

INVERDADES E CONSEQUÊNCIAS: CONSIDERAÇÕES
EM FAVOR DE UMA CONCEPÇÃO SUBJECTIVA
DA FALSIDADE DE TESTEMUNHO

ANOTAÇÃO AOS ACÓRDÃOS
DA RELAÇÃO DO PORTO DE 30-01-2008
E DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES DE 29-06-2009

RESUMO: *Perante dois acórdãos das Relações absolutamente contrastantes entre si, é propósito desta anotação fazer uma breve análise crítica do conceito de falsidade conformador do tipo-de-ilícito objectivo do crime de falsidade de testemunho, para, a partir de um critério de índole subjectiva, responder afirmativamente à questão de saber se é possível considerar existir falsidade nos casos em que uma testemunha presta sucessivamente depoimentos claramente contraditórios entre si, sem que todavia se logre apurar a efectiva realidade objectiva sobre a qual se pronunciou.*

ABSTRACT: *In the sight of two decisions from the Courts of Appeal absolutely contrasting between them, the purpose of this comment is to make a brief critical analysis of the concept of falsehood conforming with the type-of-illicit objective of the crime of falsehood of testimony. This way, from a criterion of subjective character, we try to answer affirmatively to the question of knowing if it is possible to consider the existence of falsehood in the cases in which a witness successively bears clearly contradictory statements between them without being able, however, to infer the objective reality about which she pronounced herself.*

PALAVRAS-CHAVE: *Falsidade de testemunho; crimes contra a realização da justiça.*

KEYWORDS: *falsehood of testimony; crimes against the achievement of justice.*

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

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

Acordam em audiência os juízes no Tribunal da Relação do Porto:

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.º, n.º 1 e n.º 3, do Código Penal, e a final condenado pela prática de um crime de falsidade de testemunho, p. e p. pelo art. 360.º, n.º 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.º-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.º, n.º 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.º .../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 “G1” 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 “G1”.

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 retratação 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 princípio *in dubio pro reo*”;

5 — Se os arts. 360.º e 362.º do CP, são inconstitucionais por ofensa dos arts. 1.º, 2.º, 32.º-1 e 2, e 203.º 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.º, 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 as 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.º-1 e não pelo art. 360.º-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.º-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.º, 138.º-3 e 91.º CPP “dizer toda a verdade e só a

verdade”, 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.º 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.º 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 ficcionar) 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 retractor descrito no art. 362.º CP, nunca existiu.

É que retratação não é o mesmo que “depoimento contrário” ao anterior, (isso é exactamente: falso depoimento — como refere o M.º P.º na sua Resposta), e é antes o comportamento cuja descrição consta do art. 362.º 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 valoração”, 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 (retractor) o que não podemos afirmar. (cfr. Ac. R. P. 7/1/04, in www.dgsi.pt/, proc. n.º 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 vício que lhe assaca o recorrente de “contradição intrínseca”, e que atrás havia ficado por analisar (art. 410.º CPP).

Tais normativos (arts. 360.º e 361.º 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.º, 2.º, 32.º, 1 e 2, e 203.º da CRP e 6.º, 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 Vaz 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 e 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.º Juiz “a quo” se ficou 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 com a condenação, da qual, por isso, divirjo.

José Manuel Baião Papão

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

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

Após conferência, acordam no Tribunal da Relação de Guimarães:

Tribunal Recorrido: Tribunal Judicial de Braga — 2.º 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.º, n.ºs 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.º, n.º 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.º, n.º 1, b), e 359.º 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.º 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, pedi 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 pedi 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.

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.

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 Seiza 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 uma 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.º, 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.

Anselmo Lopes

Anotação

1. Debruçando-se sobre casos de falsidade de testemunho em tudo semelhantes, as Relações do Porto e de Guimarães concluíram em sentidos diametralmente opostos. Enquanto para a primeira “preenche o tipo objectivo do crime de falsidade de testemunho a testemunha que, sobre a mesma realidade, presta dois depoimentos antagónicos, ainda que não se apure qual deles é o falso”⁽¹⁾; para a segunda “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”⁽²⁾.

Trata-se de divergência que as Relações vêm frequentemente manifestando, fundamentalmente em virtude de distintas compreensões sobre o que seja a falsidade pressuposta pelo tipo objectivo de ilícito do crime de falsidade de testemunho previsto no n.º 1 do art. 360.º do Código Penal. Porque a falsidade constitui o elemento-chave do tipo-de-ilícito em questão, não será de admirar que diferentes concepções sobre o seu

⁽¹⁾ Sumário do acórdão.

