



DEPARTAMENTO DE DIREITO

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS

**DEPOIMENTOS PARA MEMÓRIA FUTURA:
CONTEÚDO DOGMÁTICO E APLICAÇÃO PRÁTICA**

Orientador: Mestre Ana Paula Pinto Lourenço

Autor: Pedro Jorge Fernandes Nunes

Dissertação para a obtenção de grau de mestre

Lisboa – Janeiro de 2014

Ao meu filho Miguel Guilherme, que é farol que ilumina o meu trilho.

À minha Mãe, que apesar de iletrada sempre apontou o estudo como o melhor caminho a perseguir.

À Dr.^a Ana Paula Pinto Lourenço que orientou o presente trabalho, o nosso muito obrigado, na certeza que sem as suas correções e orientações nada seria realizado.

Também um especial agradecimento aos muitos colegas e amigos da Polícia Judiciária, designadamente aqueles com quem tive a honra de privar e trabalhar diretamente, que ao longo do tempo me foram transmitindo as suas preocupações e conhecimentos sobre a matéria que constitui o objeto deste estudo. Um especial obrigado ainda aos colegas e amigos da Universidade Autónoma de Lisboa, que de alguma forma contribuíram para o sucesso do presente trabalho.

Resumo Analítico

Apesar de não se tratarem de um meio de obtenção de prova, na verdade, as declarações para memória futura assumem no ordenamento jurídico nacional extrema importância em termos de preservação da prova. Podem ser obtidas em qualquer fase do processo e destinam-se a recolher antecipadamente testemunhos para que, em caso de necessidade, possam ser lidos e valorados em audiência de discussão e julgamento. Todavia, tem de existir, no momento em que a medida é requerida, um juízo de prognose quanto à impossibilidade futura de o declarante não poder estar presente na audiência de discussão e julgamento, de existir o receio de o declarante não venha a possuir capacidade para prestar as declarações nessa fase do processo e, também, quando se trate vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual e de tráfico de pessoas.

Assumem ainda grande importância no combate ao fenómeno da vitimização secundária que algumas testemunhas, designadamente os menores vítimas de crimes contra sua a liberdade e autodeterminação sexual, comportam durante toda a fase processual.

A tramitação processual na tomada de declarações para memória futura pode colidir com princípios estruturantes do direito processual penal, caso não sejam observados todos requisitos legais para a realização da diligência. Para tal, nos casos em que as declarações para memória futura forem tomadas durante a fase de inquérito, para que não haja violação da estrutura acusatória do processo penal, o que tornaria o artigo 271.º do CPP inconstitucional, o Ministério Público, o arguido, o assistente e partes civis, na elaboração do requerimento da prova antecipada tem de delimitar o objeto da diligência. Na presente dissertação defende-se que não é obrigatória a constituição prévia de arguido à data do momento da tomada de declarações para memória futura, já que a presença de defensor assegura todas as garantias de defesa e consequentemente o contraditório.

Após lidas e debatidas em audiência de julgamento, as declarações para memória futura têm o mesmo valor probatório que a prova realizada em audiência e pode ser livremente apreciada pelo juiz para fundamentar a sentença.

Palavras-chave: declarações para memória futura, testemunha, vitimização, contraditório.

Analytical Abstract

Although they are not a mean of obtaining evidence, the true is that the statements for future memory play a vital role in Portuguese national law in terms of evidence preservation. They can be obtained at any procedural stage and are intended to gather evidence in advance, and if necessary, they are read and valued at trial. However, it must exist, by the moment this measure is required, a prognosis judgment regarding a future impossibility of the witness to attend the trial hearing, or his inability to testify, or in the case of crimes against sexual freedom, crimes against self-determination or human trafficking.

They assume a major role fighting the victimization that some witnesses, namely underage victims of the previously referred crimes, suffer throughout the entire process.

The procedure of saving statements for future memory may collide with the structural principles of Portuguese criminal law, if all the legal requirements are not met. When the statements for future memory are obtained during the enquiry stage, the prosecutor, the defendant, the attendant and the civil parts must delimitate the diligence purpose at the evidence motion formulation. Otherwise, it would violate the accusatorial structure of penal process and it would mean that the article 271 of C.P.P. would be unconstitutional.

This dissertation argues that is not mandatory to have a defendant already constituted in the process once a lawyer presence assures all the guarantees of a proper defense and consequently the contradictory.

After the statements for future memory are read and discussed at a trial hearing, they have the same probative value that the all the other evidence presented in the hearing has, so they can be freely weighted by the court to justify its sentence.

Keywords: statements for future memory, witnesses, victimization, contradictory.

Índice

Introdução	9
1.1- Caráter excecional da tomada de declarações para memória futura	12
2. Modelo processual português: O acusatório e o Contraditório	16
2.1 - A relação entre a Constituição e o Direito Processual Penal	16
2.2 - Modelo processual de estrutura acusatória	20
2.3- O Princípio do Contraditório	23
2.3.1 – <i>Relação entre o Princípio do Contraditório e a Prova</i>	26
2.3.2 - <i>A prova e a investigação criminal</i>	28
2.3.3 - <i>O Princípio do Contraditório nas Declarações para Memória Futura</i>	31
3. Génese e evolução das declarações para memória futura no ordenamento jurídico português	41
3.1- A antecipação de prova noutros ordenamentos jurídicos	45
4. A proteção jurídica dos menores vítimas de crime	48
4.1 Noção de vítima e posição processual.....	48
4.2 - Tutela Constitucional da vítima	50
4.3- O acolhimento no direito internacional e europeu	52
4.4 - O papel da vítima no processo penal	54
4.5 – Promoção e proteção de crianças e jovens em perigo – o interesse superior do menor..	57
5. Intervenção jurisdicional e tramitação processual	60
5.1 - Intervenção jurisdicional.....	60
5.2- Tramitação Processual	61
6. Sistematização do art.º 271º do Código Processo Penal	67
6.1 – Artigo 271.º, n.º 1 do CPP – Fundamentos da antecipação de prova.....	67
6.2 - Artigo 271.º, n.º 2 do CPP – Obrigatoriedade da tomada de declarações para memória futura nos crimes contra a autodeterminação sexual de crianças e jovens.....	70

6.2.1 - <i>Obrigatoriedade da realização de inquirição para memória futura</i>	73
6.2.2 - <i>Competência e credibilidade da criança como testemunha</i>	76
6.2.3 – <i>Perícia sobre a personalidade</i>	77
6.2.4 - <i>A Entrevista Cognitiva (EC) como técnica de recolha de informação para crianças vítimas de situações de abuso sexual.</i>	78
6.3 - Artigo 271.º, n.º 3 do CPP – Comunicação do dia, da hora e do local da prestação do depoimento e a obrigatoriedade de comparência do Ministério Público e do Defensor.....	80
6.4 - Artigo 271.º, n.º 4 do CPP – Ambiente informal e reservado na tomada de declarações a menores vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual	82
6.5 - Artigo 271.º, n.º 5 do CPP – Estrutura da diligência	84
6.6 - Artigo 271.º, n.º6 do CPP – Equiparação a audiência de julgamento?	86
6.7 - Artigo 271.º, n.º7 do CPP – Declarações do assistente e das partes civis, de peritos e consultores técnicos e acareações.	88
6.8 - Artigo 271.º, n.º8 do CPP – Admissibilidade da repetição de prova em sede de audiência de julgamento.	89
7. Leitura e valoração das declarações para memória futura	91
8. A relação entre a Lei de proteção de testemunhas e as declarações para memória futura	97
Conclusões	104
Bibliografia	108

Depoimentos para memória futura:

Conteúdo dogmático e aplicação prática

“O passado é história, o futuro é mistério, e hoje é uma dádiva. Por isso é chamado de presente!”¹

Introdução

O tema do presente trabalho surgiu no âmbito da investigação de um processo-crime, no qual foram suscitadas algumas questões de ordem processual, cuja origem era a tomada de declarações para memória futura.

Na concretização da atividade investigatória ocorrem, por vezes, situações de ordem dogmática que suscitam questões quanto à compatibilidade com a aplicação de determinadas normas. E foi uma dessas questões que esteve na origem do tema do presente trabalho, já que a sua resolução implicou um estudo mais aprofundado sobre toda a problemática da tomada de declarações para memória futura. Colocou-se em questão se determinado depoimento poderia ser tomado, nos termos do art.º 271.º do Código Processo Penal, sem que naquele momento houvesse ainda arguidos constituídos. Outra das questões prendia-se com a validade do depoimento da testemunha prestado perante o Órgão de Polícia Criminal (neste caso a Polícia Judiciária) e a validade do depoimento tomado em sede de declarações para memória futura, já que entre ambos existiam incongruências que poderiam refletir decisões judiciais bastantes díspares.

¹ Provérbio chinês que caracteriza a importância de aproveitar o presente para resolver no futuro as agruras do passado.

Realmente as declarações para memória futura são uma medida de relevante valor processual, já que permitem preservar e fixar elementos probatórios que de outra forma, provavelmente, iriam perder-se e não chegariam a ser discutidos em local próprio, ou seja, no debate de audiência de julgamento. Possibilitam ainda colmatar as contrariedades que surgem no dia-a-dia em termos de perda de elementos probatórios e, através de juízo de prognose, salvaguardar esses elementos de prova que terão influência na decisão do caso concreto.

Após algum estudo e reflexão, em termos de delimitação do presente trabalho, optou-se claramente por uma estrutura que assenta em dois pilares essenciais: o conteúdo dogmático e a aplicação prática, com especial enfoque na prestação de declarações para memória futura por parte de menores.

Relativamente ao conteúdo dogmático, e não obstante fazermos uma aproximação ao tema do presente estudo para poderem ser explanadas e compreendidas algumas questões de aplicação prática, na verdade também aqui demos maior prevalência às questões que tratam o princípio do contraditório, concretamente a aplicação desse princípio nas declarações para memória futura, por serem essas questões que, em nosso entender, menos consenso suscitam relativamente à aplicação da medida.

Neste contexto, em termos dogmáticos, para chegar ao contraditório nas declarações para memória futura, propomo-nos efetuar um estudo, ainda que não exaustivo, da concreta relação entre as normas constitucionais e as normas processuais penais, do modelo processual de estrutura acusatória, da importância do princípio do contraditório no modelo processual português, bem como a sua estreita relação com a prova.

Julgamos ainda ser importante, para uma cabal compreensão do conteúdo e alcance das declarações para memória futura no ordenamento jurídico português, aprofundar a origem e os fundamentos em que se consubstancia tal medida.

Quanto à aplicação prática, procedemos a uma análise do artigo 271.º do Código Processo Penal, verificando de forma crítica todos os números desse artigo em razão da sua contribuição para a tomada de declarações para memória futura. Para tal, há a necessidade de, previamente, compreender toda a tramitação processual desde a elaboração do requerimento

pelo Ministério Público, pelo arguido, pelo assistente e pelas partes civis, até à intervenção jurisdicional, e consequente tomada de declarações.

À semelhança da delimitação efetuada ao nível do conteúdo dogmático, também aqui irá ser dada especial relevância ao n.º 2 do artigo 271.º, ou seja, a obrigatoriedade de tomada de declarações para memória futura, no caso de menores vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. Esta imposição legal, que surgiu no ordenamento processual penal português com a revisão do Código Processo Penal de 2007, tem como preâmbulo a salvaguarda dos interesses no menor, designadamente evitar a vitimização secundária, derivada da sua participação enquanto agente de produção de prova. Na verdade, o argumento dessa alteração legislativa foi o combate ao fenómeno da vitimização secundária que algumas testemunhas, nomeadamente os menores vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, comportam durante toda a fase processual. Resulta evidente que o legislador quis poupar estas vítimas de ter de repetir os factos por si vivenciados e de reviver a experiência traumática vezes sem conta, diante do OPC, do Ministério Público, do tribunal de julgamento e neste tantas vezes quantas o julgamento tiver de ser repetido.

Por fim, e atendendo à necessidade de leitura, em sede de audiência de julgamento, das declarações tomadas nos termos do art.º 271.º do Código Processo Penal, será efetuada uma abordagem ao regime geral da leitura de declarações em audiência e julgamento, para posteriormente tratarmos o regime concreto de leitura e valoração das declarações para memória futura.

Importante será, também, a perspetiva de abordagem ao tema. Desta forma, importa referir que o presente trabalho irá ser elaborado na ótica dos interesses das vítimas de crime, em especial dos menores vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. Todavia, serão sempre observados um conjunto de princípios e garantias que asseguram os direitos de defesa do arguido e evitam que, de alguma forma, esses direitos sejam postergados ou reduzidos. Para isso, iremos abordar a tutela jurídica dos menores vítimas de crime e analisar o acolhimento dessa proteção a nível nacional (constitucional e processual), internacional e europeu. A opção pelo destaque conferido à posição dos menores deveu-se à circunstância de, pela sua condição, em razão da idade, se encontrarem mais fragilizados que qualquer outra pessoa, quando confrontados com o sistema de justiça e, nesse sentido,

importando acautelar todos os mecanismos que em simultâneo salvaguardem a realização da justiça, a descoberta da verdade e os interesses dos menores.

Ainda no plano da defesa dos interesses dos menores, propomo-nos analisar a Lei de Proteção de Testemunhas, por se tratar de uma lei de aplicação excecional, que comporta um conjunto de possibilidades e mecanismos de proteção. Este diploma consagra uma variedade de medidas, de carácter judicial, que beneficiam o depoimento de testemunhas especialmente vulneráveis e que garantem a espontaneidade e sinceridade do depoimento. Uma das medidas elencadas é a possibilidade da testemunha intervir no processo o mais brevemente possível após o crime, evitando-se a repetição da audição e recorrendo-se às declarações para memória futura.

Todavia, antes de iniciar qualquer explanação procuraremos, ainda que resumidamente, abordar o carácter excecional que comporta a diligência de declarações para memória futura no ordenamento jurídico português.

1.1- Carácter excecional da tomada de declarações para memória futura

A finalidade originária dos artigos 271.º e 294.º do Código Processo Penal², é permitir que, excecionalmente, em caso de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro de uma testemunha (ou assistente, parte civil, perito ou consultor técnico) que previsivelmente a impeça de ser ouvida, o juiz de instrução³, proceda à sua inquirição no decurso do inquérito ou da instrução a fim de que o seu depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento. Este regime foi posteriormente tornado extensivo às vítimas de crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual.

² Doravante designado pela sigla CPP.

³ Acentuando a garantia jurisdicional decorrente da presença de um juiz ao longo de todo o procedimento, cfr. LOPES, Mouraz, O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para “memória futura”, Sub Judice, 26, 2003, pag. 14.

As declarações para memória futura são uma medida de alcance inovador e de grande eficácia em termos probatórios, que deve ser particularmente considerada no planeamento e desenvolvimento de toda a ação penal. Podem ser obtidas em qualquer fase do processo e destinam-se a recolher antecipadamente prova para que, em caso de necessidade, a mesma possa ser lida e valorada em audiência de discussão e julgamento.

Embora, em princípio, toda a prova deva ser produzida em audiência, o legislador não podia deixar de ter em atenção as eventualidades do dia-a-dia. Como afirma Alberto dos Reis⁴, pode na verdade, “suceder que a produção de determinada prova apresente carácter de urgência incompatível com a espera do momento normal e oportuno da audiência de julgamento; pode dar-se o caso de haver risco de perda da prova se houver de aguardar-se por aquele momento”.

Assim, nos termos da lei, são três os fundamentos ou requisitos que justificam a tomada de declarações para memória futura⁵:

- Doença grave que previsivelmente impeça a testemunha (assistente, parte civil, perito ou consultor técnico) de ser inquirida em julgamento;
- Deslocação para o estrangeiro que previsivelmente impeça a testemunha (assistente, parte civil, perito ou consultor técnico) de ser inquirida em julgamento;
- Crimes do catálogo (contra a liberdade e autodeterminação sexual e tráfico de pessoas).

Alberto dos Reis⁶ referia que “a justificação sumária da necessidade da antecipação deve consistir na alegação de factos e circunstâncias conducentes a mostrar que há justo receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a produção em audiência, da prova cuja antecipação se pretende obter”. Este autor chamava a atenção para a grande afinidade entre a produção antecipada de prova e as chamadas providências cautelares, porquanto o fundamento de ambas é o *periculum in mora*. “O perigo consiste aqui em desaparecer ou

⁴ REIS, Alberto dos, Código de Processo Civil Anotado, vol. III, 3ªed., Coimbra Editora, 1981, pág. 332.

⁵ Esta matéria irá ter melhor tratamento em capítulo próprio.

⁶ REIS, Alberto dos, ob. cit., pág. 336.

tornar muito difícil a produção de determinado meio de prova, se houver de esperar-se pela fase normal da instrução do processo”⁷.

Destarte, poder-se-á utilizar esta medida, produzindo-se, por conseguinte, prova antecipada, desde que exista um juízo de prognose quanto a uma impossibilidade futura de o declarante vir a estar presente na audiência de discussão e julgamento, de existir o receio de o declarante não vir a possuir capacidade para prestar as declarações nessa fase do processo⁸ ou ainda no caso das vítimas de crimes sexuais⁹ e de tráfico de pessoas.

Todavia, a tomada de declarações para memória futura pode colidir com princípios estruturantes do direito processual penal, caso não sejam observados todos requisitos legais para a realização da diligência. Defendemos que, nos casos em que as declarações para memória futura forem tomadas durante a fase de inquérito, para que não haja violação da estrutura acusatória do processo penal, o que tornaria o artigo 271.º do CPP inconstitucional – uma vez que a entidade que investiga não é quem julga e a entidade que julga não investiga –, o Ministério Público, o arguido, o assistente e partes civis, na elaboração do requerimento da prova antecipada tem de delimitar o objeto da diligência. Sustentamos ainda que não é obrigatório haver arguidos constituídos à data do momento da tomada de declarações para memória futura, já que a presença de defensor assegura todas as garantias de defesa e consequentemente o contraditório¹⁰.

Num plano estritamente doutrinário, e em tese geral, este procedimento, inexistente no nosso ordenamento processual penal até à entrada em vigor do Código Processo Penal de 1987, operada pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, parece colidir com os princípios da oralidade e da imediação da audiência de julgamento. Entendeu, porém, o legislador, numa

⁷ *Idem*.

⁸ CUNHA, Damião da, O Caso Julgado Parcial, Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção Num Processo de Estrutura Acusatória, Porto 2002, Publicações Universidade Católica, pag. 407.

⁹ GOLÇALVES, Maia, Código de Processo Penal Anotado, 9.ª edição, Almedina, 1998, pag. 514. Ac. da Rel. do Porto 18-4-2001, rel. Manso Rainho: “O que a lei pretende, certamente, é que as vítimas de crimes que tais não sejam obrigadas a expôr-se em audiência e a ter de reviver no futuro acontecimentos que, de ordinário, são profundamente traumatizantes. Como bem salienta o digno recorrente, os pressupostos indicados nesse normativo não são cumulativos, de sorte que basta que se esteja perante a investigação de um crime de natureza sexual para que a diligência possa efectuar-se”, Colectânea de Jurisprudência, ano XXVI, tomo 2, pág. 228.

¹⁰ Estas matérias serão posteriormente tratadas em capítulos próprios.

lógica inovadora de acentuado pragmatismo, admitir um mecanismo suscetível de aumentar os níveis de eficácia na fixação e validação probatória em matéria penal, impondo porém, a sua jurisdicionalização e a observância de um conjunto de garantias e procedimentos, que impeçam, a todo custo, que a estrutura do processo seja significativamente alterada ou que os direitos do arguido sejam de alguma forma postergados ou reduzidos¹¹.

¹¹ Conforme ensina BRAZ, José, *Investigação Criminal: a organização, o método, e a prova: os desafios da nova criminalidade*, Almedina, 2009, pág. 126.

2. Modelo processual português: O acusatório e o Contraditório

2.1 - A relação entre a Constituição e o Direito Processual Penal

Conforme ensina Faria Costa¹², “ as estreitas relações entre o direito processual penal e a lei fundamental têm força de evidência que se cristaliza na positividade da própria norma constitucional. Com efeito, os artigos 27.º (sobretudo o n.º 3), 28.º, 31.º, 32.º e 34.º, para só enunciarmos os mais impressionantes, não deixam margem para dúvidas quanto à fortíssima conexão existente entre o direito processual penal e a Lei Fundamental”

Também Claus Roxin¹³ disse que “o direito processual penal é o sismógrafo da Constituição do Estado”. E, neste sentido, o tratamento que a Constituição der aos direitos fundamentais no processo penal é o conformador primeiro e decisivo da respetiva disciplina na lei ordinária, mas, para além disso, é um indicador claro da relação que se quis estabelecer entre o cidadão e o Estado¹⁴. Portanto, através da Constituição processual penal o Estado autodefine-se como liberal ou autoritário e revela o apreço em que tem a pessoa individualmente considerada por contraposição a interesses coletivos.

A estrutura normativa do Código Processo Penal está em sintonia com as regras da Constituição, prevalecendo a ideia da "concordância prática" dos direitos e garantias constitucionalmente inscritos com a trilogia de objetivos que definem o moderno processo

¹² COSTA, Faria, Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis), 1999.

¹³ Roxin, Claus, Política criminal y sistema del derecho penal, trad. De Muñoz Conde, Ed. Bosch, Barcelona, 1972, pág. 230.

¹⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – I Congresso de Processo Penal, Coimbra Almedina: 2005

penal: o da verdade material e da Justiça; o da defesa dos direitos individuais; a recuperação da paz (segurança) jurídica dos cidadãos¹⁵.

No que lhe diz respeito, o processo penal está orientado por duas finalidades específicas: Por um lado, "propõe-se uma estrutura processual que permita, eficazmente, tanto averiguar e condenar os culpados criminalmente, como defender e salvaguardar os inocentes de perseguições e condenações injustas"; por outro lado, deverá orientar-se "pela válida conciliação de dois princípios ético-jurídicos fundamentais: o princípio da reafirmação, defesa e reintegração da comunidade ético-jurídica - i.é, do sistema de valores ético-jurídicos que informam a ordem jurídica, e que encontra a sua tutela normativa no direito material criminal -, e o princípio do respeito e garantia da liberdade e dignidade dos cidadãos, i.é, os direitos irredutíveis da pessoa humana"¹⁶.

Ensina, por sua vez, Figueiredo Dias¹⁷ que, "Deste modo o processo penal constitui um dos lugares por excelência em que tem de encontrar-se a solução do conflito entre as exigências comunitárias e a liberdade de realização da personalidade individual. Aquelas podem postular, em verdade, uma 'agressão' na esfera desta; agressão a que não falta a utilização de meios coercivos (prisão preventiva, exames, buscas, apreensões) e que mais difícil se torna de justificar e suportar por se dirigir, não a criminosos convictos, mas a meros 'suspeitos' - tantas vezes inocentes - ou mesmo a 'terceiros' (declarantes, testemunhas e até pessoas sem qualquer participação processual). Daqui que o interesse comunitário na prevenção e repressão da criminalidade tenha de pôr-se limites - inultrapassáveis quando aquele interesse ponha em jogo a *dignitas* humana que pertence mesmo ao mais brutal delinquente; ultrapassáveis, mas só depois de cuidadosa ponderação da situação, quando conflitue com o legítimo interesse das pessoas em não serem afetadas na esfera das suas liberdades - pessoais para além do que seja absolutamente indispensável à consecução do interesse comunitário. É através desta ponderação e da justa decisão do conflito que se exclui a possibilidade de abuso do poder - da parte do próprio Estado ou dos órgãos a ele subordinados - e se põe a força da sociedade ao serviço e sob o controlo do Direito; o que traduz só, afinal, aquela limitação do poder do

¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina.

¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes, ob.cit.

¹⁷ DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Primeiro Volume, Reimpressão, 1984, § 2, II, 1

Estado pela possibilidade de livre realização da personalidade ética do homem que constitui o mais autêntico critério de um verdadeiro Estado-de-direito".

Acerca da "concreta conformação jurídico-constitucional do direito processual penal", continua Figueiredo Dias¹⁸, depois de citar H. Henkel, segundo o qual o direito processual penal é verdadeiro direito constitucional aplicado: "Daqui resultam, entre outras, as exigências correntes: de uma estrita e minuciosa regulamentação legal de qualquer indispensável intromissão, no decurso do processo, na esfera dos direitos do cidadão constitucionalmente garantidos; de que a lei ordinária nunca elimine o núcleo essencial de tais direitos, mesmo quando a Constituição conceda àquela lei liberdade para os regulamentar; de estrito controlo judicial da atividade de todos os órgãos do Estado, mesmo dos que cumpram funções puramente administrativas, desde que tal atividade se prenda com as garantias constitucionais; de proibição das jurisdições de exceção, através da garantia do juiz legal ou natural, que ponha o arguido a coberto de qualquer manipulação do direito constitucional judiciário; de proibição de provas obtidas com violação da autonomia ética da pessoa, mesmo quando esta consinta naquela; etc. Da mesma fonte deriva, finalmente, o mandamento de que a interpretação e aplicação dos preceitos legais se perspetive a partir da Constituição e se leva a cabo de acordo com esta".

