cumprido o disposto no artigo 417º, nº 2 do Código de Processo Penal, não foi exercido o direito de resposta.

Efectuado o exame preliminar e corridos os vistos legais foi realizada conferência, cumprindo apreciar e decidir.

***

II. Fundamentos da Decisão Recorrida

A decisão objecto do presente recurso é do seguinte teor:

Findo o inquérito o Ministério Público deduziu acusação contra a arguida A..., imputando-lhe a prática de um crime de falsidade de testemunho, p. e p. pelo artigo 360.° n.º 1 e 3 do Código Penal.

Por discordar do teor do douto despacho de acusação a arguida requereu a abertura de instrução.

Para tanto alega que inexistem indícios suficientes da prática do referido crime; a arguida não faltou à verdade na referida sessão de julgamento, a própria verdade ficou por apurar no referido processo; o referido processo n.º 195/07.2GTCTB - entretanto transitado em julgado - teve por objecto um gravíssimo acidente ocorrido na auto-estrada A-23, no dia 5/11/2007, do qual resultaram l7 vítimas mortais e 24 feridos; a arguida era transportada num dos dois veículos envolvidos no sinistro, designadamente, no autocarro; foi projectada no interior do mesmo, embatendo em diversos elementos da respectiva estrutura, acabando prostrada no solo, ladeada por cadáveres e feridos graves; a Arguida sofreu diversos hematomas e escoriações ao nível da cabeça, tronco e membros. Foi assistida no Hospital Amato Lusitano, de onde sairia no dia 6/11/2007. Após a alta, voltou ao HAL no dia 10/11/2007, por não suportar as dores. Durante os meses que se seguiram ao acidente, a Arguida não se conseguia baixar, tendo dificuldades em dobrar os membros inferiores. O depoimento com o qual a douta acusação compara as declarações proferidas em julgamento foi prestado em 22/01/2008, isto é, cerca de dois meses e meio após o sinistro, tendo sido prestado na casa da Arguida, uma vez que esta tinha dificuldades em se deslocar. Foi o depoimento prestado em julgamento aquele que efectivamente coincidiu com a percepção que a Arguida teve do acidente. Vários foram os motivos que justificaram um menor rigor do depoimento prestado em sede de inquérito. Nessa altura, a arguida encontrava-se em pleno período de recobro do sinistro, quer a nível físico, quer a nível emocional, pelo que não dispunha da clarividência, nem do distanciamento emocional necessários para racionalizar e descrever convenientemente o sinistro. Em segundo lugar, o depoimento em sede de inquérito foi condicionado pela forma como foi conduzido. De forma, manifesta e claramente involuntária, os próprios elementos da GNR, imbuídos da sua própria percepção do acidente, conduziram vários dos depoentes, entre os quais a Arguida, a proferir depoimentos vagos. Pelo que, em suma, repise-se, o depoimento prestado em sede de inquérito não foi rigoroso, sendo que foi o prestado em julgamento o que efectivamente descreve a percepção que a Arguida teve da realidade, traumática, que vivenciou. Acresce que não se provou que o referido pela Arguida fosse falso. Do douto Acórdão apenas resultou provado que "por razões concretamente não apuradas", o veículo ligeiro se despistou e foi embater no veículo pesado. Não se tendo dado como provado que o condutor do autocarro fosse atento à faixa de rodagem, quais as concretas circunstâncias que conduziram ao despiste, apenas se tendo considerado, à

luz do princípio da presunção de inocência, que não se logrou apurar se foi a desatenção a que se refere a ora Arguida o motivo causador do acidente, não se pode censurar à Arguida a explanação de uma versão dos factos que o próprio Tribunal, expressamente, na pronúncia, e implicitamente, no Acórdão, entende como possível.

Defende ainda a arguida que o tipo objectivo do crime em análise pressupõe um depoimento falso, pelo que não se conseguindo provar a falsidade do deposto pela Arguida - sequer indiciar, uma vez que não se encontra apurada a realidade objectiva -, não se encontra preenchido o elemento objectivo do tipo de ilícito, Acrescenta que é por demais duvidoso que a Arguida, representando a possibilidade de prestar um testemunho falso, tenha actuado com intenção de, ainda assim, o prestar ou, sequer, que se tenha conformado com essa possibilidade. Motivo pelo qual se acha excluído o dolo, logo, a tipicidade da conduta.

A arguida requereu que fossem ouvidas duas testemunhas, vindo a prescindir de uma delas por a mesma não ter comparecido em Tribunal. Requereu ainda o interrogatório da arguida.