⁽²⁾ Trata-se, de novo, do sumário do acórdão.

conteúdo possam determinar sortes absolutamente distintas na hora integrar casos semelhantes naquele tipo incriminador.

É propósito desta anotação fazer uma breve análise crítica do conceito de falsidade conformador do tipo-de-ilícito objectivo do crime de falsidade de testemunho, para, em face da conclusão que sobre ele for tirada, responder à questão de saber se é possível considerar existir falsidade nos casos em que uma testemunha presta sucessivamente depoimentos claramente contraditórios entre si, sem que todavia se logre apurar a efectiva realidade objectiva sobre a qual se pronunciou e nessa medida sem que haja total segurança sobre em qual das vezes faltou à verdade. Adiantando desde já o sentido da nossa posição, estamos em crer que, atendendo ao critério de falsidade que julgamos preferível, de índole subjectiva, a resposta a essa questão deve ser afirmativa.

2. O art. 360.º-1 do CP responsabiliza criminalmente quem, como testemunha, perante tribunal ou funcionário competente para receber como meio de prova, prestar depoimento falso. No cerne da incriminação está a falsidade e por isso esta previsão guarda ainda alguma afinidade com o delito homólogo do Código Penal de 1886, o falso testemunho em inquirição contenciosa, tipificado no art. 238.º: “aquele que em causa criminal, e sobre as circunstâncias essenciais do facto, que é o objecto da acusação, *testemunhar* falso contra o condenado, ...”.

Parece-nos, assim, haver interesse em começar por dilucidar o que antes se entendia entre nós por depoimento ou testemunho falso.

Em acórdão de 13 de Abril de 1966, perante a alegação do recorrente de que só uma interpretação referida à verdade objectiva se adequava à protecção penal visada pelo crime de falso testemunho, afirmava o STJ que “será falso o depoimento que se mostre contrário ou oculte a verdade conhecida pela testemunha”⁽³⁾. Máxima que ia ao encontro daquilo que, *una voce*, na doutrina portuguesa se vinha entendendo há mais de um século acerca do conceito de falsidade no âmbito da prova testemunhal, designadamente, segundo Silva Ferrão, “que o falso testemunho está

⁽³⁾ *BMJ*, n.º 156, 1966, p. 215.

sempre no que a testemunha disse ou declarou com alteração da verdade implícita ou explicitamente” (4). Considerava-se, com efeito, que o depoente poderia testemunhar falso, além do mais, no caso de “afirmar o que não é verdadeiro”, isto é, “quando, como ensina Manzini, fingir uma impressão sensorial que não recebeu, ou alterar aquela que tenha realmente recebido. E assim, não é à relação entre aquilo que a testemunha tiver deposto e a realidade objectiva que se atende, mas à relação entre o depoimento feito e o conhecimento dos factos que a testemunha tiver realmente adquirido. Podem, por isso, ser verdadeiros os factos afirmados, mas falsíssimo o depoimento, se a testemunha afirmar que viu ou ouviu o que realmente se passou, sem nada ter visto nem ouvido” (5). Assim, afirmava também Luís Osório, referindo-se igualmente a Manzini, que “a falsidade do testemunho consiste na desconformidade entre a declaração e a ciência da testemunha; e não entre aquela declaração e a realidade das coisas” (6). Foi a esta doutrina que o citado acórdão do STJ de 1966 declarou aderir, considerando que “a verdade, para estes efeitos, será a que a testemunha conhece” e acrescentando ainda que “esta tem sido a nossa doutrina tradicional, perfilhada por uma jurisprudência que, embora escassa, se apresenta uniforme, e corresponde às realidades da vida jurídica” (7).

Esta concepção de pendor subjectivo não parece ter sido posta em causa ou abandonada com o CP de 1982. Nem na doutrina, nem na jurisprudência das primeiras duas décadas de vigência do Código se vislumbram alterações a este ponto de vista, parecendo existir, isso sim, uma linha de continuidade deste pensamento (8).

(4) F. SILVA FERRÃO, *Theoria do Direito Penal aplicada ao Código Penal Português*, vol. V, Lisboa, Imprensa Nacional, 1857, art. 238.º, p. 260.

(5) *RLJ*, ano 56.º, 1923-1924, n.º 2237, p. 342, em resposta a um assinante que questionava a Revista acerca dos elementos constitutivos do crime de testemunho falso (art. 238.º do CP de 1886).

(6) LUÍS OSÓRIO DE OLIVEIRA BAPTISTA, *Notas ao Código Penal Português*, vol. II, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1923, art. 238.º, p. 419.

(7) *BMJ*, n.º 156, p. 216.