Na verdade, as formas ou sistemas do processo através das quais se desenvolvem as funções de investigação, acusação, defesa e decisão, refletem em grande parte a estrutura política do Estado. Destaque-se, como exemplo particularmente importante, o problema da conciliação da situação jurídica do arguido com a forma de proceder para que se realize o fim do processo – a atuação do direito objetivo. Ampliar ou restringir as garantias do arguido no processo penal é problema político que muito tem a ver com a conceção do homem subjacente à estruturação política de qualquer comunidade. Assim se compreende que, sendo o processo penal tão fortemente sujeito a critérios políticos, seja também o mais sujeito a sofrer com as alterações constitucionais. Enquanto a Constituição sanciona positivamente os valores que conformam a comunidade, a disposição dos meios técnicos do processo para a prossecução dos seus fins próprios há-de necessariamente conformar-se com os valores sancionados pela Constituição.

¹⁸ *Idem.*

Todavia, a pedra de toque do garantismo processual penal continua ser a atividade probatória e os princípios fundamentais que lhes são inerentes.

A atividade probatória é um ato ou complexo de atos que tendem a formar a convicção da entidade decisora sobre a existência ou inexistência de uma determinada situação factual. Todavia, há que destacar dois aspetos essenciais: a prova enquanto meio ou atividade para produzir um determinado resultado (meio de prova ou atividade probatória) e o próprio resultado ou juízo sobre os factos (resultado probatório), isto é, a convicção que é criada na entidade decisora sobre a existência ou não de uma dada situação factual¹⁹.

Devemos, porém, admitir que não obstante a finalidade imediata e porventura essencial da prova seja a demonstração da realidade dos factos, na verdade, não é a única no processo penal moderno. A prova, entendida como atividade probatória, é também garantia de realização de um processo justo, de eliminação do livre arbítrio, quer enquanto demonstração da realidade dos factos que não há-de procurar-se a qualquer preço, mas apenas através de meios lícitos, quer através da obrigatoriedade de fundamentação das decisões de facto que permitem a sua fiscalização através dos diversos mecanismos de controlo de que dispõe a sociedade²⁰.

Relativamente à legalidade da prova, dispõe o art.º 125º do CPP que *são admitidas as provas que não forem proibidas por lei*. A norma pressupõe que existam ou possam existir meios de prova proibidos e impossibilita que esses meios de prova sejam utilizados no processo penal. A base legal das proibições de prova encontra-se primariamente consagrada no n.º 8 do art.º 32º da Constituição (e no art.º 25.º, n.º2)²¹ e é recebida e desenvolvida pelo art.º 126º da CPP. Trata-se, afinal, de provas obtidas com a violação de direitos constitucionalmente garantidos e relativamente aos quais a Constituição estabelece verdadeiras normas processuais que devem ser respeitadas para poderem exceccionalmente incidir sobre as liberdades constitucionalmente

¹⁹ BRAZ, José, *Investigação Criminal: a organização, o método, e a prova: os desafios da nova criminalidade*, Almedina, 2009.

²⁰ CANOTILHO, Gomes – *O ónus da prova na jurisdição das liberdade*, Estudos sobre Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, 2004.

²¹ SALINAS, Henrique, “Comentário ao art.º 32.º da Constituição da República Portuguesa”, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, coordenação de MIRANDA, Jorge e de MEDEIROS, Rui, Coimbra, Coimbra Editora – 2010

tuteladas, de onde resulta, por um lado, que é muito circunscrita a discricionariedade do legislador ordinário, e por outro, que as provas obtidas mediante modalidades desrespeitosas das regras estabelecidas pela lei ordinária para tutela dos direitos constitucionalmente protegidos se devem considerar como diretamente violadores da Constituição²².

Com uma ou outra exceção estabelecidas por lei, as proibições de prova reconduzem-se à proibição de abusos contra os direitos fundamentais das pessoas e se para obstar aos abusos contra a dignidade humana, pela violação dos seus direitos fundamentais, é necessário sacrificar outros interesses ou valores (tal como permite a própria Constituição), a Constituição fez a opção que se impunha, cominando com a nulidade a prova obtida por meios proibidos, porque a dignidade humana é o próprio fundamento dos direitos e, por isso, nunca deve ser sacrificada²³.

Os preceitos jurídico-processuais penais atinentes ao regime da produção e da valoração da prova no processo-crime estão ainda sujeitos à aplicação de diversos princípios com consagração jus constitucional, designadamente o Princípio do contraditório, ao qual daremos especial relevo, tendo em conta a sua importância para o presente tema.

2.2 - Modelo processual de estrutura acusatória

Nos termos da Constituição da República Portuguesa²⁴, o processo penal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório²⁵.

²² CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital – Constituição da República Portuguesa Anotada, 2.^a edição, Coimbra Editora.

²³ MIRANDA, Jorge – Manual de Direito Constitucional: Constituição e inconstitucionalidade. 3.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

²⁴ Doravante designada pela sigla CRP.

²⁵ Conforme dispões o n.º 5 do art.º 32 da CRP.

A estrutura acusatória do processo penal português significa, antes de mais, que cabe aos sujeitos processuais a definição das questões que devem ser submetidas a juízo, assim como fornecer critérios de resolução dessas questões²⁶.

Não obstante tratar-se de um modelo de estrutura essencialmente acusatória é, todavia, integrado por um princípio de investigação. Assim, o julgamento é realizado por um tribunal, tendo como limite o objeto do processo fixado pela acusação, na qual o tribunal não teve qualquer interferência, pois quem julga não é a entidade que acusa. O móbil do tribunal é a descoberta da verdade material. A verdade material não é a verdade absoluta ou ontológica, mas a obtida de forma intraprocessualmente válida. Assim, para além do poder da direção da audiência de julgamento, o tribunal não se queda às provas que lhe são apresentadas, podendo o juiz investigar oficiosamente e independentemente do impulso de qualquer sujeito, desde que dentro dos factos que foram submetidos a julgamento e desde que tal se lhe afigure necessário à descoberta da verdade material e à boa decisão da causa, conforme estatui o artigo 340º, nº 1, do CPP²⁷.

O princípio do acusatório traduz-se na separação entre entidades, existe uma entidade que investiga e acusa e outra entidade que julga. Assim, quem investiga e acusa não julga, bem como quem julga não investiga nem pode ter intervindo no inquérito, na instrução, nem ter praticado actos decisórios que possam, de algum modo, perturbar a objectividade do julgamento [alínea c), nº 1.º, do art.º 39.º e art.º 40.º, ambos do CPP]. Pode, por isso, dizer-se que é um dos pilares do Estado de Direito Democrático, o qual garante a efetiva aplicação do contraditório e uma ampla defesa justa.

Há assim a necessidade de assegurar que as declarações para memória futura não colidam com a estrutura acusatória que subjaz ao processo penal²⁸. Conforme afirmado anteriormente, o Processo Penal tem uma estrutura acusatória, onde quem acusa não julga e quem julga não

²⁶ CUNHA, Damião da, O Caso Julgado Parcial, Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção Num Processo de Estrutura Acusatória, Porto 2002, Publicações Universidade Católica, pag. 381.

²⁷ MALAFAIA, Joaquim, O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos actos de instrução e nas declarações para memória futura, RPCC, 14, 2004, pág. 516.

²⁸ LOPES, Mouraz, O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para “memória futura”, Sub Judice, 26, 2003, pág. 16.

acusa, existindo independência entre o órgão que dirige a fase de inquérito e o órgão com competência de decisão em sede de restrições de direitos, liberdades e garantias²⁹. Neste contexto, durante a fase de inquérito, e antes de ser deduzida acusação, o Ministério Público pode requerer a prestação antecipada de depoimento de determinada pessoa³⁰. Todavia, nesta fase o processo ainda não está delimitado no seu objeto, o que só acontece efetivamente quando for deduzida acusação. No entanto, é o juiz, que preside à tomada de declarações para memória futura – que faz parte do órgão que julga, mas que não acusa – que vai recolher prova em ordem a que o Ministério Público acuse ou archive o processo. Assim, pode questionar-se se não haverá aqui uma grave violação do princípio do acusatório o que é inadmissível face ao estatuído no n.º 5 do art.º 32.º, da CRP. Neste sentido, o art.º 271.º do CPP teria de ser interpretado como inconstitucional, o que inviabilizaria a tomada de declarações para memória futura.

Na esteira de Joaquim Malafaia³¹, para ultrapassar a questão da inconstitucionalidade³², o Ministério Público tem de definir o objeto do processo fazendo a sua delimitação através de uma “espécie de acusação” para que o juiz possa levar a cabo a inquirição da pessoa cujo depoimento se pretenda recolher, sem que seja posta em causa a estrutura acusatória do processo penal.

Com o devido respeito pelo aludido autor, quer-nos parecer que não seria prudente, exigir ao requerente da antecipação de prova uma “espécie de acusação”. Tal seria admitir desde logo que apenas ao Ministério Público fosse dada a possibilidade de requerer a medida. Todavia, nos termos do n.º 1 do art.º 271.º do CPP, para além do Ministério Público, podem requerer a medida de antecipação também o arguido, o assistente ou as partes civis. Ora, sabendo que

²⁹ MESQUITA, Paulo Dá, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra Editora, 2003, pág. 64..

³⁰ Nos termos do art.º 271 do CPP apenas pode ser requerida a antecipação de depoimento da testemunha que esteja afetada por doença grave ou que tenha que se deslocar para o estrangeiro e, que por isso, seja previsível a impossibilidade de depor em julgamento. Tais requisitos são válidos para todos os crimes, com exceção dos crimes sexuais e dos crimes de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual. Nestes casos, as vítimas podem ser ouvidas em declarações para memória futura (os ofendidos menores de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual sê-lo-ão sempre, nos termos do n.º 2), sem exigência da verificação daqueles requisitos.

³¹ MALAFAIA, Joaquim, *O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos actos de instrução e nas declarações para memória futura*, RPCC, 14, 2004, pág. 535-536.

³² Ac. STJ de 17-05-2007, CJ (STJ), 2007, T2, pág.191: O artº 271º do CPP não é inconstitucional, disponível em www.pgdlisboa.pt.

uma parte significativa dos inquéritos corre termos sob segredo de justiça³³, perguntamo-nos como seria possível ao arguido, ao assistente ou as partes civis formular uma “espécie de acusação” se nesta fase não têm acesso ao processo. Para tal, sustentamos que nos casos em que as declarações para memória futura forem tomadas durante a fase de inquérito, para que não haja violação da estrutura acusatória do processo penal, o que tornaria o artigo 271.º do CPP inconstitucional, o Ministério Público, o arguido, o assistente e partes civis, na elaboração do requerimento da prova antecipada têm de delimitar o objeto da diligência para que o juiz possa levar a cabo a inquirição da pessoa cujo depoimento se pretenda recolher, sem que seja posta em causa a estrutura acusatória do processo penal.

Desta matéria se cuidará, com maior pormenor, infra.

2.3- O Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório tem no moderno processo penal o sentido e o conteúdo das máximas *audiatur et altera pars* e *nemo potest inauditum damnari*³⁴, ou seja, deve ter conteúdo e sentido autónomos a imposição de que seja dada a oportunidade a todo o participante processual de ser ouvido e de expressar as suas razões antes de ser tomada qualquer decisão que o afete, nomeadamente que seja dada ao acusado a efetiva possibilidade de contrariar e contestar as posições da acusação (art.º 61.º, art.º 124.º, art.º 327.º, art.º 341.º, art.º 343.º art.º355.º, todos do CPP).

A construção da verdadeira autonomia substancial do princípio do contraditório impõe que seja concebido e integrado como princípio ou direito de audiência, dando “oportunidade a todo o participante processual de influir através da sua audição pelo tribunal no decurso do processo”³⁵.

³³ Com a revisão do Código Processo Penal de 2007, operada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, nos termos do n.º 1 do art.º 86 o “processo penal é, sob pena de nulidade, público”, podendo, porém, nos casos previstos na lei ser determinado a aplicação do segredo de justiça.

³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Processual Penal, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora – 1974, pág. 149 e ss.

³⁵ Idem

O princípio do contraditório tem assento constitucional no artigo 32º, nº 5, da CRP e é definido de modo amplo, tratando-se, essencialmente, “de um contraditório quanto a todas as questões que possam ter relevância para a decisão final”³⁶ (art. 124.º do CPP). Consiste, para além do direito à defesa, no direito de contradizer ou de se pronunciar sobre “as alegações, as iniciativas, os atos ou quaisquer atitudes processuais da autoria”³⁷ (art.º 341.º e art.º 343.º), do(s) outro(s) sujeito(s) processual(ais). Para que o juiz possa decidir, por força do princípio do contraditório, essa decisão só pode ser proferida após “ouvir todo aquele participante processual – o arguido, mas também o defensor, o assistente, a testemunha, o perito – relativamente ao qual deva tomar qualquer decisão que pessoalmente o afete”³⁸.

Nos ensinamentos de Gomes Canotilho e Vital Moreira³⁹, no que diz respeito aos destinatários, o princípio do contraditório significa: “(a) dever e direito de o juiz ouvir as razões das partes (da acusação e da defesa) em relação a assuntos sobre os quais tenha de proferir uma decisão; (b) direito de audiência de todos os sujeitos processuais que possam vir a ser afetados pela decisão, de forma a garantir-lhes uma influência efetiva no desenvolvimento do processo; (c) em particular, direito do arguido se pronunciar e contraditar todos os testemunhos depoimentos e outros elementos de prova trazidos ao processo. Quanto à sua extensão processual, o princípio abrange a audiência de discussão e julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar, devendo estes ser selecionados sobretudo de acordo com o princípio da máxima garantia da defesa do arguido”.

O princípio do contraditório tem, assim, a vocação instrumental da realização do direito de defesa e do princípio da igualdade de armas: numa perspetiva processual, significa que não pode ser tomada qualquer decisão que afete o arguido sem que lhe seja dada a oportunidade para se pronunciar; no plano da igualdade de armas na administração das provas, significa que qualquer um dos sujeitos processuais interessados, nomeadamente o arguido, deve ter a

³⁶ PINTO, Frederico Lacerda da Costa, *Direito Processual Penal*, Curso semestral, AAFDL, 1998. pág. 228.

³⁷ NEVES, Castanheira, *Sumários de Processo Criminal*, 1968. pág. 43.

³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Lições coligidas por Maria João Antunes, 1988-9, Secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pág. 108.

³⁹ CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.ª edição, Coimbra Editora. pág. 217.

possibilidade de convocar e interrogar as testemunhas nas mesmas condições que aos outros sujeitos processuais (a “parte” adversa)⁴⁰.

Para a densificação do princípio em muito contribuiu a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que tem considerado o contraditório um elemento integrante do princípio do processo equitativo, inscrito como direito fundamental no artigo 6º, par. 1º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁴¹.

Na sua construção, o contraditório, compreendido como princípio integrante e central nos direitos do acusado (apreciação contraditória de uma acusação dirigida contra um indivíduo), tem sido interpretado como uma exigência de equidade, no sentido em que ao acusado deve ser proporcionada a possibilidade de expor a sua posição e de apresentar e produzir as provas em condições que lhe não coloquem dificuldades ou desvantagens em relação à acusação.

Este princípio vigora plenamente na fase de julgamento, de recurso e no debate instrutório, conforme dispõem os artigos 32.º, n.º 5 da CRP. Porém, na fase de inquérito, o princípio do contraditório encontra-se de forma limitada. E isto porque “apesar de estarmos numa fase processual onde vale o secretismo do processo⁴², mesmo para o arguido e o seu defensor, o princípio do contraditório está presente no que é uma concretização exemplar da concordância prática de finalidades processuais conflitantes: a realização da justiça e a descoberta da

⁴⁰ Nas palavras do Acórdão do STJ de 07.11.07 (P.07P3630, Rel.:Henriques Gaspar, disponível em www.dgsi.pt).

⁴¹ “Os elementos de prova devem, pois, em princípio, ser produzidos perante o arguido em audiência pública, em vista de um debate contraditório. Todavia, este princípio, comportando exceções, aceita-as sob reserva da protecção dos direitos de defesa, que impõem que ao arguido seja concedida uma oportunidade adequada e suficiente para contraditar uma testemunha de acusação posteriormente ao depoimento; nesta perspectiva, os direitos da defesa mostram-se limitados de maneira incompatível com o respeito do princípio sempre que uma condenação se baseie, unicamente ou de maneira determinante, nas declarações de uma pessoa que o arguido não teve oportunidade de interrogar ou fazer interrogar, seja na fase anterior, seja durante a audiência. São estes os princípios elaborados pela jurisprudência do TEDH a respeito do art. 6.º, §§ 1 e 2, al. d), da CEDH” – Acórdão do STJ de 07.11.07. Veja-se ainda a este respeito os seguintes Acórdãos do TEDH: Craxi c. Itália, de 05-12-2002, e S. N. c. Suécia, de 02-07-2002.

⁴² Conforme já referido anteriormente, com a revisão do Código Processo Penal de 2007, operada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, nos termos do n.º 1 do art.º 86 o “processo penal é, sob pena de nulidade, público”, podendo, porém, nos casos previstos na lei ser determinado a aplicação do segredo de justiça.

verdade material, a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos e, muito particularmente, do arguido e o restabelecimento da paz jurídica posta em causa com a prática do crime”⁴³.

Todavia, esta limitação não obsta a que durante a fase de inquérito o arguido possa contraditar, por exemplo, as medidas de coação que lhe sejam aplicadas pelo Juiz de Instrução, a requerimento do Ministério Público, conforme preceituado nos artigos 61.º, n.º 1, als. b) e g), e 219.º do CPP. Também durante o primeiro interrogatório de arguido detido existem manifestações deste princípio, uma vez que, após o Juiz de Instrução comunicar os motivos da detenção, e expor os factos imputados ao arguido, conforme obriga o disposto no nº4 do art.º 141.º, do CPP, o defensor e o Ministério Público podem formular questões, pedindo esclarecimentos das respostas dadas pelo arguido, conforme estatuído no nº 6 do mesmo artigo.

Nesta mesma fase o arguido tem o direito de presenciar os atos que lhe digam directamente respeito, intervir no inquérito e na instrução, indicar testemunhas, ser assistido por defensor que pode escolher, requerer as diligências que se lhe afigurem necessárias, bem como recorrer das decisões que lhe sejam desfavoráveis, nos termos do artigo 61º do CPP. É que, ao arguido, a partir do momento em que como tal é constituído, “é-lhe assegurado o exercício de direito processuais, que fazem dele um sujeito processual, precisamente por passar a ser titular de direitos autónomos de conformação da concreta tramitação do processo como um todo, em vista da sua decisão final, assim tomando corpo o princípio do contraditório”⁴⁴.

*2.3.1 – Relação entre o Princípio do Contraditório e a Prova*⁴⁵

O princípio do contraditório tem especial relevo no âmbito da produção de prova em processo penal.

⁴³ ANTUNES, Maria João, “O segredo de Justiça e o Direito de Defesa do Arguido Sujeito a Medida de Coacção”, in: *Liber Discipulorum* para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra Editora, pág 1266.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Nos termos do artigo 341.º do Código Civil, a prova tem como função a demonstração da realidade dos factos.

Conforme já foi referido, este princípio tem assento constitucional n.º 5 do art.º 32.º da CRP, no que respeita à produção e valoração da prova em sede de audiência e julgamento. Verifica-se que “parece adquirido genericamente que, num processo de estrutura acusatória, a audiência de julgamento, e em especial a produção de prova assume o lugar central no processo penal. A produção de prova que deva servir para fundar a convicção do julgador, tem de ser a realizada na audiência e segundo os princípios naturais de um processo de estrutura acusatória: os princípios da imediação, da oralidade e da contraditoriedade na produção dessa prova.”⁴⁶. Esta é claramente a solução encontrada no n.º1 do artigo 355.º do Código de Processo Penal, nos termos do qual não valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência⁴⁷.

O princípio do contraditório reveste-se, assim, de especial importância, desde logo porque, se as provas não-de ser objeto de apreciação em contraditório na audiência de julgamento, fica excluída a possibilidade de condenação com base em elementos de prova que não tenham sido discutidos em audiência ⁴⁸. Mas também porque este compreende o direito que têm os sujeitos processuais de oferecerem provas sobre os factos. A acusação e a defesa são chamadas a deduzir as suas razões de facto e de direito, a oferecer as suas provas, a controlar as provas contra si oferecidas e a discretar sobre o valor e resultado de umas e outras.

O princípio do contraditório implica vários corolários: o processo deve desenvolver-se entre o acusador e o acusado perante um juiz imparcial; o acusador e o acusado devem ter a possibilidade de apresentar novas provas sobre o mesmo tema probatório; cada prova deve formar-se através da atividade de todos os sujeitos processuais que entendam intervir nessa

⁴⁶ CUNHA, Damião da, “O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP) (Algumas reflexões à luz de uma recente evolução jurisprudencial)”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 7, fasc. 3, Julho-Setembro 1997, pág. 405.

⁴⁷ Como o STJ já teve oportunidade de esclarecer, num registo não totalmente coincidente com o da doutrina, o n.º 1 do citado artigo 355.º visa “tão só evitar que o tribunal possa formar a sua convicção, alicerçando-se em material probatório não apresentado e junto ao processo pelos diversos intervenientes e relativamente ao qual não tenha sido exercido o princípio do contraditório” - Acórdão do STJ de 4-6-2003 (proc.º n.º 519/03-3ª), Acórdão do STJ de 2-7-2003 (proc.º n.º 1802/03-3ª), Colectânea de Jurisprudência-Acs do STJ., Ano XIV, tomo 3, pág. 235).

⁴⁸ Se a prova não foi produzida ou examinada em audiência não pode valer para o efeito da formação da convicção do julgador nem deve ser invocada na fundamentação da sentença ou do acórdão - cfr. Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Lisboa, 2007, Universidade Católica Editora, pág. 875.

produção de prova; na motivação, o juiz deve demonstrar a relevância que tiveram para a decisão as provas que estão em contradição, contribuindo para a valoração de cada prova em sede de fundamentação da sentença. Os factos provados constituem, pois, o fundamento da sentença e determinam a graduação da responsabilidade do agente.

Como ensina Cavaleiro Ferreira⁴⁹, o objetivo da prova consiste na “justificação da convicção sobre a existência de factos penalmente relevantes, que constituem pressuposto da aplicação da lei”.

2.3.2 - A prova e a investigação criminal

No plano normativo, o art.º 1.º da Lei 49/2008 de 27 de Agosto (LOIC), define a investigação criminal como o conjunto de diligências que, nos termos da lei processual penal, se destinam a averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade, descobrir e recolher provas, no âmbito do processo. Também no n.º 1 do art.º 262.º do CPP, relativo à finalidade e âmbito do inquérito, se estabelece que o mesmo compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação, ou seja, a investigação criminal.

Conclui-se daqui que a investigação criminal procura, entre outras, descobrir a autoria e a materialidade do facto criminoso, recolher e preservar as provas que permitam a sua demonstração em sede de justiça criminal, imputando a responsabilidade das condutas criminosas aos seus agentes.

Porém, essa descoberta e demonstração só produz efeitos no sistema de justiça penal se for feita de determinada forma e em obediência a determinados princípios e regras. Não obstante investigar seja apurar a verdade dos factos, ao nível processual penal não basta descobrir ou conhecer a verdade dos factos ocorridos. É necessário provar, ou seja, demonstrar através de argumentos dedutivos, assentes em critérios de similitude e/ou de probabilidade, a

⁴⁹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, Lições de Direito Penal I, textos universitários, Verbo, Lisboa, 1993, pág. 245.

representação ou reconstituição que fazemos de um evento ou facto ocorrido. Esta representação ou reconstituição tem de estar em conformidade com o processo penal e a produção de prova deve respeitar a observância de um conjunto de direitos e garantias fundamentais que caracterizam, disciplinam e limitam a sua ação.

E se é certo que a política criminal concede, com alguma frequência, à investigação criminal, meios e poderes que objetivamente limitam direitos e liberdades individuais, procurando uma maior eficácia na defesa da sociedade, não é menos certo que a utilização desses meios está sujeita a rigorosos regimes e mecanismos de escrutínio e controlo jurisdicional da atividade investigatória⁵⁰.

Por esta ser uma área extremamente sensível, é notória a preocupação do legislador na procura de equilíbrios e na regulamentação exaustiva de toda a matéria relativa à prova e aos meios da sua obtenção. Se por um lado, no plano material, se permite uma total liberdade⁵¹ de escolha dos meios de prova a utilizar – naturalmente fora do universo de proibições previstas na lei – por outro lado, sempre que tais meios possam em abstrato colidir com direitos liberdades e garantias, têm de ser devidamente submetidos ao escrutínio da entidade judicial competente.