Foi realizada a instrução, no decorrer da qual foi ouvida a testemunha Deolinda Marques Esteves Geirinhas e procedeu-se a interrogatório da arguida.

Houve lugar a debate instrutório tendo sido observado o legal formalismo.

*

O Tribunal é competente.

Inexistem nulidades, questões prévias ou incidentais que obstem à apreciação do mérito da causa, de que possa desde já conhecer.

*

De harmonia com o preceituado no art. 286.º do Código de Processo Penal (CPP), *"a instrução visa a comprovação judicial da decisão de deduzir a acusação ou de arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento"*.

Dispõe o art. 308.º, n.º 1, do CPP, que *"Se, até ao encerramento da instrução, tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se terem verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou medida de segurança, o juiz, por despacho, pronuncia o arguido pelos factos respectivos; caso contrário, profere despacho de não pronúncia."*

De acordo com o n.º 2 do referido preceito legal, é correspondentemente aplicável o disposto no art. 283.º, n.º 2, CPP, ou seja, *"consideram-se suficientes os indícios sempre*

que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança."

Como salienta Germano Marques da Silva, *"para a pronúncia, como para a acusação, a lei não exige, pois, a prova, no sentido da certeza moral da existência do crime, basta-se com a existência de indícios, de sinais da ocorrência de indícios, de sinais de ocorrência de um crime, donde se pode formar a convicção de que existe uma possibilidade de que foi cometido o crime pelo arguido"* (*in Curso de Processo Penal*, III, 1994, p. 183). Note-se, porém, que não é de uma mera possibilidade ou probabilidade remota de que aqui se trata, pois *"os indícios só serão suficientes e a prova bastante, quando, já em face deles, seja de considerar altamente provável as futura condenação do acusado, ou quando seja mais provável do que a absolvição."* (Figueiredo Dias, *in Direito Processual Penal*, I, 133).

Por último, a simples sujeição de alguém a julgamento não é um acto neutro quer do ponto de vista das suas consequências morais, quer jurídicas, e implica, por si só, incómodos, se não mesmo vexame, pelo que no juízo de quem pronuncia deverá estar sempre presente a necessidade de protecção da pessoa contra intromissões abusivas na sua esfera de direitos, mormente os salvaguardados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e que entre nós se revestem de dignidade constitucional, como é o caso da liberdade (art. 3.º daquela declaração e art. 27.º CRP).

*

A arguida encontra-se acusada pela prática de um crime de de falsidade de testemunho, p. e p. pelo artigo 360.° n.º 1 e 3 do Código Penal.

Dispõe o art. 360.º, n.º 1 e 3, do Código Penal:

"1 – Quem, como testemunha, perito, técnico, tradutor ou intérprete, perante tribunal ou funcionário competente para receber como meio de prova, depoimento, relatório, informação ou tradução, prestar depoimento, apresentar relatório, der informações ou fizer traduções falsos, é punido com pena de prisão de seis meses a três anos ou com pena de multa não inferior a 60 dias."

O bem jurídico protegido pela presente incriminação é a *"administração da Justiça como função do Estado"* traduzindo o *"interesse público na obtenção de declarações conformes à verdade no âmbito de processos judiciais ou análogos, na medida em que*

constituem suporte para a decisão"in Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo III, Coimbra Editora, p. 460.
O crime de falso testemunho é um crime de mão própria, perigo abstracto e de mera actividade, pois é praticado por quem reveste certa qualidade, não é necessário que a declaração falsa prejudique efectivamente o esclarecimento da verdade suporte da decisão nem sequer que in concreto o tenha colocado em perigo, e a conduta esgota-se na prestação do depoimento falso não exigindo lei qualquer resultado (e quando o faz é como circunstância agravante – art. 361.º CP), cfr. Ob. Cit..

São elementos objectivos do tipo de crime legal em referência:
- a prestação de depoimento falso por parte de testemunha;
- perante tribunal;
- após o agente ter sido ajuramentado e advertido das consequências penais a que se expõe (elemento agravante da culpa – qualificador, n.º 3 do art. 360.º CP).

E são elementos subjectivos do tipo:
- o conhecimento de que o depoimento é falso;
- a intenção de prestar esse depoimento falso.