(8) Cf. MANUEL LEAL-HENRIQUES / MANUEL SIMAS SANTOS, *Código Penal Anotado*, 2.º vol., 3.ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, 2000, p. 1551: “como diria Nélson

A ruptura com este modelo dá-se só em 2001, com a anotação de Medina de Seíça ao art. 360.º do CP, constante do Comentário Conimbricense do Código Penal (9). Aí, o Autor apresenta os termos em que a doutrina e a jurisprudência germânicas vêm há longo tempo (10) discutindo o conceito de falsidade no âmbito dos crimes de falsidade de depoimento não ajuramentado e de perjúrio (§ 153 e ss. do StGB), pronunciando-se a favor da chama teoria objectiva (11), segundo a qual um depoimento é falso quando se mostre contrário à realidade, sem consideração pela representação do depoente em relação à situação objecto das suas declarações (12).

É a partir desta tomada de posição de Medina de Seíça, e louvando-se nela, que parte da jurisprudência portuguesa passa a afirmar que “quando a narração do declarante se afasta do acontecido, isto é daquilo que o tribunal, em face da produção da prova tenha dado por acontecido, ela é falsa” (13). E é assim que se entende, como sucedeu

Hungria, «falso é o depoimento que não está em correspondência qualitativa ou quantitativa com o que a testemunha viu, percebeu ou ouviu». Sinal do que se afirma em texto é o facto de nem neste CP anotado, nem em MANUEL MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português Anotado e Comentado*, 13.ª ed., Coimbra, Almedina, 1999, art. 360.º, p. 945 e s., haver referência a qualquer espécime jurisprudencial que haja divergido daquela interpretação. Em abono da verdade, também não pode deixar de referir-se que em nenhuma destas obras é referido acórdão dos tribunais superiores reiterando a leitura do Ac. do STJ de 13-04-1966, mencionado *supra*.

(9) Cf. A. MEDINA DE SEIÇA, in: Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial: Tomo III*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, art. 360.º; e agora, na mesma direcção, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, 2008, Lisboa, Universidade Católica Editora, art. 360.º, n.ºs m. 11 e 16.

(10) De uma discussão secular falava já Schmidhäuser em 1961 — cf. EBERHARD SCHMIDHÄUSER, “Aussagepflicht und Aussagedelikte. Bemerkungen über die Falschheit der Aussage”, in: *Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle*, Göttingen, Verlag Otto Schwarz, 1961, p. 207.

(11) MEDINA DE SEIÇA, *cit.*, § 41.

(12) KARL LACKNER / KRISTIAN KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26.ª ed., München, C. H. Beck, 2007, antes do § 153, n.º m. 3.

(13) Teor da decisão recorrida apreciada pelo Ac. do TRL de 02-12-2009 (proc. n.º 734/07.TAPDL.L1-3, www.dgsi.pt).

no acórdão da Relação de Guimarães ora em anotação, que para o perfeccionamento do tipo de falsidade de testemunho não basta provar que o agente prestou dois depoimentos contraditórios, sendo sempre necessário confrontá-los com os factos verdadeiros, impondo-se portanto a prova da “desconformidade entre a palavra e a verdade histórica” ⁽¹⁴⁾.

3. A contraposição a que a jurisprudência portuguesa se passou a referir desde 2001 — e que tem estado na base da cisão jurisprudencial de que os acórdãos da Relação do Porto e da Relação de Guimarães dão expressão — parece pois um eco da discussão alemã, que na verdade usa contrapor a chamada teoria objectiva (há falsidade em caso de contradição entre o conteúdo do depoimento e a materialidade objectiva do acontecimento objecto da declaração — contradição entre a palavra e a realidade ⁽¹⁵⁾) e a chamada teoria subjectiva (há falsidade se o conteúdo do depoimento contrasta com o conhecimento do depoente — contradição entre a palavra e o conhecimento ou, mais exactamente, entre o depoimento e o convencimento do agente acerca da realidade ⁽¹⁶⁾), mas que também conhece uma teoria objectiva modificada, uma teoria subjectiva modificada, bem como ainda uma teoria do dever, fundada na violação do dever processual por parte do depoente ⁽¹⁷⁾. Concepções que, como é natural, se ligam a um determinado quadro legal e não deixam de tomar em conside-

⁽¹⁴⁾ Ac. do TRG de 29-06-2009.

⁽¹⁵⁾ Cf. THEODOR LENCKNER / NIKOLAUS BOSCH, *in*: Schönke / Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28.ª ed., München, C. H. Beck, 2010, antes dos §§ 153 e ss., n.º m. 4.