Por sua vez o art.º 126.º do CPP⁵² consagra os métodos proibidos de prova, e consequentemente, a nulidade da prova obtida através desses métodos, apesar das proibições

⁵⁰ BRAZ, José, *Investigação Criminal: a organização, o método, e a prova: os desafios da nova criminalidade*, Almedina, 2009, pág. 44.

⁵¹ Nos termos do art.º 125.º do CPP, são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei.

⁵² **Artigo 126.º**

Métodos proibidos de prova

1 - São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas.

2 - São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante:

- a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos;
- b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação;
- c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei;
- d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto;
- e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível.

registarem diferentes níveis de intensidade⁵³ - proibições absolutas e proibições relativas. Esta é, porém, a matéria onde são mais estreitas as relações entre o direito processual penal e a lei fundamental, encontrando acolhimento no n.º 8 do art.º 32.º da CRP⁵⁴.

3 - Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular.

4 - Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo.

⁵³ Veja-se a este propósito o extrato do elucidativo Acórdão STJ de 14-07-2010, disponível em www.pgdlisboa.pt : “As proibições de prova dão lugar a provas nulas - artigo 38.º, n.º 2, da CRP.

A lei portuguesa proíbe as provas fundadas na violação da integridade física e moral do agente e as provas que violem ilicitamente a privacidade.

Maia Gonçalves, Meios de Prova, Jornadas de Direito Processual Penal, 1989, pág. 195, a propósito dos n.ºs 1 e 3 do artigo 126.º, referia tratar-se em seu entender de dois graus de desvalor de provas obtidas contra as cominações legais, sendo maior o desvalor ético-jurídico das provas obtidas mediante os processos referidos no n.º 1 e tal diferente grau de desvalor tem reflexo nas nulidades cominadas; «enquanto as provas obtidas pelos processos referidos no n.º 1 estão fulminados com uma nulidade absoluta, insanável e de conhecimento oficioso, que embora como tal não esteja consagrada no art.º 119.º e está neste art.º 126.º, através da expressão imperativa não podendo ser utilizadas, já as provas obtidas mediante o processo descrito no n.º 3 são dependentes de arguição, e portanto sanáveis, pois que não são apontadas como insanáveis no art. 119.º ou em qualquer outra disposição da lei. Em relação a estas últimas provas, obtidas mediante os processos aludidos no n.º 3, a lei atendeu de algum modo à vontade do titular do interesse ofendido e ao princípio *volenti non fit injuris*».

Como expende Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, UCE, Dezembro 2007, pág. 326, anotação 3 «A nulidade das provas proibidas obedece a um regime distinto da nulidade insanável e da nulidade sanável. Trata-se de um regime complexo, que distingue dois tipos de proibições de provas consoante as provas atinjam a integridade física e moral da pessoa humana ou a privacidade da pessoa humana».

E no ponto 4 ? quanto ao regime da nulidade da prova proibida ? diz que há que distinguir: ?a nulidade da prova proibida que atinge o direito à integridade física e moral previsto no artigo 126.º, n.ºs 1 e 2 do CPP é insanável; a nulidade da prova proibida que atinge os direitos à privacidade previstos no artigo 126.º, n.º 3 é sanável pelo consentimento do titular do direito. A legitimidade para o consentimento depende da titularidade do direito em relação ao qual se verificou a intromissão ilegal. O consentimento pode ser dado *ex ante* ou *ex post facto*. Se o titular do direito pode consentir na intromissão na esfera jurídica do seu direito, ele também pode renunciar expressamente à arguição da nulidade ou aceitar expressamente os efeitos do acto, tudo com a consequência da sanção da nulidade da prova proibida.

Em síntese, o artigo 126.º, n.ºs 1 e 2, prevê nulidades absolutas de prova e o n.º 3 prevê nulidades relativas de prova.

Assim também Gomes Canotilho e Vital Moreira, *in* CRP Anotada, 2007, em anotação XV ao artigo 32.º, pág. 524: A interdição é absoluta no caso do direito à integridade pessoal e, relativa, nos restantes casos, devendo ter-se por abusiva a intromissão quando efectuada fora dos casos previstos na lei e sem intervenção judicial (art. 34.º-2 e 4), quando desnecessária ou desproporcionada ou quando aniquiladora dos próprios direitos.

Simas Santos-Leal Henriques, *in* Código de Processo Penal Anotado, 3.ª edição, 2008, volume I, pág. 832, distinguem entre os métodos proibidos de prova, os absolutos (proibidos mesmo com consentimento), abrangendo as provas obtidas mediante tortura, coacção e ofensa à integridade física ou moral, e os relativos (proibidos apenas sem consentimento), abrangendo as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações.

Os n.ºs 1 e 2 enunciam os métodos de prova que o legislador considera proibidos em termos absolutos, pois que atentam contra direitos indisponíveis para o seu próprio titular e em relação aos quais é irrelevante o consentimento.

Os métodos proibidos de carácter relativo abrangem os casos em que se utilizam processos de recolha de prova sem o consentimento dos respectivos titulares

Aqui, já não existe uma proibição absoluta, mas meramente relativa, uma vez que, estando apenas em causa direitos disponíveis, é sempre possível utilizar os meios de prova aí referidos se houver consentimento válido para tal ou a situação esteja prevista na lei.

Como ensina Figueiredo Dias⁵⁵, as proibições de prova “constituem verdadeiros limites, obstáculos à descoberta da verdade, à determinação dos factos que constituem objecto do processo, arrastando em regra, a proibição da valoração de prova. Neste contexto, aventuramo-nos a afirmar que o investigador criminal, para além de necessitar de conhecimentos em outras áreas que lhe permitam reconhecer, recolher e tratar elementos que possam ser adequados à produção de prova, tem ainda de ter uma sólida preparação técnico-jurídica que lhe permita ter sempre presente o conjunto de regras, obstáculos e limitações que disciplinam e caracterizam o regime jurídico da prova. Neste sentido e parafraseando José Braz⁵⁶, de quem partilhamos profundamente a ideia de que, “não basta saber de direito para se ser investigador criminal, ainda que não se possa ser investigador criminal sem se saber de direito”.

2.3.3 - O Princípio do Contraditório nas Declarações para Memória Futura

A propósito da questão de saber se a nulidade contemplada no n.º 3, 2.ª parte, é ou não sanável, consideram - pág. 840 - que a última alteração legislativa pôs fim à dúvida, ao acrescentar que, em tais casos as provas obtidas em desrespeito da lei não podem ser utilizadas.

Na obra colectiva Prova Criminal e Direito de Defesa, Almedina, 2010, no trabalho Da Autonomia do Regime das Proibições de Prova, págs. 257 e seguintes, afirma-se que as proibições de prova não estão numa mera relação de especialidade face às nulidades. São, antes, tal como as nulidades, uma espécie de invalidade, que constitui o padrão comum a que se reportam ambas as figuras.

Sendo uma espécie autónoma de invalidade, o efeito associado às proibições de prova tem de ser distinto das nulidades. E conclui-se que esse efeito é a inexistência jurídica. A afirmação da autonomia das proibições de prova em relação às nulidades e a destriça entre métodos absoluta e relativamente proibidos estava já presente no acórdão deste Supremo Tribunal, de 08-02-1995, processo n.º 47.084, in CJSTJ 1995, tomo 1, pág. 194.”

⁵⁴ Neste sentido afirma Fernanda Palma que “a velha máxima de que o processo penal é direito constitucional aplicado tem a razão de ser no campo da obtenção de prova”. PALMA, Maria Fernanda, "Direito penal e processual penal e Estado constitucional (O papel da jurisprudência constitucional no desenvolvimento dos princípios no caso português e um primeiro confronto com a jurisprudência constitucional espanhola) ", in *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, Madrid. Dykinson. 2003, pág. 1737 a 1752.

⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, “La protection des droits de l’Homme dans la procédure penal portugaise”, *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 291, 1979, pág. 184.

⁵⁶ Ob. cit. Pág. 11.

Uma das questões que mais discussão tem causado, quer na jurisprudência quer na doutrina, é a possibilidade de se obter, ou não, declarações para memória futura sem que antes haja arguido(s) constituído(s) e, como tal, poder(em) contraditar o depoimento.

Coloca-se, deste modo, a questão de saber se a prestação de declarações para memória futura pressupõe ou não a prévia constituição de arguido e, consequentemente, se tais declarações podem ou não ser valoradas contra um arguido só constituído enquanto tal após a realização da prova antecipada.

Na verdade, existem alguns desequilíbrios entre as duas posições antagónicas, porquanto a doutrina maioritária defende a constituição prévia do arguido antes da tomada de declarações para memória futura e a maioria da jurisprudência defende exatamente o oposto.

Autores como Damião da Cunha⁵⁷, Mouraz Lopes⁵⁸, Joaquim Malafaia⁵⁹ e Vinício Ribeiro⁶⁰, defendem objetivamente que está em causa o contraditório e consequentemente toda a

⁵⁷ Em 1997 já Damião da Cunha (“O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento - arts. 356.º e 357.º do CPP -, Algumas reflexões à luz de uma recente evolução jurisprudencial”, pág. 409) referia, que: “(...) uma vez que a aquisição antecipada da prova supõe o respeito pelo princípio do contraditório, parece que só se pode recorrer a ele existindo já uma pluralidade de sujeitos processuais (com especial relevo para a existência de um arguido); não pode, pois, o Ministério Público a ele recorrer (através de requerimento) se não existir já um arguido. De resto, a finalidade desta diligência visa a audiência de julgamento, o que supõe já a constituição de uma pessoa como arguido”.

⁵⁸ Mais tarde, em 2003, Mouraz Lopes (“O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para memória futura”, cit., pág. 16.) refere expressamente que “não pode lançar-se mão do instituto sem que previamente tenha sido constituído arguido no processo.” Segundo este autor, “A necessidade de assegurar que as declarações para memória futura não colidam com a estrutura acusatória, que subjaz ao processo penal, obriga ao rigoroso cumprimento dos requisitos a que se alude no artigo 271.º. Assim se concretiza o princípio do contraditório traduzido na presença de arguido e do defensor, bem como na possibilidade de se solicitar ao juiz a formulação de perguntas adicionais à testemunha, efectivando-se o exercício das garantias de defesa essenciais a um processo justo”

⁵⁹ Em 2004, Joaquim Malafaia (“O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos actos de instrução e nas declarações para memória futura”, cit., págs. 532-533.) sustentou, igualmente, a impossibilidade de as declarações para memória futura poderem ser obtidas antes de o arguido estar constituído como tal. Segundo este autor: “Estas declarações [para memória futura] são recolhidas, com base na necessidade, é certo, com o fito primordial de poderem ser valoradas na audiência de discussão e julgamento. O processo penal é por força do comando constitucional acusatório, estrutura essa que se mantém durante todo o processo. Por isso, as declarações para memória futura, não podem ser obtidas antes do arguido, sujeito processual estar como tal e poder contraditar o depoimento, ou seja de participar na definição do direito a aplicar no seu caso”

⁶⁰ Mais recentemente, Vinício Ribeiro ao analisar a remodelação do artigo 271.º efetuada pelo Dec-Lei n.º 48/2007 e depois de reproduzir o pertinente excerto da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 109/X conclui: “O legislador de 2007 pretendeu garantir em plenitude o contraditório; passou a considerar obrigatória a comparência do Ministério Público e do defensor (cfr. com o equivalente n.º2 da versão anterior) e a permitir que a inquirição de testemunhas seja feita directamente (na versão anterior a inquirição era, em regra, feita

produção de prova, caso se lance mão desta diligência sem que previamente haja a constituição de arguido. Argumentam que os direitos da defesa ficam obliterados, porquanto o arguido é impossibilitado de contraditar o depoimento prestado para memória futura.

Neste sentido, da impossibilidade de as declarações para memória futura poderem ser obtidas antes de o arguido estar constituído como tal, ao nível da jurisprudência, podem mencionar-se os acórdãos da Relação de Évora de 29-03- 2005⁶¹ e da Relação do Porto de 18 -04- 2001⁶².

Do lado diametralmente oposto encontra-se Paulo Pinto de Albuquerque⁶³ que, não obstante o ter feito de forma bastante sintética, pronunciou-se no sentido de que as declarações para memória futura podem ser tomadas mesmo quando no processo não há, ainda, suspeitos constituídos arguidos, ou até quando não se conhece a identidade do(s) suspeito(s).

Também no sentido da possibilidade de poderem ser tomadas declarações para memória futura antes de haver arguidos constituídos como tal, ou até quando não se conhece a identidade do suspeito, a jurisprudência é claramente majoritária⁶⁴. Não obstante vários

através do juiz, embora este pudesse autorizar a formulação directa de perguntas-n.º3 da versão revogada). Em suma, em face da nova disciplina traçada no presente normativo, as declarações para memória futura são tramitadas em ambiente com as regras de um autêntico julgamento. Ora, não há julgamento sem acusação e arguido. Daí que, em face do regime vigente não pareça ser defensável a possibilidade de levar a cabo declarações para memória futuro caso de ainda não haver arguido constituído”

⁶¹ Coletânea de Jurisprudência, ano XXX, tomo 2, págs. 269-271. Entendeu a Relação de Évora “que nos casos em que o inquérito ainda corra apenas contra desconhecidos ou incertos, como é o caso, torna-se legalmente impossível tomar às testemunhas declarações para memória futura, nos termos do art. 271.º do CPP, pois para se poder proceder a tal diligência e como consta expressamente dessa disposição legal, é necessário notificar para ela, entre outros o arguido e o seu defensor, que, em tais casos e como é evidente, nem sequer estão identificados.”

⁶² Coletânea de Jurisprudência, ano XXVI, tomo 2, págs.229-230. O acórdão em referência introduza um elemento especializador: “(...) se quanto aos suspeitos que ainda não estão constituídos arguidos (...) a antecipação da prova não é admissível nem produz efeitos, já o mesmo se não pode dizer quanto ao suspeito que já foi interrogado e constituído arguido (...).(…) no tocante aos sujeitos em relação aos quais não pode ser efectivado o contraditório, a prova antecipadamente produzida é proibida e de nada vale (não é operante, não pode ser valorada),confinando-se a respectiva leitura em audiência ao apuramento da responsabilidade do arguido que foi oportunamente chamado a contraditá-la.”

⁶³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário do Processo Penal, 2.ª edição actualizada, pag. 702.

⁶⁴ Neste sentido, podem mencionar-se os seguintes acórdãos: Acs do STJ de 25-3-2009, proc.º nº 09P0486, rel. Fernando Fróis, de 22-9-2005, citado no anterior acórdão, de 16-6-2004, proc.º nº 049721, rel. Henriques Gaspar, da Rel. do Porto de 1-02-2006, proc. nº 0515949, rel. Jorge França, de 12-10-2005, proc. nº 0544648, rel. Pinto Monteiro, de 13-07-2005, proc. nº 0540595, rel. António Gama, da Rel. de Coimbra de 29-09-2010, proc.º nº 380/08.0TACTB-C.C1, rel. Abílio Ramalho, da Rel. de Lisboa de 7-2-2012, proc.º nº 3610/10.4TAALM.L1.5, rel. Luís Gominho, de 22-3-2011, proc.º nº 432/06.0JDLSB.L1.5, rel. Neto de Moura e

autores e juízes se terem pronunciado neste sentido, aquele que o fez de forma mais desenvolvida foi claramente António Gama⁶⁵. São vários os argumentos invocados por este autor que claramente perfilhamos, no sentido de que a prestação de declarações para memória futura não supõe a prévia constituição de arguido.

Veja-se o caso do n.º 1 do art.º 271º do CPP, o interesse na realização da justiça e a descoberta da verdade que pode ter como consequência que, mesmo na hipótese de o inquérito correr contra pessoa ainda não determinada, tenha lugar e se leve a cabo a produção de prova para memória futura. Temos em vista aquelas situações que estão no seu início e urge acautelar a prova. A título de exemplo, que surge todavia com grande frequência, apontamos aquelas situações onde há a necessidade de recolher depoimentos para memória futura de testemunhas que vão ser expulsas do país⁶⁶. Aqui o pressuposto material é que tenha

da da Rel. de Évora de 7-7-2011, proc.º n.º 100/11.1YREVR, rel. Vaz Pato, todos disponíveis in www.dgsi.pt. Sumariando o acórdão da Relação do Porto de 13.07.05 (P.0540595, Rel.: -António Gama, disponível em www.dgsi.pt), afere-se que 'É possível a recolha de declarações para memória futura mesmo que o inquérito não corra contra pessoa determinada', aí se sublinhando que 'O interesse na realização da justiça e a descoberta da verdade tem como consequência que, mesmo na hipótese de o inquérito correr contra pessoa ainda não determinada, tenha lugar e se leve a cabo a produção de prova para memória futura. Acontece, na verdade, que 'a norma processual, como todas as normas de cariz adjectivo, é elaborada para a normalidade das situações, ou seja, no caso concreto, do conteúdo da norma em causa resulta que ela foi pensada para aqueles casos em que existe já arguido constituído. Dada a natureza excepcional da norma em questão, (), logo se constata que o que determina a possibilidade dessa valoração é a ocorrência de um periculum in mora que poderá levar à perda dessa prova - doença incapacitante ou ausência que se prevê se prolongue até ao julgamento' (cfr. referido ACRP de 01.02.06) ou, acrescentaríamos nós, a especial vulnerabilidade da vítima, em razão da sua idade e da natureza dos actos de que foi alvo, fortemente perturbadores da sua intimidade e integridade sexual. A urgência que subjaz à norma pode, assim, levar a que a prova antecipada tenha lugar numa ocasião em que não exista ainda arguido constituído, seja porque ocorre incompatibilidade temporal e de oportunidade, seja porque o agente é puro e simplesmente desconhecido, seja porque o agente, sendo embora conhecido, não é localizável, casos em que a observância do princípio do contraditório se satisfaz mediante a nomeação de defensor para o ato, a este cumprindo observar e pugnar pelo respeito das garantias de defesa e da legalidade. Na verdade, sendo exigível, para a validade da prova, que nesse ato se assegurem todas as garantias de defesa, a presença de defensor é sempre obrigatória, cabendo-lhe o papel de defensor da legalidade, fiscalizando e garantindo o cumprimento da lei, designadamente assegurando que o depoimento decorra de acordo com as regras legais, sem constrangimentos, podendo e devendo [o defensor] verificar se o depoimento é coerente, formulando as perguntas adicionais que entender, em seu critério, necessárias – cfr., nesse sentido, o ACRP de 13.07.05 (P.0540595, Rel.: -António Gama, disponível em www.dgsi.pt), observando-se ainda que a actual redacção do artigo 271º consagra expressamente a obrigatoriedade de presença do defensor, no seu nº 3).

⁶⁵ GAMA, António, “Reforma do Código de Processo Penal: Prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento”, RPCC 19, 2009, págs. 391 a 420; e relator do Acórdão da Relação do Porto de 13-07-2005, proc. n.º 0540595.

⁶⁶ Estas situações são frequentes nos crimes de lenocínio, tráfico de pessoas, escravidão, tráfico de estupefacientes, etc., onde são detetados cidadãos estrangeiros em situação de permanência ilegal em território nacional e há a previsibilidade de virem a ser expulsas do país.

sido cometido um crime, o pressuposto processual é que haja a necessidade de acautelar a produção desse meio de prova em sede de audiência e julgamento⁶⁷.

É também de salientar que entre os pressupostos para a prestação de declarações para memória futura mencionados no artigo 271.º não consta a exigência de que já tenha havido lugar à constituição de arguido ou sequer de que o inquérito corra contra pessoa determinada. E os fundamentos constantes do artigo 271.º para a prestação de declarações para memória futura são apenas três: doença grave, deslocação para o estrangeiro que previsivelmente impeça a testemunha (assistente, parte civil, perito ou consultor técnico) de ser ouvida em julgamento e crimes do catálogo. Nestes casos, na produção antecipada da prova, fica garantida a jurisdicionalização através da obrigatória intervenção do juiz de instrução⁶⁸.

Por outro lado, importa referir que do n.º 3 do art.º 271.º do CPP não decorre que a prestação de declarações para memória futura dependa da existência de arguidos constituídos no processo para que possam estar presentes no ato e exercer, logo aí, o contraditório, mas sim que, o(s) respetivo(s) defensor(es), tal como o Ministério Público, esteja(m) presente(s) no ato⁶⁹. O que se exige aqui é a presença do defensor que só por si assegura todas as garantias de defesa, exigível para a valoração da prova e garante do contraditório⁷⁰.

⁶⁷ Neste sentido o Acórdão da Relação do Porto de 13-07-2005 (proc. n.º 0540595, rel. António Gama). “O interesse na realização da justiça e a descoberta da verdade tem como consequência que, mesmo na hipótese de o inquérito correr contra pessoa ainda não determinada, tenha lugar e se leve a cabo a produção de prova para memória futura(...). Temos em vista aquelas situações, como a do caso, em que a investigação estava ainda no seu início e urgia acautelar a prova, os depoimentos de testemunhas que iam ser expulsas do país. Como proficientemente realça o Ex.mo Procurador no Tribunal de Bragança, pressuposto material é que se tenha cometido crime; pressuposto processual é que haja absoluta necessidade de acautelar a produção, em audiência de julgamento desse meio de prova, e é o caso, como até o recorrente aceita; já não é pressuposto que alguém tenha sido previamente constituído arguido (...) Basta ter em vista v.g. o depoimento do ofendido que corre perigo de vida e cujo depoimento é crucial para esclarecer a autoria dos factos delituosos.”

⁶⁸ “(...) não se pode esquecer que a intervenção do juiz na fase de inquérito do actual processo penal e no concreto caso das declarações para memória futura caracteriza-se pela tutela das liberdades, alheando-se da actividade de investigação. Ao juiz na fase de inquérito estão reservadas as funções jurisdicionais típicas de guardião dos direitos fundamentais dos cidadãos, surgindo aqui nas vestes de juiz das liberdades. Daí que não é despidiêda esta função do juiz como garante dos direitos dos arguidos.” GAMA, António, ob. cit., pág. 403.

⁶⁹ Sob pena de padecer de nulidade insanável, nos termos do art.º 119.º, alínea b) [ausência do Ministério Público] e alínea c) [ausência do Defensor], do CPP, pois segundo o art.º 271.º, n.º 3. “é obrigatória a comparência do Ministério Público e do Defensor”. GAMA, António, ob. cit., pág. 404.

⁷⁰ Como questiona António Gama, “defensor de quem?”, ao que responde: “Desde logo da legalidade, fiscalizando e garantindo o cumprimento da lei, de que a lei é integralmente e escrupulosamente cumprida, de que se verificam os pressupostos da inquirição, que se respeitam procedimentos legalmente estabelecidos, que o

Não obstante o n.º 3 do art.º 271.º, impor que ao arguido seja comunicado o dia, a hora e o local do depoimento, para que possa estar presente, na verdade não significa que as declarações para memória futura não possam ser tomadas mesmo que não haja arguidos constituídos. Significa sim, que caso naquela fase já haja arguidos constituídos aos mesmos tem de ser comunicado o dia, a hora e o local do depoimento⁷¹.

O respeito pelo princípio do contraditório não exige a constituição de arguido antes da prestação das referidas declarações para memória futura, nem impede que as mesmas venham a ser valoradas, exige, sim, a obrigatoriedade⁷² de defensor, mesmo que não esteja identificado qualquer suspeito. Além de mais, e encarando a questão do contraditório e das garantias de defesa numa perspetiva distinta, importa não olvidar que a Constituição remete para o legislador a responsabilidade de determinar quais os atos, além do julgamento, que estão subordinados ao princípio do contraditório, assim como os casos em que, assegurados os direitos de defesa, dispensa a presença do arguido.

O contraditório fica, pois, salvaguardado na fase de audiência e julgamento, porquanto, nos termos do n.º 2 do art.º 327.º do CPP, *os meios de prova apresentados no decurso da audiência são submetidos ao princípio do contraditório, mesmo que tenham sido oficiosamente produzidos pelo tribunal*. Neste sentido, conclui-se que quaisquer elementos de prova, mesmo aqueles que são oficiosamente recolhidos pelo tribunal estão sujeitos ao contraditório, excluindo-se a hipotética condenação com base em elementos de prova que não

depoimento decorre de acordo com as regras legais, sem constrangimentos, podendo e devendo [o defensor] verificar se o depoimento é coerente, formulando as perguntas adicionais que entender em seu critério necessárias. Como que se dá expressão «às garantias de defesa», art.º 32, n.º 1, da Constituição. Depois, defensor do [futuro e eventual] arguido e sempre do arguido”. GAMA, António, ob. cit., pág. 402.