Dos elementos probatórios constantes dos autos resulta que:

- No dia 22 de Janeiro de 2008, pelas 14 horas e 30 minutos, a arguida A... prestou depoimento na qualidade de testemunha no âmbito do processo-crime com o NUIPC. 195/07.2GTCTB, que ficou conhecido como o processo do acidente da A23, então em fase de inquérito, o que fez perante o 1º sargento do Destacamento de Transito da Guarda Nacional Republicana de … .
- Em tal depoimento a testemunha, entre outros factos, afirmou: "Que ao longo da viagem o condutor pareceu-lhe uma pessoa bem disposta" "Que não se recorda da hora de saída mas não houve atrasos ate porque a viagem estava a correr lindamente." "Que a condução do motorista foi sempre calma não tendo a depoente reparado em nada de anormal na condução do mesmo." "Que nos momentos que antecederam o acidente, a depoente não notou qualquer desvio na marcha do auto carro nem nenhum rebentamento de pneu." "Que, de repente, a testemunha ouviu uma "explosão" na parte traseira do auto carro tendo o mesmo ficado a "balançar"

- No dia 24 de Novembro de 2009, a arguida A..., após prestar juramento, depôs como testemunha na audiência de discussão e julgamento do processo com o NUIPC 195/07.2GTCTB, então já processo comum com intervenção do tribunal colectivo e que correu os seus termos no 2º Juízo deste Tribunal.
- Durante tal audiência de julgamento, a ora arguida A... declarou a perguntas do Magistrado do Ministério Público, nomeadamente, que: "Olhe Sr. Dr. para mim foi uma viagem muito atribulada." "Foi atribulada. o barulho não era muito e eu fui muito coisa. sempre muito nervosa porque o condutor ia sempre a falar. sempre a falar. sempre a falar." "Porque ele começou .... assim que ele começou a conduzir começou logo a conversa."
- E a dada altura o Magistrado do Ministério Público pergunta-lhe se o condutor do autocarro interveniente no acidente fez uma condução sempre desatenta ao que a arguida responde "Sempre. Sempre."
- E mais à frente, no seu depoimento, explica: "Testemunha (ora arguida) - No momento do acidente nós tivemos paradas na estação de serviço. fomos à casa de banho. houve colegas que até andaram lá a dançar. eu fui à casa de banho fui logo para dentro do autocarro. depois elas vinham a cantar cá para trás. vinham a cantar "a Sra. do Almortão". eu o meu cinto não apertava muito bem ficava um bocadinho largo. olhei para trás e fiz assim. "então vocês em vez de irem a cantar o Castelo Branco vão a cantar a Sra. do Almortão? e elas começaram a cantar a Sra. do Almortão. o senhor acendeu as luzes do autocarro. toda a gente bateu as palmas e andámos ali uns dez metros. suponho eu que de carro a gente nunca sabe. ouviu-se um estrondo que parecia uma bomba e começou toda a gente a gritar "Ai Jesus que foi uma bomba. ai Jesus que foi uma bomba".
MP - Ai Jesus que foi uma bomba? Toda a gente disse isso?
Testemunha (ora arguida) - Toda a gente gritava e toda a gente dizia que tinha sido uma bomba.
MP - E o motorista não disse nada?
Testemunha (ora arguida) - O motorista virou-se pró lado e disse. "o que teria sido isto".
(…)
Testemunha (ora arguida) - E ele ao virar-se pró lado perdeu o controle do autocarro."

Assim, no caso dos autos é um facto incontroverso que a arguida prestou dois depoimentos, um na fase de inquérito perante o opc encarregue da investigação e outro perante o Tribunal, depois de prestar juramento. É também incontroverso que esses depoimentos foram divergentes e mesmo antagónicos em alguns pontos relevantes.

Defende a acusação que a versão dos factos que corresponde à realidade é diversa daquela que foi verbalizada pela arguida em sede de julgamento.

Desde já, cumpre referir, que não ficou demonstrada, nem suficientemente indiciada, a falsidade do depoimento prestado pela arguida em audiência de julgamento. Com efeito, nos factos provados no acórdão, que veio a ser proferido no âmbito do processo comum colectivo n.º 195/07.2GTCTB, não se encontra fixada a verdade objectiva acerca daquele concreto pedaço de vida a que se reporta a arguida no seu testemunho, limitando-se o Tribunal a considerar que "não ficou concretamente apurado" o sucedido. Sem se saber qual é essa verdade, não se pode afirmar a falsidade do depoimento prestado pela arguida, e por isso não se pode afirmar a falsidade do depoimento prestado em conformidade, ou em desconformidade com o acontecimento real a que se reportou.