⁽¹⁶⁾ Cf. SCHMIDHÄUSER, “Aussagepflicht und Aussagedelikte”, p. 209, a propósito da doutrina subjectiva.

⁽¹⁷⁾ Por esta teoria, que nos resultados, se aproxima largamente da concepção subjectiva, SCHMIDHÄUSER, “Aussagepflicht und Aussagedelikte”, p. 212 e ss. Sobre o estado actual da questão, cf. MEDINA DE SEIÇA, *cit.*, § 38 e ss., e mais desenvolvidamente, THOMAS VORMBAUM, *in*: Kindhäuser / Neumann / Paeffgen (org.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, III, 3.ª ed., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2010, § 153, n.º m. 56 e ss.

ração, no jogo da argumentação, as especificidades desse regime legal do § 153 e ss. do StGB ⁽¹⁸⁾.

O corte da jurisprudência nacional com a — chamemos-lhe assim — interpretação tradicional, de índole subjectiva, do elemento “falsidade” não foi, porém, acompanhado de uma explicitação das razões pelas quais deveria abandonar-se o modelo subjectivo e adoptar-se o ponto de vista objectivo. Dito de outro modo, passou a afirmar-se a ideia de que a falsidade reside na discrepância entre o declarado e o ocorrido, mas apenas com base, quando muito, nos pontos fracos da teoria subjectiva e sem se procurar sustentar fundamentadamente, pela positiva, a bondade da concepção objectiva. Se bem se reparar, em geral a defesa da teoria objectiva faz-se num plano puramente negativo, de rejeição das críticas que acusam esta doutrina de exigir demais do declarante, sem que se perceba em regra por que é que a falsidade da declaração há-de residir na contradição entre o declarado e a realidade, entre a palavra e a realidade ou a verdade histórica ⁽¹⁹⁾.

4. Propomo-nos de seguida alinhar algumas breves considerações que em nosso modo de ver fundamentam a insustentabilidade da concepção objectiva e simultaneamente abrem caminho a uma perspectiva essencialmente subjectiva.

4.1. A teoria objectiva reclama a seu favor a sua pretensa superioridade numa perspectiva de referência ao bem jurídico, a correcta administração da justiça. Afirma-se que só relevará a falsidade entendida enquanto discrepância entre o declarado e a realidade histórica, porquanto a administração da justiça só poderá ser posta em perigo no

⁽¹⁸⁾ Cf., *v. g.*, a crítica de LACKNER / KÜHL, *cit.*, antes do § 153, n.º m. 3, à teoria subjectiva, com base na sua difícil compatibilização com uma incriminação inexistente no ordenamento português, de falsas declarações sob a forma negligente, entretanto revogada por Lei de 31-10-2008 (BGBl., I, p. 2149).

⁽¹⁹⁾ Cf. MEDINA DE SEIÇA, *cit.*, § 41.

caso de o depoimento contrariar aquela realidade ⁽²⁰⁾. Se, embora os julgando contrários ao ocorrido, a testemunha declara factos que afinal correspondem à verdade, não faz perigar a boa realização da justiça e como tal não pratica um facto típico de falso testemunho.

A lógica (aparentemente) material desta perspectiva não é, porém, suficiente para esconder o vício substancial de base em que toda a concepção radica, a de tomar a verdade histórica ou material que deve servir de termo de comparação com a declaração objecto de apreciação como um dado prévio e autónomo em relação a essa mesma narrativa trazida ao processo pela testemunha.

Esta perspectiva desconsidera, com efeito, a circunstância de o processo ser desenvolvido com vista a averiguar qual foi o conteúdo do acontecimento real, sendo que a verdade que se alcança no processo não é propriamente a verdade histórica, a realidade *qua tale*, ocorrida num determinado espaço e num determinado tempo. Bem pelo contrário, a verdade que se declara no processo, mediante tomada de posição do tribunal sobre os factos provados e não provados, é uma verdade processualmente construída, desejavelmente de um modo processualmente válido. Daí que sendo o bem jurídico deste delito a realização da justiça, a exegese do tipo-de-ilícito deste crime de falsidade de testemunho não se possa abstrair e ignorar esse particular modo de reconstituir a realidade que é imanente ao processo.

Ora, das duas, uma: ou a realidade histórica a que a teoria objectiva se pretende referir corresponde a uma espécie de “dado” esculpido num certo tempo e espaço exactos — mas se assim for tratar-se-ia de “coisa” inalcançável, o que redundaria na completa imprestabilidade prático-jurídica do crime de falsidade de testemunho —; ou então é, como só pode ser, a realidade que se constrói no processo e nos termos prescritos pelo direito processual.