⁷¹ Cfr. Acórdãos da Rel. do Porto de 12-10-2005, proc. n.º 0544648, rel. Pinto Monteiro e da Relação de Lisboa de 22-3-2011, proc.º n.º 432/06.0JDLSB.L1.5, rel. Neto de Moura. Como também se salientou no Acórdão do STJ de 16-4-2004, proc.º n.º 049721, rel. Henriques Gaspar, num caso em que as declarações para memória futura foram recolhidas numa fase em que ainda não tinha havido constituição de arguido: “Por isso, o recorrente não teria de ser notificado da realização do acto de tomada de declarações para memória futura. Nesta perspectiva, que é a adequada, a questão não tem a ver com a invocação de alguma falta de notificação.”

⁷² Cfr. Acórdãos da Relação do Porto de 13-07-2005 (proc. n.º 0540595, rel. António Gama) e de 01-02-2006 (proc. n.º 0515949, rel. Jorge França), da Relação de Coimbra de 29-09-2010 (proc.º n.º 380/08.0TACTB-C.C1, rel. Abílio Ramalho) e da Relação de Évora de 7-7-2011 (proc.º n.º 100/11.1YREVR, rel. Vaz Pato). Na doutrina, veja-se Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de processo Penal, cit., pág. 685.

foram debatidos em sede de audiência e julgamento⁷³. Fica, assim, intocado o contraditório, pois ocorre obrigatoriamente na audiência de discussão e julgamento.

Na esteira de António Gama⁷⁴, também concordamos que não estando presente o futuro arguido, fica restringido indubitavelmente um direito que é seu. Todavia, essa restrição não é nem desproporcionada, nem intolerável, e na verdade não há outra forma de acautelar o interesse público da realização da justiça e da descoberta da verdade. Destarte, a parcela dos direitos do arguido que é afetada é mínima, o seu direito ao contraditório é afetada numa dimensão menos relevante, pelo que nos parece justo e proporcionado que se restrinjam para dar prevalência ao interesse público da descoberta da verdade e punição dos culpados.

Apesar de tudo, o facto de a antecipação da prova ter sido realizada não implica, necessariamente, que a mesma venha a ser valorada pelo tribunal em audiência de julgamento, tanto que a prossecução do inquérito pode tornar essas declarações irrelevantes para a decisão da causa, nomeadamente, para a prova do crime ou crimes imputados ao arguido; o processo pode, inclusive, não atingir a fase do julgamento e mesmo havendo julgamento a prova antecipada poderá não ser utilizada, por ser manifestamente inócua. Apesar de tudo, a sua valoração está dependente da sua leitura em audiência⁷⁵ e subsequente sujeição ao contraditório.

Neste sentido, parece-nos que o interesse na realização da justiça e a descoberta da verdade tem como consequência que, mesmo na hipótese de o inquérito correr contra pessoa ainda não

⁷³ Conforme refere António Gama, ob. cit. pag. 399, “ (...) Código Processo Penal, não permite ou possibilita que esses meios de prova – no caso os depoimentos para memória futura – sejam subtraídos em audiência e julgamento ao contraditório, ao exame crítico dos sujeitos processuais, nos casos em que não ocorrer [repetição de] prestação de depoimento em audiência.”.

⁷⁴ GAMA, António, ob. cit., pag. 402

⁷⁵ “Tendo sido realizadas declarações para memória futura ou tendo sido recolhida prova em instrução nos actos instrutórios, para que as declarações prestadas possam ser valoradas em audiência de discussão e julgamento, é necessário que sejam lidas e que a permissão da leitura e a sua justificação fique a constar da acta, sob pena de nulidade, conforme preceitua o artigo 356.º, n.º 8, do CPP. Essa Justificação prende-se com a necessidade de as mesmas poderem-se configurar como relevantes para a descoberta da verdade material.” MALAFAIA, Joaquim, ob. cit., pag. 537.

determinada, ou contra agente conhecido mas não localizável, tenha lugar e se leve a cabo a produção de prova para memória futura⁷⁶.

Apesar do que foi dito, perfilhamos a opinião de que, sempre que seja possível, se constitua arguido o suspeito da prática do facto, antes da recolha do depoimento para memória futura, já que nos termos do n.º1, do art.º 272.º do CPP, *correndo inquérito contra pessoa determinada em relação à qual haja suspeita fundada da prática de crime é obrigatório interrogá-la como arguido, salvo se não for possível notificá-la*. Todavia, o juízo sobre a decisão de constituição de arguido compete à autoridade que dirige o inquérito⁷⁷.

Porém, a falta de interrogatório como arguido, no inquérito de pessoa determinada contra quem o mesmo corre, sendo possível a notificação, constitui a nulidade prevista no artigo 120.º, n.º 2, alínea d) do CPP. Mas, conforme é entendimento dominante, a lei não consagra o dever de realização imediata do interrogatório de pessoa determinada contra quem corre

⁷⁶ Cfr. Acórdãos da Relação do Porto de 13-07-2005 (proc. n.º 0540595, rel. António Gama) e de 12-10-2005 (proc. n.º 0544648, rel. Pinto Monteiro), da Relação de Lisboa de 22-3-2011 (proc.º n.º 432/06.0JDLSB.L1.5, rel. Neto de Moura) e da Relação de Coimbra de 29-09-2010 (proc.º n.º 380/08.0TACTB-C.C1, rel. Abílio Ramalho). Como se refere no Acórdão do STJ de 22-9-2005, “As declarações para memória futura constituem um incidente processual admissível mesmo no caso de à data da diligência não haver ainda arguido constituído. Doutro modo poder-se-ia frustrar a utilidade do acto processual como aconteceria, p. ex, no caso de a testemunha (que poderia até ser a única que assistiu à prática do crime) sofrer de doença com a previsibilidade dum período de vida curta e o suspeito não ser localizado.”

Também o Acórdão do STJ de 25-3-2009 destaca: “Estamos, portanto, de acordo com o acórdão recorrido, quando diz “Na verdade, as situações que justificam o recurso excepcional à forma de antecipação de prova acolhida no art. 271º do CPP ocorrem amiúde antes de o inquérito correr contra suspeito identificado ou, pelo menos, localizado e localizável, pelo que a inadmissibilidade – e consequente perda - do contributo probatório em causa, constituiria preclusão irrazoável da descoberta da verdade e obstáculo desproporcionado à função intrínseca do processo penal”.

Atente-se, ainda, na seguinte síntese constante do citado Ac. da Rel. De Coimbra de 29-09-2010: “É um caso nítido de contraposição de dois valores conflituantes: dum lado um pleno contraditório; doutro a necessidade de recolha e produção antecipada de prova. Este - em função da inexistência de arguido constituído - deve, porém, claramente prevalecer, com o mínimo de constrangimento do direito ao contraditório, com um patamar aceitável da respectiva compressão. E isso manifestamente se verifica quando, não havendo arguido formalmente constituído, a diligência é presidida por juiz e se encontra presente um defensor nomeado ao(s) suspeito(s), potencial(ais)/virtual(ais) arguido(s).”

⁷⁷ Ao Ministério Público por ser este órgão que dirige o inquérito (art.º 263.º do CPP). No termos do art.º 58, n.º 3, do CPP, a constituição de arguido feita por órgão de polícia criminal é comunicada à autoridade judiciária no prazo de 10 dias e por esta apreciada, em ordem à sua validação, no prazo de 10 dias. No n.º 5 do mesmo artigo, a omissão ou violação das formalidades previstas nos números anteriores implica que as declarações prestadas pela pessoa visada não podem ser utilizadas como prova.

inquérito⁷⁸, ficando este momento ao dispor do Ministério Público ou do OPC, mediante as estratégias/táticas de investigação.

Impensável seria se o Ministério Público, ou o órgão de polícia criminal, caíssem na tentação de omitir a constituição de arguido, retardando-a com o único propósito ou objetivo de, ardilosamente, afastar o arguido da diligência de produção antecipada de prova, escudando-se no facto de a lei não impor a notificação da realização da diligência aos suspeitos ainda não constituídos arguidos que, por isso, não devem ser notificados.

Para evitar que estas situações ocorram, ousamos sugerir que sempre que corra inquérito contra pessoa determinada, se proceda à constituição de arguido e consequente interrogatório, e só posteriormente se promova a inquirição para memória futura, sendo nesse momento possível notificar o arguido para, caso queira, estar presente na diligência e poder contraditar o depoimento.

Há, todavia, situações em que tal procedimento não é possível atento às circunstâncias em que ocorrem os crimes. Referimo-nos às situações de crimes contra a autodeterminação sexual de menores, que ocorrem no seio intrafamiliar⁷⁹. Aqui, e devido à precariedade da situação, em primeiro lugar achamos que é primordial criar as condições para afastar a vítima do agressor⁸⁰, e só posteriormente proceder às necessárias diligências de investigação, que

⁷⁸ Cfr. Pinto de Albuquerque, Comentário ao Código de Processo Penal, pág. 690; “a definição do momento da realização desse interrogatório é uma questão tática, que cabe no âmbito da discricionariedade do MP”; MESQUITA, Paulo Dá, Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária, cit., pág. 105-110; BARREIROS, António, “O estatuto jurídico processual do arguido: alguns dos seus direitos, in Manuel Valente Guedes (coord.), I Congresso de Processo Penal, Memórias, Coimbra, 2005, Almedina, pág. 164.

⁷⁹ O abuso sexual intrafamiliar corresponde a qualquer contacto sexual exploratório que ocorra entre familiares, independentemente do grau de parentesco. Esta definição supõe uma afinidade biológica/genética entre o adulto e a criança, integrando igualmente qualquer indivíduo que assuma um papel familiar na vida da criança, ou seja, inclui o padrasto e o pai adotivo, cfr. Manual de Boas Práticas para a Intervenção em Situações de Abuso Sexual de Crianças – Aplicações para contexto da Investigação Criminal, ISPJCC, 2004, pág. 11. Por sua vez Catarina Ribeiro refere precisamente que um das potenciais dificuldades de obtenção de prova testemunhal junto de crianças tem a ver com “o impacto psico-emocional da própria situação de testemunho e de participação directa da criança em tribunal” em que a situação de ir a tribunal é suscetível de ser constrangedora e desencadeadora de stress, sobretudo tratando-se de abuso intrafamiliar. A Criança na Justiça – Trajectórias e Significados do Processo Judicial de Crianças Vítimas de Abuso Sexual Intrafamiliar, Coimbra, 2009, Almedina, pág. 118.

⁸⁰ “O Ministério Público, em qualquer das jurisdições [o processo-crime ou o de promoção e protecção], deve pautar a sua atuação pelo dever de assegurar o superior interesse do menor e, nessa medida, lançar mão das iniciativas e mecanismos legais que melhor satisfaçam tal desiderato”. Disponível em www.pgdlisboa.pt - Reflexões e conclusões do Encontro da Rede de Magistrados do MP dos Tribunais de Família e Menores de 27/11/2008.

poderão, contudo, esbarrar nos laços afetivos que ligam o agressor à vítima e que poderão colocar em risco a tomada de declarações para memória futura⁸¹.

⁸¹ A Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, no sítio da Internet www.pgdlisboa.pt, formula a seguinte orientação: Nos casos de crimes sexuais nos quais seja ofendido menor, tendo presente a especial vulnerabilidade da vítima, em razão da sua idade e da natureza dos actos de que foi alvo, fortemente perturbadores da sua intimidade e integridade sexual, deverá o Ministério Público, sempre que possível e salvo a existência de especiais e ponderosas razões que o desaconselhem [o sublinhado é nosso], providenciar pela tomada de declarações para memória futura ao ofendido, nos termos prevenidos no art.271º. do C.P.P., (...).

3. Génese e evolução das declarações para memória futura no ordenamento jurídico português

A produção antecipada de prova (declarações para memória futura), ou produção de provas *ad perpetuam rei memoriam*, é conhecida e regulada no ordenamento jurídico português desde as Ordenações. Na verdade já as Ordenações Filipinas aludiam a testemunhas “*que são muito velhas, ou enfermas de grande enfermidade, ou estão aviadas para se partir para fora do Reino*”⁸².

No Código de Processo Civil⁸³ de 1876, a matéria da antecipação da prova encontrava-se presente em três artigos, designadamente o artigo 216.º, 217.º e 270.º. Como fundamento da antecipação da inquirição de testemunhas o artigo 270.º previa: a) a próxima ausência; b) a idade avançada e; c) a moléstia da testemunha.

O Código de Processo Civil de 1939 optou por unificar a matéria da antecipação da prova e por não especificar os fundamentos, englobando-os “numa fórmula geral suficientemente maleável para abranger, além dos casos expostos, outros que possam surgir e sejam de molde a justificar a antecipação da prova”⁸⁴. De acordo com o corpo do artigo 522.º, “Havendo justo receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou

⁸² Neste sentido pronunciou-se BUCHO, Cruz, Declarações para memória futura (elementos de estudo), pág. 28, disponível em <http://www.trg.pt>

⁸³ Veja-se a bibliografia citada por BUCHO, Cruz, *ob. cit.* pág. 6, sobre a produção antecipada de prova no âmbito do processo civil: FERREIRA, José Dias, Código de Processo Civil Anotado, Tomo I, Typographia Lisbonnense, 1887, págs. 304-305, 338 e 364-365; REIS, Alberto dos, Código de Processo Civil Anotado, vol. III, 3ªed., Coimbra Editora, 1981, págs. 331-344; CUNHA, Paulo, Processo Comum de Declaração (apontamentos de Artur Costa e Jaime Lemos), tomo II, 3ªed., Braga, 1944, pág. 94; ALMEIDA, L. P. Moitinho de, “Produção Antecipada de Provas”, Scientia Iuridica, tomo XVII (1968), págs. 277-286; ANDRADE, Manuel Domingues de, Noções Elementares de Processo Civil, págs. 219-220; MENDES, João de Castro, Direito Processual Civil, vol. III, 1978/79, ed. da AAFDL, págs. 183-184; CASTRO, Artur Anselmo de, Direito Processual Civil Declaratório, vol. III, Coimbra, 1982, Livraria Almedina, pág. 300; BASTOS, Jacinto Fernando Rodrigues, Notas ao Código de Processo Civil, vol. III, 3ª ed., act., Lisboa, 2001, págs. 83-85; GERALDES, Abrantes, Temas da Reforma do Processo Civil, vol. III, cit., págs. 60-72; FREITAS, Lebre de, Código de Processo Civil Anotado, vol. 2º, Coimbra Editora, 2001, págs. 414- 416 e RODRIGUES, Fernando Pereira, A Prova em Direito Civil, Coimbra Editora, 2011, págs. 213-215.

⁸⁴ REIS, Alberto dos, Código de Processo Civil Anotado, vol. III, 3ªed., Coimbra Editora, 1981, pág. 333.

a verificação de certos factos por meio de inspecção ocular, podem o depoimento e a inspecção ter lugar antecipadamente e até antes de ser proposta a acção.”

Já no que diz respeito à matéria criminal, os trabalhos de codificação do direito processual penal começaram sensivelmente na mesma altura que os do direito penal. O primeiro Código Penal português data de 1852, e logo em 1853 começou a trabalhar-se numa reforma global (do direito processual penal), que pusesse termo ao caos legislativo existente na matéria e desse realidade prática às linhas orientadoras constitucionalmente fixadas.

A codificação, porém, só se concretizou bem mais tarde, depois de vários projetos sem consequência, em 1929 entra em vigor o primeiro Código de Processo Penal português, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de Fevereiro de 1929. Para lembrar apenas uma das suas mais marcadas características, o Código apresentava uma estrutura inquisitória, que atribuía a um mesmo magistrado (judicial) as competências de investigar e julgar, se bem que esta matéria sofreu alguma evolução ao longo da vigência do Código.

O Código de 1929 foi alterado várias vezes ainda durante o Estado Novo, com destaque para a reforma de 1972, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 185/72, de 31 de Maio. Para além das alterações sofridas, o Código coexistia com muita legislação extravagante, que regulava matérias como o habeas corpus e a liberdade condicional, a Polícia Judiciária e a Polícia Internacional e de Defesa do Estado⁸⁵.

O Código de 1929 manteve-se até à entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1987⁸⁶, embora algumas das suas disposições tenham ficado sem efeito logo com a Constituição de 1976.

Não obstante o Código de Processo Penal de 1929 não consagrar o instituto da produção antecipada de prova, na verdade, quer a doutrina quer a jurisprudência concordavam no sentido de que em processo penal eram aplicáveis as disposições do Código de Processo Civil sobre a produção antecipada de prova⁸⁷.

⁸⁵ Artigo do Jornal Penal, disponível em <http://jornalpenal.wordpress.com/2012/03/01/processopenal1929/>.

⁸⁶ Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro.

⁸⁷ Cfr. Beleza dos Santos, Apontamentos de Processo Penal, 1941-1942 e Silva Araújo, Código de Processo Penal, pág. 236, ambos citados por Maia Gonçalves, Código de Processo Penal, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 1980, pág. 267.

Depois de diversos propósitos e tentativas, algumas com começo de execução, que se foram esboçando ao longo dos anos, ingressa, por fim, na vida jurídica portuguesa um novo Código de Processo Penal. O Código de 1987 surge em resultado de uma ponderada preparação e de um debate institucional alargado. São pela primeira vez sistematizados num só artigo⁸⁸ os fundamentos, que anteriormente decorriam de legislação extravagante ou subsidiariamente do Código Civil, da produção antecipada de prova⁸⁹.

Apesar das alterações introduzidas pelo Código de 1987, no que diz respeito à antecipação de prova, designadamente na sistematização e regulamentação desta matéria, em boa verdade os fundamentos evocados já eram aplicados subsidiariamente através das disposições do Código de Processo Civil.

É, contudo, na revisão de 1998⁹⁰, que é adicionado ao n.º 1 do artigo 271º do CPP⁹¹ a expressão *“bem como nos casos de vítimas de crimes sexuais”*, o que veio alargar

⁸⁸ Sendo certo que também já era previsto o artigo 294.º, com a seguinte redação:

Artigo 294.º

(Declarações para memória futura)

Oficiosamente ou a requerimento, o juiz pode proceder, durante a instrução, à inquirição de testemunhas, à tomada de declarações do assistente, das partes civis, de peritos e de consultores técnicos e a acareações, nos termos e com as finalidades referidas no artigo 271.º.

⁸⁹ Redação dada pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro

Artigo 271.º

(Declarações para memória futura)

1 - Em caso de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro de uma testemunha, que previsivelmente a impeça de ser ouvida em julgamento, o juiz de instrução, a requerimento do Ministério Público, do arguido, do assistente ou das partes civis, pode proceder à sua inquirição no decurso do inquérito, a fim de que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento.

2 - Ao Ministério Público, ao arguido, ao defensor e aos advogados do assistente e das partes civis são comunicados o dia, a hora e o local da prestação do depoimento, para que possam estar presentes se o desejarem.

3 - A inquirição é feita pelo juiz, podendo em seguida as pessoas referidas no número anterior solicitar ao juiz a formulação de perguntas adicionais e podendo ele autorizar que sejam aquelas mesmas a fazê-las.

4 - O disposto nos números anteriores é correspondentemente aplicável a declarações do assistente e das partes civis, de peritos e de consultores técnicos e a acareações.

5 - O conteúdo das declarações é reduzido a auto, sendo aquelas reproduzidas integralmente ou por súmula, conforme o juiz determinar, tendo em atenção os meios disponíveis de registo e transcrição, nos termos do artigo 101.º

⁹⁰ Introduzida pela Lei n.º 59/98 de 25 de Agosto.

⁹¹ Redação dada pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto

Artigo 271.º

(Declarações para memória futura)

1 - Em caso de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro de uma testemunha, que previsivelmente a impeça de ser ouvida em julgamento, bem como nos casos de vítimas de crimes sexuais, o juiz de instrução, a requerimento do Ministério Público, do arguido, do assistente ou das partes civis, pode proceder à sua inquirição no decurso do inquérito, a fim de que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento.

abundantemente a aplicação do instituto das declarações para memória futura, acrescentando a possibilidade de inquirição antecipada das vítimas de crimes sexuais, pelo juiz de instrução⁹².

Esta alteração vem adicionar aos fundamentos já existentes⁹³, o fundamento apelidado por “crimes catálogo”. O argumento para a introdução deste fundamento - *vítimas de crimes sexuais*⁹⁴ - é justificada pela necessidade destas testemunhas serem poupadas ao vexame de ter de repetir a sua história e de reviver a sua dor vezes sem conta, diante do OPC, do MP, do juiz de instrução e do tribunal de julgamento e neste tantas vezes quantas o julgamento tivesse de ser repetido⁹⁵.

É no entanto a revisão de 2007⁹⁶ que vem alargar ainda mais o catálogo de crimes que admitem as declarações para memória futura, passando a estar incluído, a par dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, o crime de tráfico de pessoas⁹⁷.

2 - Ao Ministério Público, ao arguido, ao defensor e aos advogados do assistente e das partes civis são comunicados o dia, a hora e o local da prestação do depoimento, para que possam estar presentes se o desejarem.

3 - A inquirição é feita pelo juiz, podendo em seguida as pessoas referidas no número anterior solicitar ao juiz a formulação de perguntas adicionais e podendo ele autorizar que sejam aquelas mesmas a fazê-las.

4 - O disposto nos números anteriores é correspondentemente aplicável a declarações do assistente e das partes civis, de peritos e de consultores técnicos e a acareações.

5 - O conteúdo das declarações é reduzido a auto, sendo aquelas reproduzidas integralmente ou por súmula, conforme o juiz determinar, tendo em atenção os meios disponíveis de registo e transcrição, nos termos do artigo 101.º.

⁹² Sobre esta alteração legislativa ocorrida em 1998 veja-se Mouraz Lopes, *Garantia Judiciária no Processo Penal*, Coimbra Editora, 2000, págs. 44-46, e “O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para memória futura”, *Sub Iudice*, n.º 26, Outubro/Dezembro 2003, págs. 13-19.

⁹³ Doença grave que previsivelmente impeça a testemunha (assistente, parte civil, perito ou consultor técnico) de ser inquirida em julgamento; e a deslocação para o estrangeiro que previsivelmente impeça a testemunha (assistente, parte civil, perito ou consultor técnico) de ser inquirida em julgamento;

⁹⁴ Esta matéria será oportunamente tratada em capítulo próprio.

⁹⁵ Neste sentido, Mouraz Lopes, *Garantia Judiciária no Processo Penal*, Coimbra Editora, 2000, pág. 45, salienta que a razão de ser do novo normativo “(...) busca-se essencialmente na não sujeição das vítimas a interrogatórios sucessivos e quase sempre traumatizantes que o rememorar dos factos em questão encerram. Por outro lado, quando se trata de menores vítimas de crimes contra a autodeterminação sexual, é não só a sua protecção como também a necessidade de perceberem de uma maneira mais real os factos ocorridos, sendo certo que a revelação dos factos em que se viu envolvido poderá não ser de fácil ‘acesso’, dados os naturais bloqueios psicológicos que o menor constrói.”

⁹⁶ Operada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto

⁹⁷ **Artigo 271.º**
(Declarações para memória futura)

Outra das novidades introduzida pela revisão de 2007, no que concerne aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, foi a obrigatoriedade da inquirição do ofendido no decurso do inquérito, desde que a vítima não seja ainda maior⁹⁸. A omissão de tomada de declarações para memória futura do menor constitui, agora, uma nulidade sanável do artigo 120º, n.º2 al. d) uma vez que se trata de ato legalmente obrigatório do inquérito⁹⁹.

3.1- A antecipação de prova noutros ordenamentos jurídicos

No mundo lusófono e no âmbito do processo penal o instituto encontra-se igualmente consagrado nos seguintes Códigos:

No Código de Processo Penal brasileiro, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de Outubro de 1941, sucessivamente alterado (artigos 156.º-I, 225.º e 366.º);

1 - Em caso de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro de uma testemunha, que previsivelmente a impeça de ser ouvida em julgamento, bem como nos casos de vítima de crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual, o juiz de instrução, a requerimento do Ministério Público, do arguido, do assistente ou das partes civis, pode proceder à sua inquirição no decurso do inquérito, a fim de que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento.

2 - No caso de processo por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, procede-se sempre à inquirição do ofendido no decurso do inquérito, desde que a vítima não seja ainda maior.

3 - Ao Ministério Público, ao arguido, ao defensor e aos advogados do assistente e das partes civis são comunicados o dia, a hora e o local da prestação do depoimento para que possam estar presentes, sendo obrigatória a comparência do Ministério Público e do defensor.

4 - Nos casos previstos no n.º 2, a tomada de declarações é realizada em ambiente informal e reservado, com vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e a sinceridade das respostas, devendo o menor ser assistido no decurso do acto processual por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito.

5 - A inquirição é feita pelo juiz, podendo em seguida o Ministério Público, os advogados do assistente e das partes civis e o defensor, por esta ordem, formular perguntas adicionais.