No caso em apreço, não consta da matéria provada do mencionado acórdão a descrição dos factos relativos à concreta condução do motorista. Ou seja, o Tribunal, perante o qual foram prestadas as alegadas falsas declarações, nada deu como provado, em contradição com o narrado pela arguida no seu depoimento.

Perante a ausência de prova da concreta conduta do motorista do autocarro, em contradição com o narrado pela arguida no seu depoimento prestado em julgamento, afigura-se-nos que não se encontra suficientemente indiciada a existência de uma contradição entre o declarado em julgamento e a realidade, e que a arguida tenha proferido esse testemunho sabendo que o conteúdo das suas declarações era objectivamente falso.

A adensar esta insuficiência de indícios da falta de veracidade da versão narrada pela arguida em sede de julgamento temos ainda o depoimento da testemunha … , ouvida em sede de instrução. Esta testemunha também revelou ao Tribunal que a sua percepção do acidente também corresponde à versão narrada pela arguida em sede de julgamento. O depoimento desta testemunha não se nos ofereceu qualquer reparo, tendo-se afigurado isento e credível.

Antes pelo contrário, e no que ao elemento subjectivo diz respeito, afigura-se-nos que a percepção da arguida do acidente corresponde àquilo que narrou em audiência de julgamento. Com efeito, do interrogatório da arguida ficou o Tribunal plenamente convencido que a arguida está convicta que as declarações que prestou em julgamento é que correspondem à verdade, falhando desde logo o elemento subjectivo do tipo.

Ouvida a arguida em sede de instrução, pela mesma foi dito que quando prestou o depoimento perante o opc competente estava mal de saúde, ainda estava em casa, estava muito baralhada, sendo que após o acidente necessitou de ser acompanhada por uma psicóloga durante um ano e meio; referiu ainda não se lembrar bem do que afirmou perante a polícia, julgando que foi o mesmo que disse ao Tribunal, afirmando ainda que durante a prestação do depoimento em inquérito, os senhores polícias várias vezes chamaram a atenção da arguida, referindo-lhe que tinha que responder com verdade, não podia estar influenciada pelo que dizem os amigos e o que se vê na televisão, admitindo que possa ter-se confundido por estar baralhada e perante as afirmações da polícia.
Ora, a versão trazida aos presentes autos pela arguida, em sede de instrução, afigura-se-nos perfeitamente plausível, à luz das regras da experiência, tendo as suas declarações se afigurado sinceras e espontâneas, não obstante a arguida ter um necessário e compreensível interesse no desfecho da causa.
Com efeito, é perfeitamente plausível que a arguida após cerca de dois meses e meio de ter estado envolvida num trágico acidente de autocarro, onde faleceram 17 pessoas (muitos dos quais, possivelmente, amigos da arguida), se encontrasse baralhada, confundida, não sendo capaz de prestar um depoimento com o discernimento e clareza necessário. Aliás, não terá sido por acaso que o depoimento prestado em sede de inquérito foi prestado na própria residência da testemunha, conforme resulta de fls. 3 dos autos, o que não é prática corrente na investigação criminal.
Na verdade, em face das declarações da arguida, é perfeitamente plausível que aquela divergência dos depoimentos se ficasse a dever ao facto da arguida ter sido ouvida em sede de inquérito quando se encontrava em pleno período de recobro do sinistro, quer a nível físico, quer emocional, e que por isso não dispunha da clarividência, nem do distanciamento emocional necessários para racionalizar e descrever convenientemente o sinistro.

Por último, e não obstante o juízo de indiciação sobre o elemento subjectivo do tipo resultar muitas vezes dos demais factos provados, conjugados com critérios das regras da experiência, o certo é que da prova carreada para os autos resultam para nós sérias dúvidas que a Arguida, representando a possibilidade de prestar um testemunho falso, tenha actuado com intenção de, ainda assim, o prestar ou, sequer, que se tenha conformado com essa possibilidade. Com efeito, estamos perante uma senhora já de idade que não tinha qualquer motivo para faltar à verdade; da transcrição das declarações prestadas em

audiência no referido processo n.º 195/07.2GTCTB resulta que a arguida foi por diversas vezes alertada pelo Exmo. Sr. Procurador e pela Exma. Sra. Juiz da incoerência dos depoimentos e da possibilidade de incorrer na prática do crime (não obstante as declarações prestadas em sede de inquérito não lhe terem sido lidas, por inadmissibilidade legal, face à oposição manifestada pelo assistente), mantendo sempre o seu depoimento, tudo levando a crer que está plenamente convicta da veracidade da versão que descreveu do acidente em sede de audiência, demonstrando ainda não ter consciência daquilo que afirmou perante o opc em sede de inquérito.
Motivo pelo qual se acha excluído o dolo, logo, a tipicidade da conduta.