Sucedo que esta reconstituição da realidade é feita pelo tribunal justamente com base nos meios de prova carregados para o processo e

⁽²⁰⁾ Assim, já KOHLRAUSCH / LANGE, *Strafgesetzbuch*, 43.ª ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1961, § 153, II; e ainda agora LENCKNER / BOSCH, *cit.*, antes dos §§ 153 e ss., n.º m. 4.

onde muitas vezes avultam decisivamente os depoimentos das testemunhas. Porque assim é, admitir que a falsidade de uma declaração, tomada em ordem à formação de um juízo de facto sobre uma certa realidade, possa ser aferida nem mais, nem menos do que com base naquilo que, através de tal declaração e/ou de outros meios de prova, se vier a declarar como constituindo a realidade significa incorrer num raciocínio circular. Vício que em determinados casos poderá redundar na total impunidade de quem, deturpando a realidade, consegue vencer o tribunal de que os factos se passaram nos termos por si falsamente descritos.

A impunidade que desta forma, à luz da concepção objectiva, pode ser lograda pela testemunha que falta à verdade é fundada logo na atipicidade objectiva da declaração, apesar de através dela a testemunha ter afrontado directa e materialmente o bem jurídico tutelado pelo crime de falsidade de testemunho, a realização da justiça. Pois nesse caso, graças a tal depoimento falso, há uma autêntica negação de justiça. E no entanto, o comportamento da testemunha nem sequer é típico, porque as suas declarações, apesar de falsas, coincidem com a verdade histórica que o tribunal declarou.

Atente-se neste exemplo: A, que manteve uma relação sexual consensual com B, vai, acto contínuo, a uma esquadra de polícia, dizendo ter sido violada por B; em julgamento, baseado nos vestígios biológicos de B detectados no corpo de A e nas declarações desta de que foi obrigada por B a manter cópula, o tribunal, não obstante a negação do arguido, fica convencido de que quem depõe com verdade é A, que, todavia, objectivamente, mentiu. Neste cenário, em que a testemunha contribuiu para uma denegação da justiça, a teoria objectiva diria que o depoimento de A não seria falso e que o tipo objectivo de ilícito do crime de falsidade de testemunho não estaria perfeccionado, atenta a congruência entre a declaração e a verdade afirmada pelo tribunal. Tamanho absurdo mostra bem a imprestabilidade de tal teoria e seria suficiente para a rejeitar.

4.2. Mas há outro argumento que aponta nesse sentido. É que se, por um lado, a concepção objectiva é complacente com quem mente,

sobretudo com o mentiroso que mente tão bem que logra convencer o tribunal, por outro lado é impiedosa com quem relatando os factos tal qual os experienciou produz declarações com um conteúdo diferente daquele que o tribunal vem a dar como provado. Nessas situações, a testemunha fala com verdade, mas a teoria objectiva não hesita em afirmar que ela pratica um ilícito-típico objectivo de falso testemunho.

Esta conclusão é de repudiar, porque não tem qualquer correspondência com o sentido social do falso testemunho eticamente censurável, tratando como objectivamente mentiroso o indivíduo que narra uma realidade que corresponde àquela que tem como verdadeira, por representar o circunstancialismo que pessoalmente percepcionou.

Não deixa, aliás, de ser estranho, ainda sob o ponto de vista da valoração social, que para a teoria objectiva aquele que fala com verdade possa passar por mentiroso ao nível do tipo-de-ilícito objectivo, mas já não aquele que embora mentindo, ao menos uma vez, faz declarações que não podem ser comparadas com a realidade histórica ocorrida, pela razão singela de que o tribunal não logra apurar que realidade foi essa.

Exemplo suficientemente ilustrativo desse paradoxo é precisamente o caso apreciado pela Relação de Guimarães: em 2006, A declarou à polícia que em 27 de Dezembro de 2005 se deslocou a um certo apartamento e aí foi atendido por N, uma cigana, aparentando ter 20/25 anos, com o cabelo loiro, a quem pediu dois pacotes de heroína, que por ela lhe foram entregues contra o pagamento de 10 euros; mas em 2008, esse mesmo A, perante o tribunal, negou ter comprado heroína naquele dia 27 de Dezembro de 2005 e declarou até que não conhecia sequer a arguida N. É patente que A mentiu. Ou à polícia, ou ao tribunal, ou a ambos, não é certo. Mas uma coisa é segura: ao menos em uma das vezes, A mentiu. E todavia, porque o tribunal não apurou se A comprou heroína a N no dia 27 de Dezembro de 2005, a solução objectiva diria que em nenhum dos momentos A prestou um depoimento falso. Dificilmente se poderia cogitar uma conclusão mais contrária ao sentido social do que seja uma falsa declaração produzida por uma testemunha, mas é a esse resultado que conduz a adopção da concepção objectiva, como o acórdão da Relação de Guimarães demonstra à saciedade.