6 - É correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 352.º, 356.º, 363.º e 364.º

7 - O disposto nos números anteriores é correspondentemente aplicável a declarações do assistente e das partes civis, de peritos e de consultores técnicos e a acareações.

8 - A tomada de declarações nos termos dos números anteriores não prejudica a prestação de depoimento em audiência de julgamento, sempre que ela for possível e não puser em causa a saúde física ou psíquica de pessoa que o deva prestar.

⁹⁸ Segundo a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 109/X, que esteve na base da Lei n.º n.º48/2007, "Nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, passa a ser obrigatória a recolha de declarações para memória futura (hoje prevista como facultativa), durante o inquérito."

⁹⁹ Neste sentido pronunciaram-se os "Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto", Código de Processo Penal - Comentários e notas práticas, cit., pág. 679

- No Código de Processo Penal da Guiné-Bissau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º5/93, de 13 de Outubro, in Suplemento ao Boletim Oficial da República da Guiné-Bissau, n.º41, de 13 de Outubro de 1993, [artigos 198.º, 242.º, n.º2, al.a)];
- No Código de Processo Penal de Macau, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 48/96/M, de 9 de Setembro de 1996 [artigos 253.º, 276.º, 301.º e 337.º, n.º2, al. a)];
- No Código de Processo Penal de Cabo Verde, aprovado pelo Decreto Legislativo n.º2/2005, de 7 de Fevereiro, Boletim Oficial, 7 de Fevereiro, I Série, n.º 6, (artigos 309.º e 393.º, n.º1);
- No Código de Processo Penal de Timor-Leste, aprovado pelo Decreto-Lei n.º13/2005, de 12 de Dezembro de 2005 [artigos 230.º, 243.º e 266.º, n.º2, al. a)].

Também na vizinha Espanha o artigo 730.º da LECrim¹⁰⁰ permite igualmente que sejam valoradas as “*diligencias sumariales*” que por causa independente da vontade das partes não possam ser reproduzidas em audiência (morte, doença grave, localização em paradeiro desconhecido, residência no estrangeiro fora da jurisdição do tribunal, não sendo possível assegurar a sua comparência nem a sua audição por via dos mecanismos de cooperação internacional em matéria penal).

Em Itália, a doutrina e a jurisprudência referem-se igualmente à necessidade de uma “prognose póstuma sobre a previsibilidade do evento”, salientando-se, a propósito do artigo 512.º do CPPI¹⁰¹, que “Il presupposto dell’imprevedibilità mira ad evitare la deliberata elusione dell’istituto dell’incidente probatorio, soprattutto da parte della pubblica accusa, che, infatti, potrebbe avere interesse ad utilizzare per fini probatorio le dichiarazioni raccolte unilateralmente durante ll’indagini, piuttosto che procedere ad un’assunzione della prova in contraddittorio tra le parti”¹⁰².

¹⁰⁰ Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹⁰¹ Sigla para Codice Procedura Penal.

¹⁰² PERCHINUNNO, Vincenzo, Percorsi de procedura penale, Milano, 2008, Giuffrè Editore, pág. 31-32

Também nalguns ordenamentos latino-americanos este meio se encontra previsto, como sejam os casos de, designadamente¹⁰³: Código de Processo Penal da República Dominicana (artigo 288.º), Código de Processo Penal do Paraguai (artigo 321.º), Código de Processo Penal da Nicarágua (artigo 202.º) e Código de Processo Penal do Perú (artigo 244.º).

¹⁰³ Conforme refere BUCHO, Cruz, Declarações para memória futura (elementos de estudo), pag. 86-87, disponível em <http://www.trg.pt>.

4. A proteção jurídica dos menores vítimas de crime¹⁰⁴

4.1 Noção de vítima e sua posição processual

O termo vítima aplica-se aos indivíduos que sofrem diretamente com as consequências dos crimes, termo que provém do latim *victima*¹⁰⁵. Todavia, o estudo da vitimologia¹⁰⁶ surgiu apenas na segunda metade do séc. XX como disciplina integrada na criminologia. Esta disciplina, porém, dada a sua importância para o estudo do papel da vítima no facto delituoso, rapidamente se autonomizou em prol da eficácia do processo penal. O objeto do estudo desta disciplina centra-se na relação que se estabelece entre a vítima e o agente do crime, bem como nas razões sociológicas que estão na origem do cometimento do ato ilícito, e nas sequelas resultantes desse ato nos demais indivíduos que fazem parte desse meio social e que de algum modo foram ofendidos ou lesados pelo ataque ao bem jurídico.

Na verdade, foi através do estudo dessa disciplina que, em vários ordenamentos jurídicos, a vítima de crime alcançou a posição de relevo na qualidade de sujeito processual, sendo que, até então lhe estava apenas reservado um mero papel secundário de meio de prova: ser testemunha¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Relativamente ao tema seguiremos de perto RAMOS, José Joaquim Monteiro, “A oficialidade e os menores vítimas de crime: Conflitos e harmonias na busca da tutela”, dissertação para obtenção de grau de mestre, texto gentilmente cedido pelo autor.

¹⁰⁵ Definição disponível no Dicionário de Português-Latim, Dicionários Editora, 2.^a edição, Porto Editora.

¹⁰⁶ A expressão surgiu com o trabalho desenvolvido pelo advogado israelita, de nome Beniamin Mendelsohn que em 1947 proferiu, em Bucareste, uma conferência intitulada “Um Horizonte Novo na Ciência Biopsicosocial – A Vitimologia”. Logo depois, em 1948, von Hentig, Hans, publicou nos Estados Unidos da América a obra *The Criminal and his Victim*. Estes dois estudos são invariavelmente considerados como a génese da vitimologia. Sobre a origem e história da vitimologia manifestou-se, Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias – 1993, pág.75 e ss.

¹⁰⁷ Como bem sublinha José Ramos, ob. Cit. Pág. 22, nota 28, foram fatores preponderantes da mudança, entre outros, alguns instrumentos jurídicos de direito internacional, como são a Recomendação do Conselho da Europa de 28 de Junho de 1985 sobre a vítima no direito penal e respetivo processo, o Convénio Europeu Sobre a Indemnização às Vítimas de Crimes Violentos subscrito em Estrasburgo a 24 de Novembro de 1985 e a

Neste sentido, e seguindo os ensinamentos resultantes do estudo da vítima, o processo penal moderno e democrático procura ser público e punir os agentes da prática de factos tipificados como crime, permitindo em simultâneo que as vítimas participem ativamente na estruturação do processo, para assim satisfazer as legítimas exigências de reparação dos danos que o ato criminoso lhes causou¹⁰⁸. A salvaguarda dos interesses da vítima em processo penal é hoje uma das prioridades de qualquer programa de política criminal e reveste-se de grande importância a nível legislativo¹⁰⁹.

Destarte, a par do arguido, a vítima passou a assumir um papel determinante na prossecução do processo penal, tornando-se titular de direitos processuais, cuja utilização depende da assunção da qualidade processual de assistente ou de parte civil, e que são suscetíveis de influenciar a tramitação do processo e a sua decisão final, quer ao nível dos factos, quer ao nível do direito.

A tutela dos interesses da vítima no processo penal não se consome na possibilidade desta intervir a par dos demais sujeitos processuais, acrescentando antes um conjunto de normas que procuram criar condições mais favoráveis à desejada proteção. São disso exemplo as situações de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, onde está prevista a exclusão de publicidade, o regime especial de inquirição de menor de dezasseis anos e o afastamento do arguido durante a realização de depoimento (conforme dispõem o n.º 3 do art.º 87.º, o art.º 294.º, o art.º 349.º e o art.º 352.º, todos do CPP).

Declaração Sobre os Princípios Fundamentais da Justiça para as Vítimas de Crime e de Abuso de Poder, anexa à Resolução 40/34 de 29 de Novembro de 1985, da Assembleia Geral das Nações Unidas.

¹⁰⁸ É de tal forma assim que autores como Germano Marques da Silva entendem que a proteção das vítimas de crime é uma das principais finalidades do processo penal. Silva, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Parte Geral, I Introdução e Teoria da Lei Penal*, 2ª edição revista, Lisboa, Verbo – 2001, pág.53.

¹⁰⁹ Esta preocupação está claramente assumida nos preâmbulos dos projetos de revisão dos Códigos Penal e de Processo Penal. Veja-se a esse propósito a afirmação de PEREIRA, Rui, “Debate sobre a reforma penal”, in *Julgar*, n.º 1 (2007), pág. 110 e 112, referindo que uma das grandes finalidades da revisão do Código Processo Penal era o aprofundamento dos direitos da vítima. Porém, algo paradoxalmente, o mesmo Código de Processo Penal parece esquecer que uma das mais fortes medidas de proteção das vítimas nos crimes em que o agente e a sua vítima estão próximas, v.g. abuso sexual de menores quando perpetrado em meio familiar, são as medidas de coação que permitem o imediato afastamento do agressor, uma vez que impõe a irrecorribilidade (para o Ministério Público – exceto se recorre a favor do arguido – e para o assistente) do despacho que aplicar, manter ou substituir medidas de coação –cfr. art.º219.º do Código de Processo Penal.

Porém, ocorrem com frequência, situações em que as vítimas de crimes acabam por ser convocadas diversas vezes ao longo do processo devido às necessidades processuais, especialmente de natureza probatória e à falta da adequada preparação dos operadores policiais e judiciários, redundando o processo, assim, como um factor de dupla vitimização.

Tal situação é ainda mais preocupante no que concerne aos menores, uma vez que, devido às características próprias da idade, apresentam uma específica fragilidade e têm menos capacidade para entender e enfrentar o ritualismo, o tempo e os modos de construção de um processo judicial, designadamente em relação à produção de prova¹¹⁰.

Sendo a descoberta da verdade, a ação punitiva e a realização da justiça uma das tarefas fundamentais do Estado, na perseguição dos agentes da prática de crimes, também terá (o Estado) de ter uma especial atenção, no exercício dessa atividade, de não sacrificar novamente os direitos das vítimas. Desta feita, para evitar a duplicação de atos de produção de prova pessoal e, deste modo, acautelar o fenómeno da vitimização secundária, a proposta do processo penal reside, entre outros, nas declarações para memória futura, objeto da presente dissertação.

4.2 – A Tutela Constitucional da vítima

A revisão Constitucional de 1997 acrescentou ao art.º32.º da Constituição da República Portuguesa o seu atual n.º 7, que concede ao ofendido o direito a intervir no processo penal. É, todavia, a única referência expressa que se encontra no texto constitucional sobre admissibilidade de intervenção em processo penal das vítimas de crime. Na verdade o texto da aludida norma limita-se a remeter para a lei ordinária a função de definir a dimensão e o conteúdo deste direito de participação processual, porquanto a norma constitucional nada

¹¹⁰ Perfilhamos a opinião de José Ramos, ob.cit pág. 25. Ainda sobre as dificuldades da criança entender o modo de funcionamento do tribunal e do processo, bem como a intervenção dos operadores judiciários para uma correta recolha de prova testemunhal a crianças vítimas de crime, ver Manual de Boas Práticas para a Intervenção em Situações de Abuso Sexual de Crianças – Aplicações para contexto da Investigação Criminal, ISPJCC, 2004 e Soeiro, Cristina, “O Abuso Sexual de Crianças: Contornos da Relação Entre a Criança e a Justiça”, Sub Judice, justiça e sociedade, n.º 26, Outubro/Dezembro de 2003, págs.21 a 29.

especifica a esse respeito. A Constituição apenas impõe a possibilidade de intervenção, não o seu conteúdo e alcance, isto é, o legislador ordinário beneficia da existência de uma ampla discricionariedade, atribuída pela norma constitucional, podendo concretizar a sua intervenção e o seu correspondente conteúdo pragmático de acordo com critérios mutáveis e suscetíveis de transformação em função das razões e exigências de política criminal.

A intervenção do ofendido em processo que trate factos de que foi vítima, encontra ainda complemento e substrato interpretativo na norma constitucional do art.º 20.º da CRP, onde se prevê o acesso ao direito e a tutela jurisdicional efetiva. Esta norma constitucional consagra, desde logo, o acesso à justiça, o que constitui uma garantia de proteção de todos os direitos fundamentais e uma efetiva tutela jurisdicional¹¹¹.

Seguindo a linha de pensamento de José Ramos¹¹², ousamos afirmar que esta disposição “constitucional, mais que uma mera questão de forma, tem de ser aceite como uma exigência dirigida ao legislador ordinário no sentido de permitir ao ofendido a possibilidade de intervir no processo penal em termos tais que a sua participação seja ela mesma construtiva da resolução jurisdicional, quer ao nível dos factos, quer ao nível do direito, bem como da decisão final e de todas as decisões interlocutórias que não integrem despachos de mero expediente”.

Neste contexto, importa a conciliação do direito de acesso à justiça com as imposições da intervenção do ofendido no processo penal, para a concretização de um processo no qual o ofendido possa fazer valer as suas pretensões. Como tal, devemos entender que existe um núcleo essencial do qual o legislador ordinário não se pode afastar, sob pena de violar a materialidade subjacente às normas constitucionais, sendo certo que “a lei não pode é retirar ao ofendido, directa ou indirectamente, o direito de participar no processo que tenha por objecto a ofensa de que foi vítima”¹¹³.

¹¹¹ CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, 2.ª edição, Coimbra Editora, pag. 408 e ss.

¹¹² Ob. cit. Pág. 86.

¹¹³ SILVA, Germano Marques da, e SALINAS, Henrique, “Comentário ao art.º32.º da Constituição da República Portuguesa”, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2ª edição, coordenação de Miranda, Jorge e de Medeiros, Rui, Coimbra, Coimbra Editora - 2010, pág.735.

4.3- O acolhimento no direito internacional e europeu

Como é sabido a Constituição da República Portuguesa determina que as normas e princípios de direito internacional geral ou comum e as disposições constantes dos tratados que regem a União Europeia façam parte integrante do ordenamento jurídico português, conforme resulta do seu art.º8.^{o114}.

Um dos instrumentos mais importantes de direito internacional é, sem qualquer dúvida, a Declaração Universal dos Direitos do Homem¹¹⁵. Todavia, a Declaração não contém nenhuma norma específica sobre crianças ou jovens. Limita-se a consagrar, no seu art.º 10º, o direito à jurisdição que, naturalmente, também respeita as vítimas de crime.

Por sua vez, também a Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹¹⁶, no n.º1 art.º6º, contém a previsão do direito à jurisdição, contudo, também aqui é inexistente qualquer previsão que diga respeito à proteção das crianças e dos jovens.

Este direito à jurisdição é também consagrado no Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos¹¹⁷, que dispõe, na sua parte final, que as sentenças deverão ser publicadas, exceto se o interesse do menor assim o exigir. O art.º 24.º do Pacto estipula que as crianças têm direito à proteção do Estado, de acordo com a medida da sua necessidade. Em todos estes diplomas internacionais é referido de forma expressa apenas o direito à jurisdição, sendo omissa a referência às vítimas de crime.

¹¹⁴ Segundo o texto original a receção do direito internacional ocorria apenas no que se referia ao direito internacional público, sendo que logo a primeira revisão constitucional (1982) aditou o n.º3, assim passando a ser rececionado também o direito produzido pelas organizações internacionais e a revisão de 2004 acrescentou o n.º4 para receção das normas emanadas pela União Europeia.

¹¹⁵ O texto oficial em português foi publicado no Diário da República, 1ª série, de 9 de Março de 1978.

¹¹⁶ Assim vulgarmente conhecida, sendo que, contudo, se designa por Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. É datada de 4 de Novembro de 1950 e o texto oficial em português foi aprovado, juntamente com os seus cinco primeiros protocolos adicionais, para ratificação, pela Lei 65/78 de 13 de Outubro.

¹¹⁷ De 16 de Dezembro de 1966, sendo aprovado para ratificação pela Lei 29/78 de 12 de Junho.

Há que realçar, porém, que a grande preocupação das instâncias internacionais na elaboração dos aludidos diplomas terá sido o reconhecimento de direitos na relação com os Estados e não nas relações entre privados já, razão pela qual o reconhecimento de direitos processuais se centra na pessoa do arguido e não da vítima.

São, contudo, vários os instrumentos de direito internacional referentes ao direito dos menores e das crianças, designadamente a Declaração dos Direitos da Criança votada na Assembleia-geral das Nações Unidas em 1959, que pela primeira vez consagrou internacionalmente os direitos das crianças e representou um compromisso dos Estados no sentido do seu integral respeito.

Todavia, foi a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança, aprovada por unanimidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas, por ocasião do trigésimo aniversário da Declaração dos Direitos da Criança, que assumiu um carácter inovador, porquanto, pela primeira vez no panorama jurídico internacional os Estados ficaram juridicamente vinculados à realização dos direitos das crianças.

Na sua conceção, a Convenção estipula logo no seu art.º1.º que *“criança é todo o ser humano com menos de 18 anos”*, exceto se, por lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo. No art.º40.º, a Convenção obriga a um conjunto de medidas de natureza processual e substantiva¹¹⁸ que dizem respeito às crianças suspeitas ou acusadas da prática de atos qualificados como crime, omitindo qualquer referência a normas processuais penais aplicáveis às crianças vítimas de crime. A disposição do art.º3.º é, porém, a mais importante da Convenção, por ser ali onde se consagra o interesse superior da criança como primordial critério decisório em processos nos quais se conheçam de questões pessoais referentes às crianças.

¹¹⁸ Na esteira do modelo das “Regras de Beijing” e dos “Princípios Orientadores de Riade”. As “Regras de Beijing” foram aprovadas a 29 de Novembro de 1985, na Assembleia Geral das Nações Unidas, e criaram um conjunto de regras mínimas a adotar pelos vários Estados, no que concerne à justiça da infância e da juventude quando aplicadas a “jovens delinquentes”. Igualmente, os “Princípios Orientadores de Riade” para a prevenção da delinquência juvenil, também aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 14 de Dezembro de 1990, têm como desiderato a prevenção de ações ilícitas praticadas por crianças e jovens, pelo que são omissas relativamente à circunstância oposta.

No panorama jurídico da União Europeia são várias as decisões, diretivas e tratados onde se consagra a tutela dos direitos dos cidadãos. Todavia, aquela que regula a posição da vítima de crime no respetivo processo criminal e define o seu conceito, bem como o seu estatuto processual é a decisão-quadro do Conselho, de 15 de Março de 2001¹¹⁹.

Este diploma prevê, no art.º1.º al. a), que será entendida como vítima “*a pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um dano moral, ou uma perda material, diretamente causadas por ações ou omissões que infrinjam a legislação penal de um Estado-Membro*”. A decisão impõe que os Estados-membros assegurem às vítimas de crime um “papel real e adequado na sua ordem jurídica penal”. Assume, porém, especial relevância o n.º2 do art.º2.º em que se reconhece a necessidade de criar uma discriminação positiva a favor das vítimas especialmente vulneráveis, como é o caso dos menores. Este preceito legal tem uma essência puramente programática, uma vez que omite a imposição de qualquer modo ou meio concretos de consubstanciar esta especial proteção, bem como assim a atribuição de direitos exclusivos.

A decisão prevê ainda direitos genericamente reconhecidos a todas as vítimas de crime, tais como o direito à audição e à apresentação de provas, o direito a ser informado, a garantia de comunicação, a assistência específica, o pagamento das despesas resultantes da participação processual, a proteção das vítimas e, caso seja necessário, das suas famílias e o direito à proteção e à indemnização no processo penal.

4.4 - O papel da vítima no processo penal

A tutela das vítimas de crime é concretizada no ordenamento processual penal português por dois conjuntos distintos de normas, que não obstante obedecerem a desideratos diferentes, têm como objetivo comum a proteção das vítimas¹²⁰.

¹¹⁹ Publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias a 22 de Março de 2001

¹²⁰ Posição expressamente assumida por RAMOS, José, ob. cit. pág.96.

O primeiro desses conjuntos de normas consubstancia-se na intencionalidade funcional de permitir aos cidadãos atingidos pela prática do crime (ofendidos e/ou lesados) que possam fazer valer os seus direitos no âmbito do processo penal. Admitindo a intervenção das vítimas de crime em duas qualidades processuais, correspondentes a dois modelos de interesses legalmente reconhecidos, os quais, sendo distintos entre si, comportam zonas de sobreposição e comum necessidade de tutela judiciária. Neste sentido, a vítima de crime pode assumir a qualidade de assistente quando pretender intervir no processo para colaborar na descoberta da verdade, constituindo-se como auxiliar do Ministério Público, e na punição daquele que entende ser o agente do facto criminoso e/ou pode deduzir um pedido de indemnização civil, adotando a qualidade de parte civil demandante, para se ver ressarcido dos prejuízos que a sua esfera pessoal ou patrimonial sofreu devido à conduta do agente do crime.

O segundo conjunto, trata-se de um vasto grupo de normas que, não obstante ainda partilharem alguns cuidados com a vítima, na verdade já não dizem respeito à sua participação enquanto sujeito processual, tratando apenas da sua proteção enquanto agente de produção de prova. Essas normas têm a funcionalidade de obstar a que, em razão das necessidades processuais, designadamente probatórias, a vítima seja de novo prejudicada na sua vida ou património e, conseqüentemente, a autenticidade da prova pessoal por eles produzida seja diminuída. O exemplo mais comum deste conjunto de normas, cuja finalidade é a proteção da vítima enquanto elemento de produção de prova, são, precisamente, as declarações para memória futura.

Neste contexto, faz todo o sentido que nos debrucemos sobre a intervenção das vítimas de crime nas duas qualidades processuais que podem assumir – Assistente e Parte Civil –, já que oportunamente iremos aprofundar a sua posição como elemento de produção de prova, no caso concreto, quando inquirido para memória futura.

O ofendido¹²¹ pode constituir-se assistente¹²² no processo adquirindo, assim, o estatuto de sujeito processual, passando a dispor de um conjunto de poderes suscetíveis de influenciar a tramitação do processo e a sua decisão final.

¹²¹ Titular do interesse que a lei especialmente quis proteger com a incriminação – Esta definição legal do conceito de ofendido tem já uma longa tradição em Portugal, sendo a sua génese o art.º11.º do Código de

Nos termos da lei são atribuídos poderes ao assistente para intervir no inquérito e na instrução, podendo oferecer provas e requerer as diligências que ache necessárias, no caso de procedimento dependente de acusação particular, pode deduzir acusação independentemente da acusação deduzida pelo Ministério Público (ainda que este não acuse) e interpor recurso das decisões que o afetem¹²³, mesmo que o Ministério Público não o faça. A posição processual do assistente é, ainda, fundada num amplo conjunto de outros direitos e de deveres, os quais encontram previsão casuística em várias das normas do processo penal¹²⁴.

A vítima de crime ao se constituir assistente, desde que também se sinta civilmente lesada, tem ainda a possibilidade de, no âmbito do processo penal em que conhece do facto que originou a lesão, deduzir pedido de indemnização civil contra qualquer pessoa que entenda ter responsabilidade civil decorrente da prática do crime. Este pedido de indemnização civil tem obrigatoriamente de ser deduzido no respetivo processo penal, só o podendo ser em separado nos casos expressamente previstos na lei, conforme resulta dos artigos 71.º e 72.º do CPP.

A obrigação do pedido de indemnização civil correr termos junto ao processo penal tem como função evitar a ocorrência de eventuais decisões judiciais de sentidos divergentes, formando casos julgados contraditórios entre si, o que poderia decorrer em consequência do julgamento separado da questão penal e da questão civil, bem como garantir a economia processual do sistema judicial. Já no que diz respeito aos poderes processuais das partes civis, verifica-se que os mesmos são atribuídos exclusivamente em razão da sua intervenção na ação civil, pelo que ao demandante estão conferidos os mesmos direitos outorgados ao assistente, mas apenas

Processo Penal de 1929. Tal conceptualização foi transposta para o art.º4.º n.º2 do Decreto-lei 35007 de 13 de Outubro de 1945 e, finalmente, para o art.º68.º n.º1 al. a) do Código de Processo Penal.

¹²² Nos termos do artigo 68º do CPP.

¹²³ A legitimidade do assistente recorrer da medida da pena, quando desacompanhado do Ministério Público é questão de tal modo controvertida na praxis judiciária que acabou por provocar o acórdão de uniformização de jurisprudência 8/99, publicado na Iª série do Diário da República de 10/09/1999, nos termos do qual “o assistente não tem legitimidade, para recorrer, desacompanhado do Ministério Público, relativamente à espécie e medida da pena aplicada.

¹²⁴ A título de exemplo veja-se o requerimento para intervenção do tribunal de júri, previsto no art.º13.º n.º1 do CPP. Paulo Pinto de Albuquerque efetua uma exaustiva e completa descrição dos direitos e dos deveres do assistente. ALBUQUERQUE Paulo Pinto de, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, Lisboa – 2008, pág.210 e ss

para sustentação e prova do pedido civil que formulou. Relativamente aos demandados, assumem posição idêntica ao arguido, mas igualmente limitada à sustentação e prova das questões de natureza civil¹²⁵.