Dispõe o artigo 283°, n.º 1 do Código de Processo Penal que o Ministério deduz acusação *"se durante o inquérito tiverem sido recolhidos indícios suficientes de se ter verificado o crime e de quem foi o seu agente. "* E o n.º 2 do mesmo normativo estabelece que se consideram *"suficientes os indícios sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança."*
Segundo Figueiredo Dias (in "Direito Processual Penal", 1974. pág. 117) *"os indícios só são suficientes e a prova bastante quando, já em face deles seja de considerar altamente provável a futura condenação do acusado ou quando esta seja mais provável do que a absolvição "*. Para Maia Gonçalves (in "Código de Processo Penal Anotado, pág. 452) os indícios são suficientes quando exista *"um conjunto de elementos convincentes de que o arguido praticou os factos incriminá veis que lhe são imputados."*

Por tudo aquilo que se deixou exposto, deve concluir-se pela inexistência de indícios suficientes da prática do crime de que vem acusada, não só porque não se encontra suficientemente indiciada a falsidade do depoimento prestado pela arguida em julgamento, mas também porque não se verificarem indícios do elemento subjectivo do tipo, ou seja, do conhecimento de que o depoimento é falso e a intenção de prestar esse depoimento falso (falhando este elemento subjectivo quer para o depoimento prestado em sede de inquérito, quer para o depoimento prestado em julgamento).

Na verdade, do conjunto da prova indiciária recolhida em sede de inquérito e instrução não resulta uma probabilidade elevada de, em julgamento, vir a ser aplicada à arguida uma pena. Deve, assim, ser proferido despacho de não pronúncia quanto à mesma.

*

Nestes termos:

- **não pronuncio** a arguida pela prática de um crime de falsidade de depoimento, p. e p. pelo art. 360.º, n.º 1 e 3, do Código Penal, de que vinha acusada.
Consequentemente, determino o **arquivamento dos autos**.

***

III. Apreciação do Recurso

Como é sabido o objecto do recurso é delimitado pelas conclusões da respectiva motivação (artigos 403º, nº 1 e 412º, nº 1 do Código de Processo Penal) e, vistas essas conclusões, suscita-se a questão de saber se os autos contêm indícios suficientes da prática pela arguida de um crime de falsidade de depoimento p. e p. pelo artigo 360º, nº 1 e nº 3 do Código Penal devendo por ele ser pronunciada.
Embora reconhecendo-se na decisão instrutória que a arguida em dois momentos distintos do mesmo processo prestou depoimentos que em alguns aspectos se contradizem, acabou por se concluir que não estaria indiciado o elemento subjectivo do crime porque " *(…) no que ao elemento subjectivo diz respeito, afigura-se-nos que a percepção da arguida do acidente corresponde àquilo que narrou em audiência de julgamento. Com efeito, do interrogatório da arguida ficou o Tribunal plenamente convencido que a arguida está convicta que as declarações que prestou em julgamento é que correspondem à verdade, falhando desde logo o elemento subjectivo do tipo.*
Ouvida a arguida em sede de instrução, pela mesma foi dito que quando prestou o depoimento perante o opc competente estava mal de saúde, ainda estava em casa, estava muito baralhada, sendo que após o acidente necessitou de ser acompanhada por uma psicóloga durante um ano e meio; referiu ainda não se lembrar bem do que afirmou perante a polícia, julgando que foi o mesmo que disse ao Tribunal, afirmando ainda que durante a prestação do depoimento em inquérito, os senhores polícias várias vezes chamaram a atenção da arguida, referindo-lhe que tinha que responder com verdade, não podia estar influenciada pelo que dizem os amigos e o que se vê na televisão, admitindo que possa ter-se confundido por estar baralhada e perante as afirmações da polícia.
Ora, a versão trazida aos presentes autos pela arguida, em sede de instrução, afigura-se-nos perfeitamente plausível, à luz das regras da experiência, tendo as suas

declarações se afigurado sinceras e espontâneas, não obstante a arguida ter um necessário e compreensível interesse no desfecho da causa.