4.3 Por último, contra a doutrina objectiva depõe ainda a sua, pura e simples, incapacidade para funcionar nas constelações de casos de *in dubio pro reo*, no âmbito processual penal. Sendo determinada matéria factual dada como provada (ou não provada) não propriamente porque o tribunal se convenceu positivamente da sua real verificação, mas antes porque — subsistindo dúvida insanável, eventualmente inculcada pelo próprio depoimento falso! — fez actuar o princípio *in dubio pro reo*, então não será sequer possível condenar quem quer que seja por falsidade de testemunho em relação a essa matéria em que se formou um *non liquet* na apreciação da prova. Isto mesmo naquelas situações em que seja notório que determinada pessoa mentiu sobre esses factos objecto de inquirição. Pois se o tribunal não logrou formar uma convicção para além da dúvida razoável sobre certo ponto de facto, não existe, à luz do parâmetro de aferição da falsidade proposto pela teoria objectiva, uma realidade ou uma verdade histórica afirmada efectivamente pelo tribunal que possa surgir como termo de comparação com o depoimento da testemunha. Nestes casos, bem como, aliás, em todos os outros em que não chegue a ser proferida decisão judicial de mérito sobre os factos objecto do depoimento testemunhal, o funcionamento do crime de falsidade de testemunho é completamente inviável, assim podendo ficar impunes os falsos testemunhos que objectivamente comprometeram a realização da justiça.

5. A razão está do lado de quem coloca a tónica na ligação entre a função processual da testemunha e a tutela do bem jurídico a que o crime de falsidade de testemunho está vinculado ⁽²¹⁾. Isto porque o

(21) Cf. o acórdão da Relação do Porto que se anota: “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. art. 348.º, 138.º-3 e 91.º CPP «dizer toda a verdade e só a verdade», 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”.

cumprimento pela testemunha do seu dever processual de relatar com verdade os factos sobre os quais é inquirida constitui o penhor mais seguro de uma boa administração da justiça. Nessa medida, a aferição da veracidade do depoimento há-de passar pela comparação entre aquilo que a testemunha declara e aquilo que ela própria percebeu no momento dos factos, independentemente da realidade eventualmente dada como provada pelo tribunal acerca desses mesmos factos.

Havendo coincidência entre a realidade que a testemunha pessoalmente conheceu e a realidade que ela relata quando é inquirida, o seu depoimento não pode ser considerado como falso para efeitos do tipo objectivo de ilícito do crime de falsidade de testemunho. Logo porque, quando assim é, o seu depoimento não é idóneo a afectar o bem jurídico, sendo, antes pelo contrário, um meio adequado para que a justiça se realize efectivamente. Mas também porque ao assim depor, a testemunha cumpre fielmente o seu dever processual de responder com verdade às perguntas que lhe forem dirigidas (art. 132.º-1, *d*), do CPP; e arts. 559.º e 635.º-1 do CPC), não devendo aqui ser qualificado como típica, nem mesmo no plano do tipo-de-ilícito objectivo, a conduta da testemunha que corresponde exactamente àquilo que dela se espera.

Se, pelo contrário, a testemunha relata uma realidade diferente daquela por si experienciada ao tempo dos factos, o testemunho deve ser qualificado como falso, dado que viola o seu dever de ser fiel à verdade e do mesmo passo pode comprometer o desiderato de uma efectiva realização da justiça no caso concreto. Isto mesmo quando o seu relato vá ao encontro daquilo que o tribunal acabou por dar como provado (*v. g.*, a testemunha, que não estava presente no local onde se deu um acidente de viação, narra ao tribunal os factos tal qual efectivamente ocorreram, como se deles tivesse tido conhecimento directo) ⁽²²⁾.