4.5 – Promoção e proteção de crianças e jovens em perigo – o interesse superior do menor.

Paralelamente à ação penal pode (e deve, quando as circunstâncias o exijam) decorrer um processo de promoção e proteção do menor, nos termos da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo¹²⁶, introduzida pela Lei n.º 147/99 de 1 de Setembro¹²⁷. Existem, todavia, dificuldades e constrangimentos decorrentes da distinta natureza dos processos (o processo-crime e o processo de promoção e proteção), devendo, em qualquer das jurisdições, assegurar-se o superior interesse do menor e, nessa medida, devem as autoridades competentes, designadamente o Ministério Público, lançar mão de iniciativas e mecanismos legais que melhor satisfaçam tal desiderato. Desde logo, deverá existir uma estreita articulação entre os Magistrados das referidas jurisdições, devendo também ser levada a efeito, logo que possível, a diligência de declarações para memória futura, de forma a acautelar a genuinidade do depoimento, minimizando, em simultâneo, o dano na pessoa do menor que sucessivos e tardios relatos potenciam¹²⁸.

Um dos princípios orientadores a que obedece a intervenção para a promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo é, nos termos da alínea a) do art.º 4.º, da LPCJP, o interesse superior da criança ou jovem¹²⁹. Este princípio, que tem consagração em vários

¹²⁵ RAMOS, José, Ob. cit. pág. 103.

¹²⁶ Doravante designada pela sigla LPCJP.

¹²⁷ Alterada pela Lei n.º 31/2003 de 22 de agosto e regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 332-B/2000 de 30 de Dezembro.

¹²⁸ Conforme a reflexão e conclusão do Encontro da Rede de Magistrados do MP dos Tribunais de Família e Menores de 27/11/2008, disponível em www.pgdlisboa.pt.

¹²⁹ Veja-se a este propósito os seguintes Acórdãos, disponíveis em www.pgdlisboa.pt, cuja decisão é fundamentada no superior interesse da criança:

instrumentos de direito internacional, designadamente no art.º 3.º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, é o principal critério na decisão em processos que se conheçam questões referentes às crianças.

O critério do interesse superior da criança é, no entanto, um conceito jurídico vago e indeterminado, mas só assim o legislador permite que a norma se possa adaptar à variabilidade e imprevisibilidade das situações da vida, em especial de cada família ou menor. Face a estes conceitos o Tribunal não pode apenas declarar o Direito, tem acima de tudo de adequar os factos às situações concretas através de critérios de oportunidade e conveniência, alcançando assim uma decisão mais justa, eficaz e, sobretudo, mais conforme ao espírito da norma criada pelo legislador¹³⁰. Não obstante estarmos perante um conceito indeterminado, na verdade a utilização deste princípio é a base de uma adequada e justa promoção e protecção dos menores e a justificação para a adoção de medidas que visem salvaguardar o perigo a que a criança pode ser submetida.

Admitindo que o conceito confere ao julgador alguma discricionariedade na tomada de decisão, tendo em conta que a interpretação permitida é substancialmente abrangente, apesar de tudo, entendemos que a utilização do conceito não comporta uma “absoluta e total discricionariedade”, nem tão pouco uma “inadmissível arbitrariedade”. Na verdade, o julgador tem de ter sempre em conta os elementos objetivos do caso concreto para uma correta

Acórdão da Relação de Guimarães de 06-12-2007 (Proc. 2145/07-1 - relator Gouveia Barros) – MENORES [Fratrão. Insuficiência económica. Não aplicação da entrega para adopção.]: “I) Na determinação do superior interesse da criança deve ser visada a protecção física, moral e social do menor mas não pode postergar-se o direito da família biológica, se subsistir a relação afectiva entre a criança e os seus progenitores. II) Não pode ser decretada a medida de confiança a instituição com vista a adopção relativamente a crianças com base na pobreza da mãe e na genérica imputação de dificuldades cognitivas mesmo que com rebate sobre o exercício da parentalidade, quando é patente o afecto que a progenitora por eles nutre e do exame de personalidade a que foi sujeita resulta que tais limitações podem ser supridas ou pelo menos minoradas com adequada assistência.”

Acórdão da Relação de Lisboa de 23-04-2009 (Proc. 11162.03.5TMSNT.A.L1-1 - relator Manuel Gonçalves) Processo de promoção e protecção. Processo de adopção. Interesse da criança (acolhimento em instituição vs apoio junto dos pais.): “1. O superior interesse da criança e do jovem deve ser entendido como o direito do menor ao desenvolvimento sã e normal no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. 2. O interesse da criança ou jovem, deve ser realizado na medida do possível no seio do seu grupo familiar. Porém, em caso de colisão, sempre sobrelevará o interesse em se alcançar a plena maturidade física e intelectual da criança/jovem, ainda que, o interesse de manter a criança/jovem no agregado familiar seja postergado.”

¹³⁰ Neste sentido veja-se a intervenção do Digníssimo Procurador da República, Dr.º Celso Manata, no “SEMINÁRIO DIREITOS DAS CRIANÇAS E INTERVENÇÃO QUE COMPETÊNCIAS?”, que decorreu no Centro Ismaili, em 24 de Abril de 2008, sob o tema “...no superior interesse da criança”, disponível em www.cnpcejr.pt.

aplicação das normas jurídicas, e ainda a consciência das regras teleológicas e axiológicas que apesar de não serem determinantes na fundamentação da decisão, lhe dão um suporte lógico e que, por isso, tem de ser observadas.

Compreende-se facilmente que o conceito do interesse superior do menor não é um conceito estático. Na definição de Celso Manata¹³¹ “trata-se, na verdade, de uma noção cultural intimamente ligada a um sistema de referências vigente em cada momento, em cada sociedade, sobre a pessoa do menor, sobre as suas necessidades, as condições adequadas ao seu bom desenvolvimento e ao seu bem-estar material e moral. Por isso mesmo, tal conceito está em desenvolvimento contínuo e progressivo, devendo por isso ser interpretado em função das necessidades de cada época.”

Entendemos que também no processo-crime, nomeadamente nos casos de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores, este conceito deve imperar em todas as decisões que de alguma forma afetem o menor vítima deste tipo de criminalidade. Aliás, sustentamos exatamente o interesse superior do menor como precursor da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 109/X, que esteve na base da Lei n.º n.º48/2007, quando se refere que *“nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, passa a ser obrigatória a recolha de declarações para memória futura (hoje prevista como facultativa), durante o inquérito.”*

¹³¹ Idem.

5. Intervenção jurisdicional e tramitação processual

5.1 - Intervenção jurisdicional

Não obstante a produção antecipada de prova por vezes ser encarada como uma “antecipação parcial da audiência de julgamento”¹³², na verdade existem importantes desvios às regras que imperam em audiência. As declarações para memória futura não podem, por isso, ser configuradas como um “julgamento parcial”¹³³, ainda que antecipado. Ou seja, embora a produção antecipada de prova constitua um “enxerto jurisdicional” na fase de inquérito, não pode ser caracterizada como um verdadeiro julgamento antecipado parcial.

Como decorre do quadro legal do processo penal português, a ação penal encontra-se na titularidade do Ministério Público¹³⁴, tendo a atribuição da responsabilidade investigatória, que normalmente concretiza nos Órgãos de Polícia Criminal¹³⁵, sendo, na fase de inquérito, atribuído ao juiz o duplo papel de decisor e garante dos direitos, liberdades e garantias.

Neste contexto a intervenção jurisdicional torna-se imprescindível, em todas as fases do processo e sobretudo no inquérito, sempre que a realização de atos de investigação possam colidir com os direitos fundamentais do cidadão.

Mouraz Lopes¹³⁶ configura a intervenção jurisdicional na fase preliminar do processo penal em três dimensões ou categorias: “A primeira fase assume uma natureza dir-se-ia

¹³² A expressão “antecipação parcial do julgamento”, constante da exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 109/X, por mais impressiva que seja não deve ser tomada à letra.

¹³³ Como lhe chamou o Acórdão da Relação do Porto de 29-10-2008 (proc.º n.º 0814505, rel. Francisco Marcolino), disponível em www.dgsi.pt.

¹³⁴ Nos termos do art.º 263.º do CPP, a direção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal.

¹³⁵ “(...) o saber técnico, preciso e aprofundado, necessário à concretização da investigação criminal não se compadece com uma estrutura que na sua essência é burocraticamente formada e que se pretende mais do que operacional, que seja intelectualmente dotada da capacidade de orientação investigatória. Daí o grau de autonomia atribuído aos órgãos de polícia de investigação.” LOPES, Mouraz, O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para “memória futura”, Sub Judice, 26, 2003, pag. 14.

¹³⁶ Ob. cit. pag. 14.

paradigmaticamente garantística, resultante das necessárias restrições aos direitos fundamentais decorrentes do desenvolvimento da investigação criminal.

Numa segunda dimensão estão em causa as intervenções jurisdicionais na fase preliminar do processo para efeitos de aquisição e validação da formação antecipada da prova, quando motivos também eles excepcionais o exigem.

Numa terceira dimensão identificam-se as intervenções judiciais a efectuar no inquérito que revestem a natureza de actos que entrem em rota de colisão com a tutela dos direitos fundamentais, restringindo-os mas que não apresentam qualquer conexão directa com a actividade investigatória, sendo intervenções possíveis de serem efectuadas noutras fases do processo”.

Não obstante na fase da instrução (artigo 294.º) e na fase do julgamento (art. 320.º), isto é, em fases processuais dirigidas por um juiz, a lei consentir que a realização de declarações para memória futura seja determinada oficiosamente ou a requerimento, na verdade na fase do inquérito a intervenção do juiz de instrução é necessariamente provocada¹³⁷. Neste sentido, na fase de inquérito, a produção antecipada de prova está dependente do princípio do pedido, que é formulado pelos intervenientes com legitimidade¹³⁸ para requerer a produção de declarações para memória futura. Sem que a diligência seja expressamente requerida, o juiz não pode, oficiosamente determinar a realização de declarações para memória futura.

5.2- Tramitação Processual

¹³⁷ Conforme ensina Maria João Antunes, “ O Segredo de Justiça e o Direito de Defesa do Arguido Sujeito a Medida de Coacção”, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, pág. 1265.

¹³⁸ O Código de Processo Penal (artigos 271.º e 294.º) apenas confere legitimidade para requerer a produção de declarações para memória futura aos seguintes intervenientes:

- Ministério Público;
- Arguido;
- Assistente;
- Partes civis.

Conforme já referido, o Código de Processo Penal (artigos 271.º e 294.º) apenas confere legitimidade para requerer a produção antecipada de prova ao Ministério Público, ao arguido, ao assistente e às partes civis, sendo preteridos desse direito o simples ofendido que não se constituiu assistente, o lesado que não tenha deduzido pedido de indemnização civil, bem como o simples suspeito.

Apesar do processo penal atribuir legitimidade para requerer a medida de antecipação de prova ao arguido, ao assistente e às partes civis, na verdade, na esmagadora maioria das situações, na fase de inquérito, as declarações para memória futura são requeridas pelo Ministério Público. Compreende-se que só muito raramente sejam requeridas pelo arguido, porquanto a finalidade da medida é garantir que aquele elemento de prova não se perca e possa ser utilizado em audiência e julgamento. Por outro lado, ao requerer a antecipação da prova logo em inquérito pode estar, de algum modo, a antecipar ou a comprometer a sua estratégia de defesa, dando-a a conhecer ao Ministério Público, que pode então aprofundar determinados aspetos do inquérito ou direccionar a investigação num outro sentido.

Para além dos poderes conferidos ao juiz nas fases de instrução e de julgamento para que oficiosamente possa obter prova antecipada, na fase de inquérito, a produção dessa prova está dependente do princípio do pedido, que se traduz no requerimento formulado ao juiz de instrução, por quem tem legitimidade para o efeito. Porém, o Código de Processo Penal é omissivo quanto aos requisitos desse requerimento. Mas, conforme decorre do n.º 1, do art.º 271.º o impulso processual, pelo menos na fase de inquérito, depende da apresentação desse requerimento ao juiz de instrução, pelos intervenientes com legitimidade para o efeito.

Uma das hipóteses encontradas para colmatar esta lacuna, seria o recurso subsidiário ao Código de Processo Civil, onde se dispõe no n.º 1 do artigo 521.º, que “*o requerente da prova antecipada justificará sumariamente a necessidade de antecipação, mencionará com precisão os factos sobre que há-de recair e identificará as pessoas que hão-de ser ouvidas, quando se trate de depoimento de parte ou de testemunhas.*”. Todavia, a jurisprudência¹³⁹ manifestou-se de forma inversa, alegando que, quanto à necessidade de o requerimento mencionar factos

¹³⁹ Conforme o Acórdão da Relação do Porto de 29-6-2011 (proc.º n.º 13391/08.6TDPRT.-AP1, rel. José Carreto) disponível em www.dgsi.pt.

sobre os quais deva recair a produção antecipada de prova, não é aplicável subsidiariamente o Código de Processo Civil¹⁴⁰.

Não obstante a orientação jurisprudencial, é seguindo o raciocínio de Cruz Bucho¹⁴¹, que alicerçamos a nossa posição.

Se efetivamente, quanto ao objeto da prova antecipada, isto é, quanto ao tipo de atos processuais para memória futura que é lícito realizar, quanto aos fundamentos da antecipação, quanto à legitimidade para requerer a antecipação da prova e à estrutura da diligência, se encontra regulada especificamente no Código Processo Penal (art.º 271º), e nesse sentido não é possível o recurso à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, já no que diz respeito aos requisitos do requerimento da prova antecipada, não é assim. Na verdade, não existe qualquer disposição no Código Processo Penal onde sejam mencionadas as indicações indispensáveis para sua elaboração, a fim de ser submetido à apreciação judicial, para que este possa, motivadamente, acolhê-lo ou rejeitá-lo. Parece-nos, porém, que as exigências constantes do Código de Processo Civil, designadamente as constantes no n.º 1, do art.º 521.º, assumem nitidamente carácter instrumental e correspondem a exigências impostas pela mais elementar lógica.

Neste contexto, revemo-nos na sugestão apresentada por Cruz Bucho¹⁴², que interpretando o art.º 521.º do Código Processo Civil, à luz dos ensinamentos de Alberto do Reis e do Direito Comparado, sugere que no requerimento da prova antecipada, o requerente “deve procurar:

- indicar a prova a produzir, identificando as pessoas que devem ser ouvidas e indicar em que condição o deverão ser;

¹⁴⁰ Segundo BUCHO, Cruz, Declarações para memória futura (elementos de estudo), pag. 64-65, disponível em <http://www.trg.pt>, o afastamento da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil foi fundado em três ordens de razão, a saber:

- “o CPP regula especificamente a situação e tem norma expressa sobre essa matéria (artº 271.º CPP),”
- “a matéria regulada pelo CPC tem em conta que se trata de direitos disponíveis apenas submetidos a juízo por vontade das partes,”
- “e sobre elas incide não apenas o ónus probatório, mas também de alegação dos factos (artº 664.º CPC), e a inquirição em julgamento de qualquer depoente é sobre os factos indicados pelo representante (artº 638.º CPC) Daqui o se vê que a regulação do CPC não se adequa á lei processual penal, em que a averiguação dos factos tem por base o crime imputado, em que o juiz no decurso do depoimento ajuizará dos factos pertinentes e cuja averiguação lhe cabe não estando na disponibilidade das partes.”

¹⁴¹ Ob.Cit, pág. 65.

¹⁴² Ob.cit, pág. 67.

- mencionar os factos sobre os quais deve recair a produção antecipada de prova (em regra por referência ao auto de notícia, ou à acusação pública ou particular, caso já tenham sido deduzidas) e as razões da sua importância para a decisão da causa;
- indicar as razões por que se mostra relevante a audição de tais pessoas (v.g. por haverem presenciado os factos, por neles terem participado, etc.);
- justificar sumariamente a necessidade da antecipação, nos casos previstos no n.º1 do artigo 271.º”

Em nosso entender, a sugestão apresentada por Cruz Bucho para elaboração do requerimento da prova antecipada é, efetivamente, a “espécie de acusação” a que se refere Joaquim Malafaia¹⁴³, necessária para evitar a violação do princípio do acusatório, ou seja, trata-se da delimitação do objeto da diligência para que o juiz possa levar a cabo a inquirição da pessoa cujo depoimento se pretenda recolher, sem que seja posta em causa a estrutura acusatória do processo penal.

Importa, porém, efetuar uma pequena referência à obrigatoriedade de justificação da necessidade de antecipar a prova. Na verdade, o requerente tem de convencer o juiz de instrução que efetivamente existe a necessidade de antecipar a realização de prova que de outra forma só seria debatida em audiência e julgamento. Essa justificação assenta no fundado receio que esse elemento de prova se perca ou se torne impossível a sua produção em audiência de julgamento.

Nos casos previstos no n.º 1 do art.º 271.º, designadamente nos casos de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro, é conveniente que o requerimento seja acompanhado de documento comprovativo do que esta a ser argumentado, designadamente atestado médico, cópia de contrato de trabalho no estrangeiro ou cópia de bilhete de avião. Nas outras situações previstas no n.º1, ou seja, nos crimes de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual, em que a tomada de declarações para memória futura não é obrigatória, o requerente deverá acentuar a necessidade de proteção das vítimas.

Nas situações previstas no n.º2, do art.º 271.º, ou seja, quando se trata de crimes contra a autodeterminação sexual, em que as vítimas são menores, não há necessidade de justificação

¹⁴³ MALAFAIA, Joaquim, O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos actos de instrução e nas declarações para memória futura, RPCC, 14, 2004, pág. 535-536.

sumária da antecipação de prova, atendendo ao facto da lei obrigar, durante a fase de inquérito, à tomada de declarações para memória futura¹⁴⁴, cominando de nulidade sanável, nos termos do artigo 120º, n.º2 al. d)¹⁴⁵, uma vez que se trata de ato legalmente obrigatório do inquérito.

Após a apresentação do requerimento de produção antecipada, o juiz de instrução deverá proferir o despacho que rejeite ou admita¹⁴⁶ a produção de declarações para memória futura.

Como vimos, nos casos previstos no n.º 2 do artigo 271.º - menores vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual -, é obrigatória a tomada de declarações para memória futura e, por conseguinte, o juiz limita-se a verificar se a pessoa cuja inquirição ou tomada de declarações vem requerida assume a posição de vítima contra a liberdade e autodeterminação sexual, se era menor à data da prática dos factos e se ainda será menor na data provável da sua inquirição. Já nas outras situações previstas no n.º 1, o juiz, fundamentadamente, pode rejeitar o requerimento¹⁴⁷, quer por razões substantivas, quer por motivos de natureza processual.

No caso da produção antecipada de prova ser admitida, o douto despacho deverá especificar o objeto da prova a produzir, identificar as pessoas que deverão estar presentes e designar dia, hora e local para a produção da prova.

Caso o requerimento seja rejeitado pelo juiz de instrução, o requerente pode, todavia, recorrer dessa decisão, não obstante a lei portuguesa ser omissa em relação ao recurso. Porém, dada a

¹⁴⁴ Segundo o entendimento de Bucho, Cruz, ob. cit. pág. 69.

¹⁴⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, Lisboa – 2008, pág. 687. No mesmo sentido se pronunciaram os “Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto”, Código de Processo Penal - Comentários e notas práticas, cit., pág. 679, António Gama, “Reforma do Código de Processo Penal”, cit., págs. 397-398 e João Conde Correia, “O papel do Ministério Público no crime de abuso sexual de crianças”, in Julgar n.º12 (especial), 2010, pág. 176, nota 38.

¹⁴⁶ Em qualquer das situações, a decisão que rejeitar ou admitir a realização de declarações para memória futura, enquanto ato decisório, deve ser fundamentada, “especificando os motivos de facto e de direito da decisão”, no termos do n.º 5 do art.º 97.º, do CPP.

¹⁴⁷ Mas, como justamente se salientou no douto Acórdão da Relação do Porto de 19-1-2005130 (Proc.º n.º 0510063, relator Fernando Monterroso), disponível em www.dgsi.pt, “não está aqui em causa um poder arbitrário, mas vinculado ao princípio da legalidade, como, aliás, acontece na generalidade das decisões de carácter jurisdicional. O juiz terá, deste modo, de ponderar o caso concreto, considerando especialmente a proteção das vítimas e a necessidade de preservar a boa administração da justiça.”.

regra da recorribilidade constante no art.º 400º do CPP, afigura-se que também esta decisão seja passível de recurso¹⁴⁸. Este, por sua vez sobe imediatamente já que a sua retenção o tornaria absolutamente inútil (n.º 1, do art.º 407.º do CPP)¹⁴⁹, em separado (n.º 2, do art.º 406.º do CPP) e com efeito meramente devolutivo (art.º 408.º do CPP).

¹⁴⁸ Pronunciando-se pela recorribilidade veja-se Pinto de Albuquerque, ob. cit., pág. 798.

¹⁴⁹ Conforme constitui doutrina e jurisprudência pacíficas, bem sintetizadas no Acórdão da Relação de Lisboa de 5-4-2011 (proc.º n.º 1473/08.9TASNT-A.L1.-5, relatora Margarida Blasco) disponível em www.dgsi.pt. “No caso de indeferimento da realização de declarações para memória futura a retenção do recurso, no caso de subida diferida, teria como resultado a completa incoerência do futuro resultado do mesmo: mesmo que o recurso viesse a proceder o recorrente já disso não poderia retirar qualquer proveito”. Neste sentido se pronunciou Silva, Germano Marques da, Curso de Processo Penal, IIIº volume, Lisboa, Verbo – 1994, pág. 345, nota 1 “Imaginamos a hipótese de indeferimento de requerimento de declarações para memória futura, que pode vir a tornar-se absolutamente inútil se entretanto a testemunha falecer ou se deslocar definitivamente para o estrangeiro”

6. Sistematização do art.º 271º do Código Processo Penal.

6.1 – Artigo 271.º, n.º 1 do CPP – Fundamentos da antecipação de prova.

Como já tivemos oportunidade de referir, os fundamentos preambulares que estão na base da antecipação de prova são a doença grave e a deslocação para o estrangeiro, que previsivelmente impeça a testemunha de ser inquirida em julgamento. Só posteriormente, com as alterações legislativas de 1998 e de 2007, surge o terceiro fundamento a que a doutrina apelida de “crimes de catálogo”, surgindo como fundamento para antecipação de prova as situações em que ocorrem crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual e tráfico de pessoas.

Importa, pois, efetuar uma detalhada incursão pelos três fundamentos que suportam a antecipação de prova.

No caso de doença grave e deslocação para o estrangeiro, a antecipação de prova depende da previsibilidade da testemunha poder comparecer em audiência de julgamento¹⁵⁰, isto é, a tomada de declarações para memória futura esta dependente da formulação do juízo de prognose, aliás bem patente no corpo do artigo: “(...) *que previsivelmente a impeça de ser ouvida* (...)”. Há todavia situações em que não é previsível que a testemunha não possa estar presente em audiência, designadamente quando morre no decorrer do processo, adoece gravemente ou ausenta-se com paradeiro incerto, impossibilitando a sua comparência em audiência e julgamento. Nestas situações, o n.º 4 do artigo 356.º do CPP, permite a leitura de declarações prestadas perante o juiz ou o Ministério Público se os declarantes não tiverem podido comparecer por falecimento, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade duradoura¹⁵¹.

¹⁵⁰ Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal, vol. II, cit., pág. 138.

¹⁵¹ Sobre a impossibilidade duradoura veja-se Acórdão do STJ de 23-3-2000, Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, ano VIII, tomo 1, pág. 230. Segundo a doutrina portuguesa que se debruçou sobre este último preceito, os depoimentos prestados em inquérito, perante o Ministério Público só

Verificada a previsibilidade que impede a testemunha de estar presente em audiência de julgamento, há que analisar individualmente cada um dos fundamentos.

O primeiro, a doença grave, não se reporta ao mero impedimento físico-motor que impeça a testemunha de se deslocar, sozinha ou acompanhada, ao tribunal para prestar declarações¹⁵². Todavia, não é exigível que se trate de uma doença¹⁵³ de tal gravidade¹⁵⁴ que seja expectável causar a morte da testemunha. Em boa verdade, o que se exige é que a gravidade da doença¹⁵⁵ previsivelmente impeça a testemunha de ser ouvida em julgamento. Tanto é assim que a aplicação deste fundamento de antecipação de prova tem sido pacífica na jurisprudência produzida¹⁵⁶.

poderão ser valorados caso não tenha sido processualmente possível, por qualquer razão recorrer ao mecanismo da aquisição antecipada, devido à impossibilidade do motivo determinante do impedimento da testemunha, conforme assinala Damião da Cunha, “O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts.356.º e 357.º do CPP)”, pág. 413.

¹⁵² Nesses casos aplica-se o recurso ao mecanismo de tomada declarações no domicílio, nos termos do artigo 319.º do CPP.