Com efeito, é perfeitamente plausível que a arguida após cerca de dois meses e meio de ter estado envolvida num trágico acidente de autocarro, onde faleceram 17 pessoas (muitos dos quais, possivelmente, amigos da arguida), se encontrasse baralhada, confundida, não sendo capaz de prestar um depoimento com o discernimento e clareza necessário. Aliás, não terá sido por acaso que o depoimento prestado em sede de inquérito foi prestado na própria residência da testemunha, conforme resulta de fls. 3 dos autos, o que não é prática corrente na investigação criminal.

Na verdade, em face das declarações da arguida, é perfeitamente plausível que aquela divergência dos depoimentos se ficasse a dever ao facto da arguida ter sido ouvida em sede de inquérito quando se encontrava em pleno período de recobro do sinistro, quer a nível físico, quer emocional, e que por isso não dispunha da clarividência, nem do distanciamento emocional necessários para racionalizar e descrever convenientemente o sinistro.

Por último, e não obstante o juízo de indiciação sobre o elemento subjectivo do tipo resultar muitas vezes dos demais factos provados, conjugados com critérios das regras da experiência, o certo é que da prova carreada para os autos resultam para nós sérias dúvidas que a Arguida, representando a possibilidade de prestar um testemunho falso, tenha actuado com intenção de, ainda assim, o prestar ou, sequer, que se tenha conformado com essa possibilidade. Com efeito, estamos perante uma senhora já de idade que não tinha qualquer motivo para faltar à verdade; da transcrição das declarações prestadas em audiência no referido processo n.º 195/07.2GTCTB resulta que a arguida foi por diversas vezes alertada pelo Exmo. Sr. Procurador e pela Exma. Sra. Juiz da incoerência dos depoimentos e da possibilidade de incorrer na prática do crime (não obstante as declarações prestadas em sede de inquérito não lhe terem sido lidas, por inadmissibilidade legal, face à oposição manifestada pelo assistente), mantendo sempre o seu depoimento, tudo levando a crer que está plenamente convicta da veracidade da versão que descreveu do acidente em sede de audiência, demonstrando ainda não ter consciência daquilo que afirmou perante o opc em sede de inquérito. Motivo pelo qual se acha excluído o dolo, logo, a tipicidade da conduta."

Já o recorrente entende que os autos contêm indícios no sentido de que a arguida terá mentido no depoimento que prestou em audiência devendo por consequência ser pronunciada.

A simplicidade de raciocínio favorece muitas vezes o encontrar da solução adequada sem que necessário seja buscar explicações rebuscadas.

Assim, é incontornável que a arguida quando ouvida na fase de inquérito do processo do processo 195/07.2GTCTB prestou depoimento que não coincide em aspectos essenciais com aquele que prestou na fase de julgamento do mesmo processo, tal como aliás se encontra transcrito, no que é mais significativo, no despacho de pronúncia.

A arguida tentou justificar a contradição nas declarações que prestou na instrução invocando que quando prestou depoimento perante o OPC estava mal de saúde, ainda estava em casa, estava muito baralhada, sendo que após o acidente necessitou de ser acompanhada por uma psicóloga durante um ano e meio, referindo ainda não se lembrar bem do que afirmou perante a polícia, julgando que foi o mesmo que disse ao Tribunal, afirmando ainda que durante a prestação do depoimento em inquérito, os senhores polícias várias vezes chamaram a sua atenção, referindo-lhe que tinha que responder com verdade, não podia estar influenciada pelo que dizem os amigos e o que se vê na televisão, admitindo que possa ter-se confundido por estar baralhada e perante as afirmações da polícia.

Porém, se atentarmos no depoimento prestado perante o OPC logo verificamos que ele não pode corresponder ao depoimento de alguém que se encontre severamente afectado por ter sido vítima de acidente, posto que nessa ocasião a arguida prestou depoimento rico em pormenores, nada compatível com estado de confusão mental que pudesse ter sido consequência do mesmo ou com eventual indução de respostas, sendo a nosso ver descabido invocar as regras da experiência para concluir pela falta de suficiente indiciação do elemento subjectivo do crime.

Parece resultar da decisão instrutória, por outro lado, que apenas se poderia concluir pela existência de indícios do crime em questão se simultaneamente se indiciasse que o depoimento falso seria o produzido em audiência de julgamento.

De facto não existem elementos probatórios certos e seguros no sentido de afirmar com algum grau de certeza em que momento terá a arguida prestado depoimento falso, se no inquérito, se na audiência de julgamento, ao contrário do que afirma o recorrente. Certo é que comete o crime de falsidade de depoimento quem como testemunha perante tribunal ou funcionário competente para receber como meio de prova depoimento, prestar depoimento falso (artigo 386º, nº 1 do Código Penal) e se o depoimento falso ocorrer depois de o agente ter prestado juramento e de ter sido advertido das consequências penais a que se expõe, o crime é agravado nos termos do nº 3 do preceito.