Colocamo-nos, assim, está bom de ver, na linha da concepção subjectiva, que por boas razões foi desde sempre dominante entre nós, muito por força, como se viu, da influência italiana. É essa ainda hoje,

⁽²²⁾ Assim, já a *RLJ*, ano 56.º, 1923-1924, n.º 2237, p. 342.

aliás, a doutrina absolutamente dominante em Itália, onde continua a afirmar-se, em relação ao crime de falso testemunho previsto no art. 372 do *Codice Penale* ⁽²³⁾, que “falso não é o depoimento que contrasta com a realidade objectiva, mas aquele que contrasta com aquilo que o depoente sabe por tê-lo visto ou ouvido” ⁽²⁴⁾. Esta doutrina, que corre sob a designação de *vero soggettivo*, funda-se naquela ideia de que o dever que a lei faz impender sobre a testemunha é o de relatar o resultado das suas percepções, mas ainda no argumento convincente de que se assim não fosse poderia abrir-se a porta à criação de testemunhos subjectivamente falsos para prova de factos realmente ocorridos ⁽²⁵⁾. Em larga medida coincidente com este pensamento é o critério proposto no direito alemão por Vormbaum, para quem o depoimento testemunhal deve ser tido como falso quando o depoente não descreve o acontecimento real tal qual ele próprio o apreendeu ⁽²⁶⁾.

Sintomático de que a teoria objectiva não pode ser levada tão longe quanto pretende agora parte da jurisprudência portuguesa, e de que o acórdão da Relação de Guimarães constitui claro exemplo, é o posicionamento da doutrina suíça. Em face de uma norma incriminadora

⁽²³⁾ Deve reconhecer-se, em todo o caso, que o preceito italiano dá à teoria subjectiva uma base bem mais consistente do que aquela que é oferecida pelo art. 360.º-1 do nosso CP — cf. art. 372 do *Codice Penale*: “quem, depondo como testemunha perante uma autoridade judiciária, afirma o falso ou nega o verdadeiro, ou silencia, no todo ou em parte, aquilo que sabe em relação aos factos sobre os quais é interrogado, é punido com reclusão de dois a seis anos”.

⁽²⁴⁾ FRANCESCO ANTOLISEI / LUIGI CONTI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, II, 14.ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 2003, p. 481.

⁽²⁵⁾ GUIDO PIFFER, *in*: Dolcini / Marinucci (org.), *Codice Penale Commentato*, vol. I, 2.ª ed., IPSOA, 2006, art. 372, n.º m. 14.

⁽²⁶⁾ Cf. VORMBAUM, ³NK, § 153, n.º m. 84, que faz questão de sublinhar o ponto onde se distancia da tradicional teoria subjectiva alemã: em causa está aqui não o conteúdo da consciência actual da testemunha, e portanto a recordação que no momento do depoimento ela guarda dos factos, mas sim o conteúdo do conhecimento apreendido pela testemunha ao tempo em que os factos se passaram. Já antes, no essencial desta direcção, WILHELM GALLAS, “Zum Begriff der Falschheit der eidlichen und uneidlichen Aussage”, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1957, p. 315 e ss., embora com concessões à teoria objectiva relativamente aos §§ 160 e 163 do StGB, e SCHMIDHÄUSER, “Aussagepflicht und Aussagedelikte”, p. 212 e ss.

similar à portuguesa ⁽²⁷⁾, é dominante a opinião de que deve ser adoptado um critério objectivo de falsidade, por força do qual o falso testemunho corresponde a uma declaração desconforme com a verdade objectiva, traduzindo-se numa afirmação de factos inexactos. Mas esta ideia não obsta a que se considere como falso o depoimento incompleto, bem como o testemunho daquele que finge falsamente não conhecer certos factos ou daquele que afirma os factos como certos, embora deles só tenha uma vaga recordação ou só os afirme por mera suposição, e inclusivamente o de quem diga ter presenciado factos que todavia não observou pessoalmente e só conhece por ouvir dizer ⁽²⁸⁾.

O mesmo sucede inclusive na experiência alemã, onde até aqueles que se declaram filiar na corrente objectiva acompanham o entendimento da jurisprudência no sentido de considerar como falso o depoimento de quem declara nada saber sobre determinada ocorrência quando afinal tinha conhecimento da mesma ou ainda o testemunho daquele que, apesar do seu pleno convencimento ou da sua perfeita recordação, faz passar a ideia de que pode estar errado ⁽²⁹⁾. A este propósito, esclarece Bohnert que, embora pareça paradoxal, a verdade é que a jurisprudência abraça cumulativamente os critérios da teoria objectiva e da teoria subjectiva, começando por fazer passar o caso pelo crivo da primeira, para depois passar ao da segunda, admitindo a punibilidade de quem, apesar de declarar uma factualidade coincidente com a realidade objectiva, afirma poder estar errado, quando afinal está dela seguro, porque no caso não dá a devida conta sobre a sua própria memória. Que esta conclusão já nada deve à teoria objectiva é coisa

⁽²⁷⁾ Art. 307: do CP suíço “Quem, sendo testemunha, perito, tradutor ou intérprete num processo judicial, faça sobre os factos da causa um falso depoimento, apresente uma constatação ou um relatório falsos, ou faça uma tradução falsa, é punido com reclusão até 5 anos ou com detenção”.