¹⁵³ A doença a que se refere tanto pode ser física como psíquica, sendo, a este respeito, elucidativo o n.º8, do art.º 271.º do CPP, que impede a repetição do depoimento em audiência e julgamento quando “*puser em causa a saúde física ou psíquica de pessoa que o deva prestar*”.

¹⁵⁴ Segundo Pinto de Albuquerque, ob.cit., pág. 684, “A gravidade mede-se pelo efeito inibidor da doença na pessoa, isto é, pelo efeito de inibição de um depoimento plenamente livre e consciente, no uso de todas as faculdades mentais da testemunha.”

¹⁵⁵ Neste sentido argumenta Pinto de Albuquerque, ob.cit, pág. 685, que a doença pode ser física permanente, pode ser psíquica crónica ou degenerativa, ou de efeito intermitente em que haja risco considerável de novo episódio da doença.

¹⁵⁶ Neste domínio veja-se o Acórdão da Rel. de Coimbra de 9-11-1999 (proc.º n.º 2794-99, relator António Geraldes), disponível em www.dgsi.pt, segundo o qual “Justifica-se a inquirição antecipada de uma testemunha quando, sem ninguém pôr em causa, se alega que tem 78 anos de idade, sofre gravemente do coração, tem estado internado por diversas vezes, devido ao seu grave estado de saúde, que a mesma tem conhecimento direto dos factos, por ter vivido no prédio reivindicado e ser familiar de dois dos Autores, e que, falecendo a testemunha, se perderá por completo o seu contributo para a descoberta da verdade”. Também no Acórdão da Relação do Porto de 19-3-2009 (proc.º n.º 59/07.0TBMST-B.P1, relator Mário Fernandes), disponível em www.dgsi.pt, se refere que “(...) atendo-nos à idade da referida testemunha [77 anos] - ultrapassando já o período médio de vida previsto para as pessoas do sexo masculino do nosso país - e ao seu estado de saúde, o qual tenderá a agravar-se com o decorrer do tempo, por força dos diabetes e hipertensão arterial de que padece, sendo de presumir uma progressiva perda da sua capacidade auditiva, tudo aponta, dentro de um critério de normalidade para um quadro circunstancial que necessariamente irá influenciar na clarividência e utilidade do depoimento a prestar, bem como na formação da convicção do tribunal.”

No que diz respeito à invocação da deslocação para o estrangeiro como fundamento de antecipação de prova, é de referir que esta deslocação tem de ser prolongada e ultrapassar a data previsível para a realização da audiência de julgamento, ou por um período indeterminado, sem data de regresso¹⁵⁷.

Este fundamento torna-se muito útil em zonas turísticas, onde as vítimas ou testemunhas são estrangeiros, sendo previsível que não estejam presentes na fase de julgamento. De igual forma, constitui um instrumento útil em crimes de lenocínio ou tráfico de pessoas, onde as mulheres exploradas, normalmente cidadãs estrangeiras em situação ilegal, após desmanteladas as redes, são extraditadas¹⁵⁸ para os países de origem, sendo, na maior parte das vezes o seu depoimento de extrema utilidade para a produção de prova.

Tratando-se, porém, de cidadãos pertencentes a Estados-Membros da União Europeia, o campo de aplicação deste fundamento tende a ser menos eficaz, devido à facilidade e rapidez dos transportes e aos mecanismos de cooperação internacional¹⁵⁹.

Conforme já foi referido em capítulo próprio, é com a revisão de 1998, operada pela Lei n.º 59/98 de 25 de Agosto, que ao aditar ao n.º 1 do art.º 271.º do CPP a expressão “bem como nos casos de vítimas de crimes sexuais”, que a aplicação do mecanismo de antecipação de prova, acrescenta pela primeira vez um fundamento aos dois já existentes. Este fundamento foi apelidado de crimes de catálogo, por se tratar de uma hipótese, até ali atípica, de produção

¹⁵⁷ Na esteira de Pinto de Albuquerque, ob. cit., pág. 685.

¹⁵⁸ Conforme se afirma no Acórdão da Relação de Coimbra de 20-5-2009 (proc.º n.º 5/02.7ZRCBR.C1, relator Vasques Osório), disponível em www.dgsi.pt, “tratando-se de cidadãs não nacionais e porque não se encontravam legalmente em Portugal, seria mais do que provável que contra elas fossem instaurados processos de expulsão quando as mesmas teriam relevantes conhecimentos sobre o crime de lenocínio que era investigado nos autos. Sendo conhecida a forma como normalmente termina um qualquer processo de expulsão por permanência não autorizada, é evidente que seria então previsível que não pudessem estas testemunhas de nacionalidade brasileira depor nas subseqüentes fases do processo designadamente, na audiência de julgamento. Daí que nenhuma dúvida subsistam de que se verificavam os requisitos atrás enunciados quando o Mmo. Juiz de Instrução, deferindo o promovido, determinou as tomadas de declarações para memória futura”.

¹⁵⁹ A este respeito recorde-se o teor do n.º1 do artigo 10.º da Convenção Relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados-Membros da União Europeia, assinado em Bruxelas em 29 de Maio de 2000: “Caso uma pessoa se encontre no território de um Estado Membro e deva ser ouvida, na qualidade de testemunha ou de perito, pelas autoridades judiciais de outro Estado-Membro, este último, se não for oportuna ou possível a comparência física no seu território da pessoa a ouvir, poderá solicitar que a audição seja efectuada por videoconferência, nos termos dos n.ºs 2 a 8.”

antecipada de prova. Todavia, reservamos para o capítulo seguinte uma maior explanação sobre os motivos e argumentos que estiveram na origem deste novo fundamento.

É todavia, a revisão de 2007, introduzida pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, que a par dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual¹⁶⁰, acrescenta ao catálogo o crime de tráfico de pessoas¹⁶¹.

Outra novidade da revisão de 2007 é a obrigatoriedade de se proceder à tomada de declarações para memória futura, “*nos casos de processo por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor (...)*”, prevista no novo n.º 2, do art.º 271.º do CPP. Uma maior explanação sobre o referido normativo será efetuada seguidamente em capítulo próprio.

6.2 - Artigo 271.º, n.º 2 do CPP – Obrigatoriedade da tomada de declarações para memória futura nos crimes contra a autodeterminação sexual de crianças e jovens.

O legislador, na formulação do preceito normativo do art.º 271, n.º 4, conjugado com o art.º 271, n.º 2 do CPP, prevê que a tomada de declarações para memória futura seja realizada em ambiente informal e reservado, com vista a garantir, designadamente, a espontaneidade e sinceridade das respostas, devendo o menor ser assistido por um técnico habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito.

¹⁶⁰ A este nível, verificou-se também um aumento das situações que podem conduzir à realização da produção antecipada da prova derivada, embora por via indireta, das alterações ocorridas ao nível substantivo através das alterações operadas ao Código Penal pela Lei n.º 50/2007, de 4 de Agosto. Veja-se, a título de exemplo, o alargamento das situações que integram crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, designadamente pela criação do tipo legal do crime de recurso à prostituição de menores (artigo 174.º do Código Penal) e pelo alargamento do âmbito dos tipos incriminadores dos crimes de lenocínio e de pornografia de menores, que abrangem todos os menores e não apenas os menores de 16 ou de 14 anos.

¹⁶¹ No que respeita ao tráfico de pessoas, como justamente assinala Euclides Dâmaso Simões, “Tráfico de Seres Humanos: Prevenção e Repressão à luz do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo”, pág. 11, in *Julgar on line*-2009, “Tal tipo de procedimento [declarações para memória futura] é, até, aconselhável como regra, tendo em conta a extrema mobilidade das vítimas (que não raro pretendem, após eclosão do processo, mudar de paradeiro e sumirem-se do alcance dos exploradores) e, também, a sua tendencial volubilidade face a pressões.”

O objetivo da norma é garantir a espontaneidade e sinceridade das respostas e, subsidiariamente, evitar o impacto psico-emocional da participação direta da criança em tribunal. Para tal, a tomada de declarações deverá ser tida em ambiente informal e reservado.

O preceito normativo impõe que o menor vítima de crime sexual seja submetido a audição para memória futura, com o objetivo de evitar a vitimização secundária¹⁶². Alias, a génese deste normativo encontra-se na revisão do CPP de 1998, conforme já plasmado no capítulo III da presente dissertação.

Não obstante o argumento seja o de poupar as vítimas ao vexame de ter de repetir a sua história e de reviver a sua dor vezes sem conta, diante do OPC, do Ministério Público, do tribunal de julgamento e neste tantas vezes quantas o julgamento tivesse de ser repetido¹⁶³, na verdade, e em nosso entender, a primeira triagem¹⁶⁴ deve ser efetuada pelo OPC especializado, por ser aquele que tem o “*know how*” no tratamento e investigação deste tipo de criminalidade¹⁶⁵.

¹⁶² Ou dupla vitimização. De acordo com a definição constante do ponto 1.3 da Recomendação Rec. 8, de 14-6-2006, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, “Entende-se por vitimização secundária aquela que não resulta diretamente da conduta criminosa, mas da resposta dada à vítima pelas instituições e pelos indivíduos.” Na esteira de Sandra Oliveira e Silva, investigações empíricas no domínio da vitimologia têm evidenciado que o dever de testemunhar comporta um assinalável efeito de vitimização secundária em que a pessoa é levada a reviver os sentimentos negativos (medo, ansiedade, dor) experimentados quando da infração, efeito este especialmente intenso e pernicioso se estiver em causa um núcleo muito restrito de intimidade pessoal como sucede no âmbito dos crimes sexuais. Por outro lado, a fiabilidade do testemunho é profundamente condicionado pela passagem do tempo, de tal modo que quanto mais tardiamente for efetuada a produção da prova menor será, em regra, a atendibilidade dos resultados obtidos. SILVA, Sandra Oliveira e, A Protecção de Testemunhas no Processo Penal, Coimbra Editora, 2007.

¹⁶³ Neste sentido, Mouraz Lopes, Garantia Judiciária no Processo Penal, Coimbra Editora, 2000, pág. 45, salienta que a razão de ser do novo normativo “(...) busca-se essencialmente na não sujeição das vítimas a interrogatórios sucessivos e quase sempre traumatizantes que o rememorar dos factos em questão encerram. Por outro lado, quando se trata de menores vítimas de crimes contra a autodeterminação sexual, é não só a sua proteção como também a necessidade de percecionar de uma maneira mais real os factos ocorridos, sendo certo que a revelação dos factos em que se viu envolvido poderá não ser de fácil ‘acesso’, dados os naturais bloqueios psicológicos que o menor constrói.” Cfr. ainda deste ultimo autor, “O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para memória futura”, cit., págs.17-18.

¹⁶⁴ Esta primeira triagem tem como objetivo aferir a veracidade do testemunho e tentar avaliar a suspeita, procedendo-se à recolha de indicadores, ao nível da escola, da família e do comportamento da criança – dando maior saliência para os sintomas que se referem ao comportamento sexualizado – bem como averiguar a existência de crime, descobrir os seus agentes e a sua responsabilidade descobrir e recolher as provas, ou seja, estabelecer um nexó relacional demonstrável, entre ato e autor.

¹⁶⁵ Neste sentido defende Mouraz Lopes que “(...) Bem diferente é, no entanto a situação «no terreno», nomeadamente na investigação criminal, na recolha de prova e na conseqüente elaboração da acusação. Entre a *law in books* e a *law in action*, vai seguramente um grande caminho a percorrer. Neste particular domínio são difíceis os caminhos da investigação criminal. Mas como em todos os crimes, também aqui a resposta existe e

Existem, porém, uma pequena franja de magistrados do Ministério Público, designadamente da região norte do país, bem como alguns técnicos do Instituto Nacional de Medicina Legal, defendem que a primeira abordagem¹⁶⁶ e entrevista a crianças vítimas de crimes sexuais deve ser efetuada pelos técnicos do INML, por serem aqueles que têm os conhecimentos científicos necessários para salvaguardar os interesses da criança.

Em nosso entender está, acima de tudo, em causa a ação da justiça, porque se por um lado a norma pretende salvaguardar os interesses da criança, por outro está a realização da justiça e a descoberta da verdade como formas necessárias de conferir a efetividade à pretensão punitiva do Estado.

Para manter um equilíbrio saudável nesta dicotomia, a prossecução da investigação tem, com certeza, por base uma boa recolha de informação e consequente recolha de testemunho da vítima¹⁶⁷. Só assim a investigação consegue elementos suficientes que permitam afirmar a existência de crime¹⁶⁸ e delinear estratégias que permitam a recolha de prova inequívoca¹⁶⁹.

não há que hesitar na sua concretização. Ao «*know how*» dos órgãos de polícia criminal no tratamento e na investigação dos crimes deve corresponder um quadro legal inequívoco, processualmente adequado e sobretudo respeitador dos direitos fundamentais de quem está envolvido. Não chegam no entanto os meios diferenciados de investigação policial. É preciso atentar na especificidade da forma de cometimento dos crimes, na personalidade dos seus autores e sobretudo atentar especialmente nas suas vítimas. Ou seja, a atenção à vulnerabilidade de quem vê e sente a sua liberdade ou autodeterminação sexual posta em causa, muitas vezes sem sequer se dar conta de que está a ser vítima, é o ponto chave do tratamento judicial da questão. O entendimento desta realidade configura, afinal, a especificidade, do tratamento da matéria”. LOPES, Mouraz, “O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para memória futura”, Sub Judice, 2003, cit. pág. 14.

¹⁶⁶ Entenda-se esta abordagem como sendo aquela que é feita no âmbito do CPP, porquanto na grande maioria das situações já houve uma intervenção da CPCJ, designadamente nos processos de promoção e proteção de menores.

¹⁶⁷ A realização da entrevista deve ter por base a metodologia correta para as situações de testemunho. Quando a criança faz a revelação a uma outra pessoa que não ao OPC, na primeira entrevista pode permitir-se a presença dessa pessoa que funcionará como fonte de segurança para a criança e facilitará o estabelecimento da relação com o entrevistador. FURNISS, Tilman, Abuso Sexual da Criança: uma abordagem multidisciplinar, manejo, terapia e intervenção legal integrados, traduzido por Maria Adriana Veríssimo Veronese, Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

¹⁶⁸ Nos termos da LOIC, a Investigação Criminal prossegue um triplo objetivo: Averiguar a existência de um crime; Descobrir os seus agentes e a sua responsabilidade; Descobrir e recolher as provas, ou seja, estabelecer um nexó relacional demonstrável, entre ato e autor.

¹⁶⁹ (...) a prova, tem por fim suportar posteriores juízos de valoração jurídica, que ocorrerão, num primeiro momento, com a dedução de uma acusação no âmbito do exercício da acção penal, e finalmente com o julgamento e eventual condenação no âmbito do exercício judicial”. BRAZ, José, Investigação Criminal: a organização, o método, e a prova: os desafios da nova criminalidade, Almedina, 2009, cit pág. 18.

Após este impulso inicial deve proceder-se à inquirição para memória futura, já que foram acautelados todos os indícios que permitam formular uma suspeita¹⁷⁰.

6.2.1 - Obrigatoriedade da realização de inquirição para memória futura

Outro aspeto que tem levantado algumas questões, designadamente por alguns magistrados Judiciais e do Ministério Público, é quanto ao momento em que se deve realizar a inquirição para memória futura. Questiona-se se esta imposição da lei pretende que a criança seja de imediato sujeita à diligência de inquirição para memória futura, ou se pelo contrário, admite que apenas se faça após levadas a cabo outras diligências processuais que permitam averiguar a existência do crime denunciado, designadamente através da inquirição da criança pelo OPC competente.

Na verdade, no que respeita aos crimes contra a liberdade e auto determinação sexual a revisão de 2007 impôs a obrigatoriedade da inquirição do ofendido no decurso do inquérito, desde que a vítima não seja ainda maior¹⁷¹. De acordo com o n.º 2 do artigo 217.º introduzido pela redação da Lei n.º48/2007, *“No caso de processo por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, procede-se sempre à inquirição de menor ofendido no decurso do inquérito, desde que a vítima não seja ainda maior.”*

Em nossa opinião, tal questão é facilmente ultrapassada, porquanto o que se pretende salvaguardar com essa obrigatoriedade é a não sujeição das vítimas a interrogatórios sucessivos e quase sempre traumatizantes¹⁷², ou seja, a vitimização secundária.

¹⁷⁰ Relativamente à prévia constituição de arguido mantemos a opinião defendida no capítulo II (ponto 2.3.3).

¹⁷¹ Segundo a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 109/X, que esteve na base da Lei n.º n.º48/2007, “Nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, passa a ser obrigatória a recolha de declarações para memória futura (hoje prevista como facultativa), durante o inquérito.”

¹⁷² Albuquerque, Paulo Pinto, ob.cit. pág. 686.

Seguindo o raciocínio de Cruz Bucho¹⁷³, concluiu-se que no domínio da vitimização secundária, o recurso a declarações para memória futura procura: primeiro, evitar os danos psicológicos implicados na evocação sucessiva pelo declarante da sua dolorosa experiência e a sua exposição em julgamento público e, segundo, fixar os elementos probatórios relevantes a partir do primeiro relato presumivelmente mais próximo e espontâneo, evitando o perigo de contaminação da prova. O recurso às declarações para memória futura revela-se, deste modo, como um instrumento que pode mitigar, em parte, os riscos da vitimização secundária e de distorção probatória, evitando a necessidade de o menor comparecer em audiência de julgamento¹⁷⁴.

Na prossecução deste desiderato, obviamente que o menor, no âmbito do processo penal, tem que ser sujeito a pelo menos duas¹⁷⁵ situações de confronto com os factos de que foi vítima. Primeiro, perante o OPC competente, com a finalidade de aferir a existência de crime, a preservação de elementos de prova e recolha de informação que permita direccionar as

¹⁷³ BUCHO, Cruz, Declarações para memória futura (elementos de estudo), disponível em <http://www.trg.pt>

¹⁷⁴ Neste sentido, pronuncia-se o Acórdão da Relação do Porto de 19-1-2005 (proc.º n.º 0510063, rel. Fernando Monterroso), disponível em www.dgsi.pt, proferido ainda antes da Revisão de 2007: “Estas [as regras da experiência] dizem-nos que, em crianças de tão tenra idade, não só a memória se torna rapidamente difusa, mas também que são progressivamente maiores os riscos de fabulação, que podem levar o menor a contar o que lhe dizem ter acontecido, em vez do que viu e viveu. Por isso, mesmo que os menores voltem a depor em julgamento, tudo aconselha, para a boa administração da justiça, que lhes sejam desde já tomadas declarações, desse modo fornecendo aos julgadores um leque mais vasto de material probatório a ser livremente por eles apreciado e conjugado. A isto acrescem interesses de protecção dos menores. É certo que os juízes não são técnicos dos fenómenos do foro psicológico, mas não estão inibidos de, com base nas regras da experiência, afirmarem a probabilidade de os menores depois do depoimento verem baixar os níveis de ansiedade, que o caso inevitavelmente provoca.” Já depois da Revisão de 2007, também o douto Acórdão da Relação de Lisboa de 30-6-2010 (proc.º n.º 4752/10.1T3AMD-A.L1-9, rel. Carlos Benido), disponível em www.dgsi.pt, salientou que “(...) a ratio da norma contida no n.º 2 do art.º 271.º, do CPP visa a protecção de menor vítima de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, poupando-a ao trauma de reviver vezes sem conta os acontecimentos e ao constrangimento inerente à solenidade e formalismo de uma audiência de julgamento. Esta razão de ser verifica-se igualmente no processo tutelar e neste não está prevista a especificidade da inquirição da vítima de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor. Por isso o acórdão em apreço considerou que “Aquela norma, por força do art. 128.º, n.º1, da Lei Tutelar Educativa, é subsidiariamente aplicável ao inquérito tutelar educativo, devendo a vítima de menoridade ser ouvida pelo juiz nesta fase processual.”

¹⁷⁵ Não nos revemos em algumas notícias veiculadas pelos órgãos de comunicação social onde é difundida a ideia que as crianças vítimas de abusos sexuais são ouvidas oito vezes no mesmo processo: Carla Aguiar, “Crianças abusadas são interrogadas oito vezes”, Diário de Notícias de 11-1-2008; “Abuso sexual: crianças ouvidas oito vezes na investigação”, Diário Digital de 29-2-2008, in <http://diariodigital.sapo.pt>; “Maria José Morgado discorda da repetição de depoimentos das crianças vítimas de abusos sexuais, Agência Lusa, 18-4-2008, in RTP/Notícias, disponível em www.rtp.pt; Alfredo Teixeira, “Justiça ‘tortura’ crianças que são abusadas”, Diário de Notícias de 18-6-2009; Filipa Ambrósio, “Crianças abusadas são ouvidas oito vezes no processo”, Diário de Notícias de 2-6-2010; Filipa Ambrósio de Sousa, “Abusos, Investigações obrigam, em média, as vítimas a contar oito vezes o que viveram”, Diário de Notícias de 16-11-2011.

investigações, e a segunda, em sede de inquirição para memória futura, cuja finalidade é a antecipação jurisdicional da prova.

Todavia, reconhecemos que na maioria dos processos, os menores são confrontados com os factos mais vezes do que achamos serem necessárias. Tal deve-se à circunstância de a maioria das notícias deste tipo de crime chegarem ao conhecimento do Ministério Público através dos técnicos da Comissão de Proteção de Crianças e Jovens (CPCJ), que no âmbito dos processos de promoção e proteção de menores¹⁷⁶ se deparam com conjunturas que evidenciam a prática de crime. E outras ocorrem devido a falta de sensibilização de alguns elementos dos OPC de proximidade que recebem as queixas.

Há ainda que contabilizar a necessidade dos menores serem submetidos a exame médico-legal e a perícia sobre a personalidade, que apesar de não haver necessidade de serem confrontados com os factos vivenciados, na verdade, ainda que indiretamente, irá contribuir para a dupla vitimização do menor.

Porém, e como defende Pinto de Albuquerque, a omissão de tomada de declarações para memória futura do menor constitui uma nulidade sanável do artigo 120º, n.º2 al. d) uma vez que se trata de ato legalmente obrigatório do inquérito¹⁷⁷.

Ou seja, o preceito normativo não impede que a criança seja inquirida pelo OPC antes da inquirição para memória futura, aliás, defendemos que assim seja pelos motivos já invocados. O que o preceito normativo pretende salvaguardar é sim que a criança seja poupada de ter de

¹⁷⁶ “Sobre a inquirição para memória futura de menores e a articulação entre o processo penal a e promoção e proteção de menores existe a seguinte reflexão e conclusão do Encontro da Rede de Magistrados do MP dos Tribunais de Família e Menores de 27/11/2008: A questão colocada reporta-se às dificuldades e constrangimentos que decorrem da distinta natureza dos processos instaurados - o processo-crime e o de promoção e proteção - devendo o MPº, em qualquer das jurisdições, pautar a sua atuação pelo dever de assegurar o superior interesse do menor e, nessa medida, lançar mão das iniciativas e mecanismos legais que melhor satisfaçam tal desiderato. Desde logo, impor-se-á uma estreita articulação entre os Magistrados das referidas jurisdições, devendo também ser levada a efeito, logo que possível, a diligência de declarações para memória futura prevista no artigo 271º do CPP, assim se acautelando a genuinidade do depoimento, minimizando, em simultâneo, o dano na pessoa do menor que sucessivos e tardios relatos potenciam. Certo é que apenas a ponderação casuística das situações, a efetuar por aqueles Magistrados, permitirá trilhar o caminho mais adequado e eficaz.”. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>.

¹⁷⁷ Ob.cit, pág. 687. No mesmo sentido se pronunciaram os “Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto”, Código de Processo Penal - Comentários e notas práticas, cit., pág. 679, António Gama, “Reforma do Código de Processo Penal”, cit., págs. 397-398 e João Conde Correia, “O papel do Ministério Público no crime de abuso sexual de crianças”, in Julgar n.º12 (especial), 2010, pág. 176, nota 38.

repetir os factos por si vivenciados e de reviver a experiência traumática vezes sem conta. Ora, cremos que estão salvaguardados os interesses da criança e os interesses da ação penal se esta for confrontada com os factos de que foi vítima, apenas em duas ocasiões.

6.2.2 - Competência e credibilidade da criança como testemunha

A relação entre a criança vítima e o Sistema de Justiça é complexa e difícil, quer para a criança, que se depara com um contexto que desconhece e que muitas vezes não entende, quer para os técnicos, que muitas vezes não possuem o conhecimento e o domínio das técnicas necessárias para a ajudar a desempenhar o seu papel de testemunha.

Várias são as questões que se colocam relativamente à credibilidade e precisão do testemunho efetuado por uma criança, principalmente quando ela é vítima de uma situação de abuso sexual.