Como bem refere O Exmº Procurador-Geral Adjunto no seu parecer a circunstância de não se ter indiciariamente apurado em que momento a arguida faltou à verdade não pode afastar a conclusão de que a prestação de depoimentos divergentes em dois momentos distintos integra, ainda assim, todos os elementos do tipo de crime em causa.

No recente Acórdão desta Relação de 28.9.2011, proferido no processo 157/10.8TAMMV.C1, relatado pelo Exmº Desembargador Paulo Guerra (publicado em www.dgsi.pt) a propósito de questão semelhante expendeu-se o seguinte:

"O que se passa é que o arguido mentiu num dos dois momentos processuais. Com efeito, é inquestionável que o arguido mentiu, sendo tal mentira relevante em termos penais e resultando despiciendo pesquisar em que momento o fez.

Não se diga que tal indagação é necessária: é certo que o momento será importante para se aferir, por exemplo, de uma prescrição; mas por outro lado, o que interessa pesquisar é a razão da mentira, como foi proferida, como ocorreu e quando existiu (sendo lícito deixar em aberto o momento concreto, pois que de uma das vezes foi o crime cometido). O arguido prestou, em dois momentos processuais distintos, depoimentos contraditórios e antagónicos.

Só que o tribunal não logrou apurar em qual dos dois momentos o arguido mentiu; porém, esse hiato só releva, como já se viu, para a determinação do momento da consumação do crime, sendo porém certo que este está consumado: com efeito, num dos momentos o arguido preencheu os elementos objectivos e subjectivos do crime pelo qual está acusado, assim prestando depoimento falso, dolosamente.

Neste caso concreto, a falta de determinação do momento da prática e da consumação do ilícito não tem qualquer consequência processual ou substantiva, tendo-se por assente que o crime foi realmente cometido.

Também nesta vertente, não é caso de se usar do princípio *in dubio pro reo*, nem há lugar à conclusão de existência de insuficiência para a matéria de facto provada, no sentido de se não lograr obter um juízo seguro que permita a condenação do arguido. Como defendeu o Acórdão da Relação do Porto de 22/11/2006 «A questão que, antes de mais, tem de ser colocada consiste em saber qual a consequência jurídica que deve decorrer do facto de não ter sido possível ao tribunal apurar em que momento o recorrente cometeu uma falsidade de testemunho.

Com efeito, e como já dissemos, não subsistem dúvidas em face dos factos dados por provados de que em dois momentos processuais distintos, o recorrente, sujeito a um dever

processual de verdade e de completude, prestou depoimentos divergentes e até antagónicos sobre a mesma realidade.
A realidade sobre que recaíram os dois depoimentos é só uma, mas os depoimentos prestados, nos dois momentos processuais, são discrepantes, entre si, e relatam realidades distintas. Por isso, em algum desses momentos processuais ocorreu uma contradição entre o depoimento prestado e a verdade histórica objectiva.
A narração do recorrente, em algum desses momentos, afastou-se da verdade objectiva, dele conhecida, violando, desse modo, o bem jurídico protegido: a realização da justiça como função do Estado, a qual requer a contribuição de todos os intervenientes processuais para o esclarecimento da factualidade relevante em ordem à correcta decisão.
O tribunal não conseguiu apurar em que momento processual o recorrente prestou o depoimento falso, mas tal falta de determinação, apenas releva para a determinação do momento de consumação do crime.
A consumação existe sempre que a declaração diverge da realidade objectiva. Apurado que num dos momentos processuais o recorrente com a sua conduta preencheu os elementos objectivo (falsidade do depoimento) e subjectivo do tipo (sabendo que o conteúdo do seu depoimento era objectivamente falso – dolo), o tipo de ilícito está perfeitamente preenchido.
O facto de não se ter apurado se o crime foi cometido ou no dia 9 de Junho de 2003 ou no dia 26 de Outubro de 2001 não acarreta, como consequência, que não se possa ter por assente que o crime foi cometido. O crime foi, efectivamente, cometido, só não se sabe em que data o foi.