⁽²⁸⁾ Cf. URSULA CASSANI, *Commentaire du Droit Pénal Suisse. Partie Spéciale*, vol. 9, Berne, Editions Staempfli+Cie, 1996, art. 307, n.º m. 25, e ANDREAS DONATSCH / WOLFGANG WOHLERS, *Strafrecht IV: Delikte gegen die Allgemeinheit*, 3.ª ed., Zürich, Schulthess, 2004, p. 429 e s.

⁽²⁹⁾ LENCKNER / BOSCH, *cit.*, antes dos §§ 153 e ss., n.º m. 7.

que não carece de demonstração ⁽³⁰⁾; e todavia, trata-se de solução a que mesmo a doutrina defensora da concepção objectiva dá o seu aval ⁽³¹⁾.

6. Temos assim que, devendo valer um conceito subjectivo de falsidade, com o conteúdo enunciado supra, no caso de declarações sucessivas de uma testemunha abertamente contraditórias entre si há seguramente motivo para considerar existir falsidade de depoimento no sentido previsto pelo tipo *objectivo* de ilícito do crime de falsidade de testemunho inscrito no n.º 1 do art. 360.º do CP. Com efeito, quando esse comportamento da testemunha seja perspectivado na sua globalidade resulta claro que ao longo do processo não transmitiu sempre aos destinatários das suas declarações a realidade por si percebida relativamente aos factos objecto da inquirição. Essa falta de fidelidade à verdade, traduzida num desvio da declaração em relação à realidade apreendida pelo próprio declarante e descortinada através de uma visão integrada de toda a sua conduta processual, é por si só suficiente para implicar a prática de um ilícito-típico objectivo de falsidade de depoimento, como também entendeu a Relação do Porto e contra o que decidiu a Relação de Guimarães. Assim sendo, o desconhecimento ou a falta de referência à realidade efectivamente ocorrida não constitui obstáculo ao perfeccionamento do tipo objectivo, dado que essa realidade não releva para a aferição do preenchimento do ilícito-típico objectivo.

Não quer isso significar, naturalmente, que sempre que existam discrepâncias entre versões produzidas por uma mesma testemunha durante um processo haja necessariamente o cometimento de um crime de falsidade de depoimento. Ponto é que as divergências espelhem sem margem para dúvidas um comportamento processual da testemunha que em determinado momento se manifestou num relato infiel daquilo que pessoalmente conheceu à altura dos factos sobre os quais é ouvida; e

⁽³⁰⁾ J. BOHNERT, *Juristische Rundschau*, 1984, p. 425 e s., em anotação concordante com a decisão do OLG de Koblenz de 14-07-1983.

⁽³¹⁾ Cf. de novo LENCKNER / BOSCH, *cit.*, antes dos §§ 153 e ss., n.º m. 7.

além disso, que os demais elementos do facto punível, desde logo o dolo, possam ser afirmados.

Por último, uma palavra só para manifestar a nossa discordância perante a objecção de que não se apurando especificamente em que momento a testemunha faltou à verdade impõe-se a sua absolvição por falta de prova de qual das declarações é falsa. Estamos aqui perante uma perspectiva que pretende fraccionar a actuação do agente em tantos momentos quantos os que ele foi chamado a depor, quando uma correcta ponderação do seu comportamento pressupõe necessariamente que o mesmo seja visto unitariamente e em toda a sua amplitude. Quando assim seja, não subsistirá dúvida quanto à circunstância de que em alguma altura da sua participação processual o agente faltou à verdade e como tal incorre num facto típico de falsidade de testemunho; podendo quando muito subsistir dúvida sobre o exacto momento em que tal ocorreu. Dúvida essa que, caso tenha relevo penal ou processual penal (v. g., para efeitos de determinação do momento da prática do facto e da prescrição do procedimento criminal ou para a agravação prevista no n.º 3 do art. 360.º do CP), não poderá deixar ser valorada a favor do arguido, como também entendeu o Tribunal da Relação do Porto, mas que, em princípio, não será suficiente para comprometer a imputação da falsidade ao depoente.

Nuno Brandão

Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

REVISTA PORTUGUESA DE CIÊNCIA CRIMINAL

ANO 20 • N.º 3 • Julho-Setembro 2010 • DIRECTOR: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS



Coimbra Editora
grupo Wolters Kluwer

Instituto de Direito Penal Económico e Europeu
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