A não fixação da data de consumação do crime não impõe nem a absolvição da recorrente, por apelo ao princípio in dubio pro reo, nem traduz uma qualquer insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, no sentido de tornar impossível um juízo seguro de condenação.
O juízo seguro de condenação decorre da prova de que o recorrente, sujeito a um dever processual de verdade e de completude, prestou, em dois momentos processuais, depoimentos divergentes sobre a mesma realidade. O facto de o tribunal não ter logrado apurar a verdade objectiva, conhecida do recorrente (e, daí, não ter conseguido determinar em que momento foi cometida a falsidade) não prejudica uma convicção de certeza sobre a acção típica).

A certeza sobre a data de consumação do crime não é um requisito indispensável ao preenchimento do tipo-de-ilícito.
A incerteza sobre a data de consumação do crime só poderá relevar para certos efeitos jurídicos, v.g., de consideração de uma eventual prescrição do procedimento criminal ou de aplicação de uma hipotética lei de amnistia, devendo, para esses efeitos, a incerteza sobre a data de consumação sempre ser valorada a favor do recorrente, pela aceitação daquela que lhe seja mais favorável».
- no recurso nº 4016/04-4 -, «a certeza sobre a data de consumação do crime não é requisito indispensável ao preenchimento do tipo-de-ilícito», contrariando-se assim a doutrina explanada por Paulo Pinto de Albuquerque no seu Comentário ao CP (fls 848).
Também esta Relação de Coimbra assim decidiu em decisão sumária datada de 18/5/2011 (Pº 195/09.8T3AVR.C1):
«Por outro lado, é irrelevante para a verificação do tipo a circunstância de se não ter apurado em qual das ocasiões o ora recorrente faltou à verdade, se quando prestou declarações em inquérito, se quando prestou depoimento em audiência. O requisito material ou objectivo que condiciona a verificação do tipo legal previsto no art. 360º, nº 1, do Código Penal, na vertente do depoimento testemunhal, é a prestação de depoimento falso, elemento que está indesmentivelmente comprovado, já que tendo o recorrente prestado declarações dispares naquelas duas ocasiões, não restam dúvidas de que num dos depoimentos faltou à verdade. E nem se diga, como o faz o recorrente, que nestas circunstâncias deveria ter sido absolvido em homenagem ao princípio *in dubio pro reo*. Este é um daqueles casos *"em que o juiz não logra esclarecer, em todas as suas particularidades juridicamente relevantes, um dado substrato de facto, mas em todo o caso o esclarece suficientemente para adquirir a convicção de que o arguido cometeu uma infracção, seja ela em definitivo qual for (…). Nestes casos ensina-se ser admissível, dentro de certos limites, uma condenação com base em uma comprovação alternativa dos factos"*. Esta determinação alternativa dos factos constitui uma excepção ao funcionamento do princípio *in dubio pro reo*, sofrendo apenas os limites decorrentes do princípio da legalidade e os decorrentes da eventual verificação da prescrição relativamente a uma das incriminações (não necessariamente a mais antiga), já que no caso de factos temporalmente distanciados, a determinação alternativa nos termos preconizados não poderá funcionar em desfavor do arguido».

Ou seja, mentiu numa das vezes o arguido, sendo falsa toda a declaração que respeita a

matéria sob dever de verdade e não corresponde à verdade histórica – e só isso releva para a perfectibilização do crime, para a conclusão de que o arguido violou o bem jurídico que se pretende proteger, ou seja, a realização da Justiça!"

(fim de transcrição).

O acórdão acabado de citar refere-se a recurso de sentença condenatória mas os respectivos argumentos são transponíveis na íntegra para o caso em apreço e merecem a nossa total adesão, primando, aliás, pela sua eloquente simplicidade e dando nota de jurisprudência sedimentada no mesmo sentido.
Ultrapassada, pois, a questão da indiciação do elemento subjectivo do tipo de crime de falsidade de testemunho, também dúvidas não se suscitam do preenchimento dos elementos objectivos respectivos pelo que importa no caso pronunciar a arguida não obstante não se haver indiciariamente apurado em que momento foi o crime cometido.

Nesta medida importa conceder provimento ao recurso e ordenar que o despacho recorrido seja substituído por despacho que pronuncie a arguida pela prática de crime de falsidade de testemunho.

***

IV. Decisão

Pelo exposto, acordam em conceder provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público e, em consequência, revogar o despacho recorrido e ordenar a sua substituição por despacho que pronuncie a arguida pela autoria de crime de falsidade de depoimento.

Não há lugar a tributação.

***

Maria Pilar Pereira de Oliveira (Relatora)
José Eduardo Fernandes Martins