Existe um conjunto de problemas relativos ao testemunho da criança, entre os quais podemos constatar o facto de esta poder estar confusa face ao significado do que lhe aconteceu, e ainda pelo facto de não recordarem detalhes periféricos ao acontecimento. A manipulação por parte de um adulto constitui um terceiro problema a ser considerado¹⁷⁸. Os problemas relacionados com a credibilidade do testemunho da criança estão associados a limitações relativas ao seu processo de desenvolvimento e crescimento, nomeadamente a maturação do cérebro, processo preceptivo, atenção e pensamento.

Existe um conjunto de fatores que influenciam a capacidade das crianças vítimas/testemunhas que estão relacionados com o seu desenvolvimento: fantasia, linguagem e comunicação, sugestionabilidade e memória¹⁷⁹. Estas competências serão descritas segundo as capacidades das crianças em distinguir a fantasia da realidade, capacidade de expressão e sem

¹⁷⁸ Perry & Wrightsman (1991), citado no Manual de Boas Práticas para a Intervenção em Situações de Abuso Sexual de Crianças – Aplicações para contexto da Investigação Criminal, ISPJCC, 2004, pág. 27.

¹⁷⁹ Memon & Bul (1999) citados no Manual de Boas Práticas para a Intervenção em Situações de Abuso Sexual de Crianças – Aplicações para contexto da Investigação Criminal, ISPJCC, 2004, pág. 27.

ambiguidade, compreender o que o entrevistador diz, recordar acontecimentos, e resistência a sugestões que podem afetar a sua competência enquanto fonte de informação.

6.2.3 – Perícia sobre a personalidade

Uma das alterações da reforma de 2007 do Código Processo penal, operada pela Lei n.º 48/2007 de 29 de Agosto, prende-se com o alargamento aos menores até 18 anos de idade, da possibilidade de perícia sobre a personalidade em crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, conforme dispõe o n.º 3 do art.º 131.º, do CPP, que regula a capacidade e o dever de testemunhar. Se, nos termos do n.º 1 do art.º 131.º, do CPP, qualquer pessoa, que não se encontre interdita por anomalia psíquica, tem capacidade para ser testemunha, o sentido prático do n.º 3, do referido artigo, é possibilitar a avaliação da capacidade do depoente menor, designadamente a partir de que idade o depoimento é útil e aferir da credibilidade do respetivo testemunho.

A perícia sobre a personalidade é facultativa, pode ser ordenada, em inquérito, instrução ou mesmo na fase de julgamento, pela autoridade judiciária competente no momento processual respetivo – Ministério Público, Juiz de Instrução Criminal, Juiz de Julgamento – conforme resulta do n.º 2 do art.º 131º, do CPP. Conclusão reforçada pela circunstância dessa perícia não constar do elenco dos atos a praticar, nem autorizar pelo Juiz de Instrução Criminal (artigos 268º e 269º do CPP), devendo ser efetuada por “serviços especializados, incluindo os serviços de reinserção social, ou, quando isso não for possível ou conveniente, especialistas em criminologia, em sociologia ou em psiquiatria” ou entidades terceiras, nos termos do n.º 2 do art.º 160º e do n.º1 do art.º 160º- A, ambos do CPP.

Apesar do regime do n.º 3 do art.º 131º, do CPP, se referir apenas a depoimento de testemunha menor, entendemos que esta solução se possa estender aos casos em que o menor já se constituiu assistente ou é parte civil, o que o impede de ser testemunha [artigo 133º, n.º 1, alíneas b) e c)], mas não o impede de prestar declarações, sujeito a um dever de verdade e à responsabilidade penal pela sua violação, conforme dispõe o n.º 2 do art.º 145º e o n.º2 do art.º 359º, ambos do CPP. O âmbito de previsão e aplicação da norma engloba a testemunha com estatuto de assistente ou parte civil. Isso mesmo resulta do n.º3 do art.º 145º, ao consagrar a

equiparação da prestação de declarações do assistente e parte civil ao regime de prestação de prova testemunhal.

6.2.4 - A Entrevista Cognitiva (EC) como técnica de recolha de informação para crianças vítimas de situações de abuso sexual.

Apesar de todas as adversidades na recolha de um depoimento que permita, inequivocamente, apurar a verdade dos factos, o investigador criminal, assim como os intervenientes na recolha do depoimento para memória futura (designadamente o Juiz de Instrução Criminal), deve utilizar a Entrevista Cognitiva¹⁸⁰ (EC) como técnica de recolha de informação para crianças vítimas de situações de abuso sexual.

Neste sentido o Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais (ISPJCC), agora Escola de Polícia Judiciária (EPJ), no ano de 2004 – logo após o caso Casa Pia – publicou o Manual de Boas Práticas para a Intervenção em Situações de Abuso Sexual de Crianças – Aplicações para contexto da Investigação Criminal, que foi difundido por todos os

¹⁸⁰ “Em meados de 1980, surgiu a necessidade de criar uma técnica de entrevista investigativa que tivesse por base as evidências psicológicas da memória e que desse resposta aos muitos pedidos dos profissionais de investigação criminal, de forma a melhorar as entrevistas com testemunhas/vítimas de crime, Geiselman & Fisher (1984) desenvolveram um tipo de entrevista que denominaram com Entrevista Cognitiva.

A EC é um instrumento forense que compreende uma série de técnicas de extração de memória, apresentado dois objetivos muito importantes, quer para o polícia de investigação criminal, quer para a própria vítima: permite a quantidade e qualidade de informação que pode ser recuperada pela vítima; possibilita à própria vítima um meio positivo de integração de um acontecimento de vida negativo, através de exercícios de identificação de possibilidades de resposta, recursos para agir e desenvolvimentos de competências de intervenção (exemplo, o desempenho do papel de testemunha). Surge também como forma de ajudar os profissionais de investigação criminal, e outros profissionais, na elaboração de um relatório mais preciso e detalhado (Milne & Bull, 1999).

As investigações efetuadas na área da Psicologia sobre competências das crianças enquanto testemunhas, permitem verificar que as crianças, até muito novas, podem produzir relatos corretos sobre incidentes, mas apenas se forem entrevistadas de forma apropriada. As crianças mais jovens, devido à suas limitações desenvolvimentistas, relatam menos informação e recordam menos detalhes do que as crianças mais velhas (Davies, Tarrant & Flin; Memon et al; citado por Memon & Bull, 1999.).

Para situações que envolvam a entrevista de crianças com deficiências mentais ou autismo, é essencial a presença de um especialista para prestar assistência em todas as fases do procedimento legal (APA 2002). Segundo a INTERPOL quando a criança fica silenciosa e se mostra reticente, o entrevistador poderá ter de terminar a entrevista, não devendo forçar a criança a prosseguir, pois esta tem o direito de não cooperar. O mesmo poderá acontecer se a criança nada tiver a dizer sobre o assunto”. Conforme dispõe o Manual de Boas Práticas para a Intervenção em Situações de Abuso Sexual de Crianças – Aplicações para contexto da Investigação Criminal, ISPJCC, 2004, cit. pág. 35.

profissionais da Polícia Judiciária¹⁸¹ que trabalham em Brigadas de investigação de Crimes Sexuais.

Este manual, para além de vasta informação para os profissionais desta área, ainda apresenta um modelo de Entrevista Cognitiva, assente em quatro fases¹⁸², que devem ser aplicadas na

¹⁸¹ Nos termos da Lei de Investigação Criminal (LOIC) os crimes contra a autodeterminação sexual são da competência reservada da Polícia Judiciária.

¹⁸² “O investigador criminal pode recorrer a quatro fases de trabalho, que permitem a recolha necessária de informação, minimizando o impacto negativo da situação na vítima:

1. Estabelecer uma relação com a vítima;

A forma como a relação entre entrevistador e a criança é construída determina o modo como irá decorrer a entrevista. Logo, a maneira como o entrevistador se apresenta, personaliza e expõe os objetivos da entrevista, é vital para que esta seja conduzida de forma a recolher informação de qualidade.

2. Relatar tudo de forma livre;

A segunda fase consiste em solicitar à criança que relate tudo o que sabe sobre a situação. A criança é encorajada a dizer tudo o que se recorda, mesmo o que considera irrelevante, ou situações que se recorde apenas parcialmente (Fisher & Geiselman, 1992; citado por Memon & Bull, 1999). Isto é vantajoso quando se pretende juntar detalhes de diferentes crianças, sobre um mesmo crime (Memon & Bull, 1999). Por outro lado, a recuperação de informação parcial pode ajudar a criança a ter uma ideia mais clara sobre a situação.

3. Questionar;

Esta fase define-se pela aplicação de questões abertas-fechadas e fechadas, permitindo completar a informação que é apresentada de forma confusa ou inconsistente pela criança.

Poderá demorar algum tempo, sendo necessário fazer uma pausa entre cada questão, para dar tempo suficiente à criança para recordar o contexto do incidente. As questões não devem ser nem diretas, nem sugestivas, e devem ser colocadas de uma maneira lenta e deliberada.

A reconstrução geral, física e social do contexto onde ocorreu o incidente é um fator a ter em conta. Qualquer aspeto do ambiente (cheiro, vozes, objetos, etc.) sobre o qual ocorreu o evento, pode servir como uma pista contextual (Memon & Bull, 1999).

Para ajudar a vítima a recuperar informação, de carácter geral, sobre os aspetos físicos e sociais do incidente, existem dois tipos de estratégias que podem ser utilizadas. A primeira consiste em pedir à criança que recorde o incidente segundo várias perspetivas. Prende-se com esta estratégia, encorajar a criança a colocar-se, por exemplo, no papel de outra pessoa que tenha assistido ou vivenciado o incidente. É imperativo explicar muito bem à criança que não deve tentar adivinhar, pelo contrário, deve relatar apenas detalhes sobre incidentes que tenha realmente testemunhado (Milne & Bull, 1999). A segunda estratégia consiste em solicitar à criança que recorde o acontecido por diferentes ordens temporais, isto é, evocar o incidente de várias formas, pelo fim, meio ou simplesmente pela parte do incidente que recorda. Isto permite a recuperação de nova informação, já que a criança, ao se recordar de um episódio, pode lembrar-se de algo que ainda não tinha sido relatado (Memon & Bull, 1999).

Para além das estratégias de recuperação geral sobre o incidente, importa considerar a identificação de detalhes. Assim, podem ainda utilizar-se estratégias de memória para extração de detalhes específicos sobre pessoas na altura do incidente (Milne & Bull, 1999). Estas estratégias, que consistem em solicitar à criança que se concentre, em particular, em objetos sociais e físicos específicos, ajudam-na a descrever aspetos específicos relacionados com pessoas (e.g. nomes, faces, vozes, roupa, aparência) e objetos (e.g. veículos, sequência numérica, armas).

4. Encerramento da entrevista;

O encerramento consiste em sumariar tudo o que foi dito no decorrer da EC. Deve também ser estratégia do entrevistador tentar edificar uma atitude positiva na criança, devendo regressar aos tópicos neutros discutidos na construção da relação, agradecer a colaboração e esforço da criança e reunir todos os dados demográficos relevantes”. Ob.cit, pág. 36.

recolha do depoimento antes e durante a inquirição para memória futura. Como prova do êxito do referido manual são os excelentes resultados alcançados pelas aludidas Brigadas¹⁸³

Este manual de procedimentos logrou alcançar a uniformização a nível nacional, no que diz respeito à recolha de depoimentos de crianças vítimas de crimes sexuais.

Todavia, parece-nos que esta uniformização e sensibilidade para recolher testemunhos de menores vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual deveria verificar-se em todos os sujeitos processuais, incluindo os magistrados que, nos termos do n.º 5 do art.º 271.º do CPP, conduzem a inquirição. Estas matérias são de tal forma sensíveis que só os mais preparados conseguem chegar à criança e colher um depoimento fidedigno que não colida com os interesses do próprio menor.

6.3 - Artigo 271.º, n.º 3 do CPP – Comunicação do dia, da hora e do local da prestação do depoimento e a obrigatoriedade de comparência do Ministério Público e do Defensor.

Conforme referido em capítulo anterior, logo após a apresentação do requerimento de produção antecipada, deverá ser proferido despacho que rejeite ou admita a produção de declarações para memória futura.

Em caso de admissibilidade da produção antecipada de prova o respetivo o despacho deverá especificar o objeto da prova a produzir¹⁸⁴, identificar as pessoas que deverão estar presentes e designar dia, hora e local para a produção da prova. Assim, para que possam estar presentes, o

¹⁸³ Veja-se a título de exemplo o Relatório Anual de Segurança Interna (RASI), para o ano de 2012, disponível em <http://www.portugal.gov.pt>, no que diz respeito à criminalidade sexual: “Durante o ano 2012, foram detidos um total de 186 indivíduos, dos quais 70 ficaram em prisão preventiva, sendo, em ambos os casos, a esmagadora maioria do sexo masculino.”. Ainda segundo o RASI 2012, a Polícia Judiciária constituiu 409 arguidos por crimes de abuso sexual de crianças, 123 pelo crime de pornografia de menores e 37 pelo crime de atos sexuais com adolescentes.

¹⁸⁴ Conforme já tivemos oportunidade de referir, na fase de inquérito, em que a intervenção do juiz de instrução é necessariamente provocada, o objeto da prova a produzir deve conter-se dentro nos limites do requerimento.

despacho deve ser comunicado ao Ministério Público, ao arguido¹⁸⁵, ao defensor e aos advogados dos assistentes e das partes civis¹⁸⁶.

Não obstante só muito excecionalmente a produção antecipada ser requerida por sujeito processual distinto do Ministério Público, na verdade, como muito bem salienta Cruz Bucho¹⁸⁷, “o legislador nacional não previu a possibilidade de, em sede de inquérito, a realização da produção antecipada de prova poder comprometer a investigação em curso, quer por exigir a presença obrigatória do Ministério Público quer, sobretudo, por a prova a produzir poder colidir com o plano de investigação gizado pelo Ministério Público ou pela autoridade de polícia criminal, nem atendeu à circunstância de a realização da prova antecipada poder também colidir com os prazos de inquérito.”

Outra obrigatoriedade imposta pelo n.º 3, do art.º 271.º do CPP, é a presença do Ministério Público e do defensor na tomada de declarações para memória futura. Depreendendo-se daqui, que, em casos de falta de defensor do arguido, a falta de comunicação a que alude o n.º 3 do artigo 271.º configure uma nulidade insanável prevista na alínea c) do artigo 119.º do CPP. Sendo certo que também a falta do Ministério Público às declarações para memória futura constitua nulidade insanável, nos termos do art.º 119.º, alínea b)¹⁸⁸.

Com esta imposição, em nosso entender¹⁸⁹, o legislador pretendeu salvaguardar o contraditório, obrigando, por isso, à presença de defensor. Este defensor, caso ainda não haja arguidos constituídos, assume, quanto a nós, a posição de defensor da legalidade e de garante

¹⁸⁵ Conforme resulta do aresto da Relação do Porto de 12-10-2005 (proc.º n.º 0544648, relator Pinto Monteiro), disponível em www.dgsi.pt, a lei não impõe a notificação da realização da diligência aos suspeitos ainda não constituídos arguidos e, por isso, não devem ser notificados. Porém, se já houver arguido e este ainda não tenha advogado constituído, compete ao juiz de instrução nomear-lhe um defensor oficioso.

¹⁸⁶ No caso dos assistentes e das partes civis a lei apenas impõe a notificação dos respetivos advogados e não também dos assistentes ou das partes civis, salvo se forem eles os declarantes

¹⁸⁷ BUCHO, Cruz, Declarações para memória futura (elementos de estudo), pág. 78, disponível em <http://www.trg.pt>.

¹⁸⁸ Neste sentido veja-se Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, cit., pág. 309 e António Gama, “Reforma do Código de Processo Penal”, cit., pág. 404.

¹⁸⁹ Posição devidamente defendida no Capítulo II (ponto 2.3.3).

do cumprimento integral dos pressupostos em que decorre a inquirição, podendo e devendo verificar se o depoimento é coerente e formular as perguntas adicionais que achar convenientes. Também casos há em que, não obstante haver arguidos já constituídos, o defensor é nomeado para aquela diligência sem, contudo, conhecer o arguido ou o processo¹⁹⁰.

Efetivamente é tarefa difícil, a do defensor que não conhece o arguido ou o processo, todavia, o contraditório fica intocado, pois o seu momento essencial ocorre em sede de audiência e julgamento. Havendo nisso indiscutíveis vantagens, porquanto permite organizar uma defesa estruturada, já que o depoimento é definitivo e do conhecimento da defesa, não constituindo qualquer surpresa, o que normalmente acontece num depoimento acabado de fazer em audiência e julgamento.

6.4 - Artigo 271.º, n.º 4 do CPP – Ambiente informal e reservado na tomada de declarações a menores vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual

Apenas por uma questão de sistematização do artigo 271.º abordaremos agora a problemática do *ambiente informal e reservado*¹⁹¹ onde são colhidas as declarações dos menores vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, sendo certo que esta matéria, em nosso entender, deveria ser tratada no ponto 6.2 do presente capítulo.

Feita a ressalva, importa, pois, referir que o legislador na formulação deste normativo teve em conta, acima de tudo, a garantia da espontaneidade e sinceridade das respostas e, subsidiariamente, a tentativa de evitar o impacto psico-emocional da participação direta da criança em tribunal. Neste contexto, dispõe o n.º 4 do art.º 271.º que o menor deverá ser

¹⁹⁰ António Gama, “Reforma do Código de Processo Penal”, cit., pág. 402.

¹⁹¹ Enquanto a audiência de julgamento é pública, sob pena de nulidade insanável, salvo nos casos em que o presidente decidir a exclusão ou a restrição da publicidade (artigo 321.º do CPP), as declarações para memória futura realizadas em inquérito (quer esteja sujeito a regime de segredo de justiça quer seja público) ou em instrução não são públicas, no sentido de que a lei não prevê a assistência de público. Tratando-se de um ambiente informal e reservado, presume-se que sem publicidade, o que constitui a confirmação da exceção prevista no art.º 87.º, n.º 3 do CPP.

assistido por um técnico especialmente¹⁹² habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito.

Não dispondo os tribunais de locais adequados para o efeito, em princípio a tomada de declarações deverá ocorrer no gabinete do juiz, em ambiente o mais informal possível, pelo que é aconselhável que os diversos intervenientes (juiz, Ministério Público, advogados e funcionários) se deverão abster da utilização de traje profissional.

A falta de local adequado origina um potencial conflito entre as exigências de proteção do menor e as necessidades probatórias do processo em que a mesma intervém, criando uma distanciação entre o menor e o espaço onde ocorre a tomada declarações. Este procedimento probatório associado ao espaço (Tribunal) onde tem lugar, encerra em si mesmo a possibilidade de originar a vitimização secundária que já falamos.

Defendemos que, no interesse dos menores vítimas deste tipo de criminalidade, à semelhança do que acontece noutros ordenamentos jurídicos, designadamente Escócia, Alemanha e Canadá, deveriam ser criadas, ainda que apenas em Tribunais de Círculo, as denominadas “Câmara de Gesell”¹⁹³. Trata-se de uma sala em que uma das paredes é de vidro unidirecional e decorada de acordo com as finalidades a que se destina, na qual o menor não se apercebe que está a ser observado por outros que não o profissional que está consigo no interior da sala, normalmente um psicólogo com formação na área da infância - *técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento*¹⁹⁴.

Os sujeitos processuais estão no exterior da sala, observando o que se desenrola no seu interior, onde o técnico faz à criança as perguntas que o juiz lhe dirige pelo intercomunicador,

¹⁹² Nos termos do n.º 2 do art.º 160.º e do n.º 1 do art.º 160.º-A, ambos do CPP, o técnico especialmente habilitado deve ser oriundo dos serviços especializados, incluindo os serviços de reinserção social, ou quando isso não for possível ou conveniente, especialistas em criminologia, em sociologia ou em psiquiatria, ou entidades terceiras.

¹⁹³ A “câmara Gesell” foi projetada pelo psicólogo e pediatra americano Arnold Gesell (1903-1961) para observar o comportamento em crianças sem ser perturbado ou que a sua presença lhes provocasse alterações comportamentais.

¹⁹⁴ Como bem observa António Gama, “Reforma do Código de Processo Penal”, cit., pág. 405 “...o depoimento para memória futura ganha se for precedido da perícia do art. 131.º, n.º 3, nada obstando, parecendo-nos até aconselhável que o técnico que o acompanhe seja o que realizou a perícia.”

podendo os demais intervenientes formular perguntas adicionais. A sessão pode ou não ser gravada e a gravação ser posteriormente utilizada na audiência.

As grandes vantagens deste método reconduzem-se a dois diferentes níveis: em termos probatórios, o depoimento do menor é suscetível de maior verdade e credibilidade, uma vez que o mesmo não tem noção dos seus efeitos e, ao nível da tutela da integridade da criança, a diligência importa reduzidos riscos de produção de efeitos secundários.

Obviamente que esta solução iria colidir com a estrutura da diligência, prevista nos n.º 5 e 6 do presente artigo, desde logo pelo facto de todas as questões serem colocadas diretamente ao menor pelo técnico especializado que o acompanha no interior da sala, mesmo as questões adicionais que a norma prevê, agora, que sejam formuladas diretamente pelo Ministério Público, pelos advogados do assistente e das partes civis e pelo defensor do arguido.

Conclui-se, pois, que em matéria relativa à audição de menores há ainda um longo caminho a percorrer, não só a nível legislativo, mas acima de tudo ao nível do apetrechamento dos tribunais com as necessárias infraestruturas¹⁹⁵.

6.5 - Artigo 271.º, n.º 5 do CPP – Estrutura da diligência

Não obstante na previsão do n.º 5 do art.º 217.º a inquirição ser realizada pelo juiz, na verdade, conforme bem assinala Cruz Bucho¹⁹⁶ “o Ministério Público, o arguido e o seu defensor, os assistentes e as partes civis, não têm apenas o direito de estar presentes e assistir à produção antecipada de prova, assegurando deste modo, com a sua participação, a legalidade e correcção do acto que vai praticar-se, como também o direito de intervir na diligência que deve desenrolar-se em moldes tendencialmente semelhantes àqueles que regem a produção da prova em audiência, sujeita aos princípios da imediação, da oralidade e do contraditório.”

¹⁹⁵ Entre nós, o único espaço que se conhece especialmente concebido para a audição de menores reside na denominada “Sala DIAP Júnior”, instalada no DIAP de Lisboa e inaugurada em 1-6-2010.

¹⁹⁶ Ob. cit, pág. 88.

Apesar de concordarmos com a afirmação de Cruz Bucho, como posteriormente teremos oportunidade de analisar em sede própria, o figurino desenhado para a tomada de declarações para memória futura foge às regras aplicáveis à produção de prova em julgamento, concretamente aos artigos 346.º, 347.º e 349.º, todos do CPP. Na verdade, não obstante se ter procurado configurar a produção antecipada de prova como uma “antecipação parcial da audiência de julgamento”¹⁹⁷, existem importantes desvios às regras que imperam em audiência.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, foram, efetivamente introduzidas alterações significativas à estrutura da diligência de produção antecipada de prova, designadamente: obrigatoriedade da presença do Ministério Público e do defensor; a supressão da mediação judicial na colocação de perguntas adicionais; a eliminação da possibilidade de o arguido solicitar a formulação de perguntas adicionais; a aplicação de algumas normas respeitantes à audiência de julgamento

Se de alguma forma concordamos com a obrigatoriedade da comparência do Ministério Público e do defensor, já assim não é relativamente à supressão da mediação judicial na colocação de perguntas adicionais. Neste ponto revemo-nos na perplexidade e na posição defendida por António Gama¹⁹⁸. Não se compreende porque razão se foi mais longe na tomada de declarações para memória futura do que o que está consagrado no figurino do julgamento.

Em verdade, nas declarações para memória futura a inquirição é feita pelo juiz, podendo em seguida o Ministério Público, os advogados do assistente e das partes civis e o defensor do arguido, formular perguntas adicionais diretamente ao depoente, enquanto na audiência de julgamento, o Ministério Público, os advogados do assistente ou das partes civis apenas podem solicitar ao juiz presidente que formule perguntas. Como bem afirma António Gama, “a diferença não é só no modo de formulação das perguntas, directo ou indirecto, com ressonância a nível da imediação e oralidade e do próprio contraditório, mas também quanto à ordem de intervenção dos sujeitos processuais nas perguntas.”.

¹⁹⁷ Segundo a exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 109/X “Em todos os casos de declarações para memória futura, passa a garantir-se o contraditório na sua plenitude, uma vez que está em causa uma antecipação parcial da audiência de julgamento.”

¹⁹⁸ GAMA, António, Ob. cit., pág. 406.

E remata o mesmo autor: “Com a reforma [de 2007] desfez-se, ao menos a nível formal, «o justo equilíbrio» das finalidades antagónicas em presença, com prejuízo para as vítimas, e sem a certeza de que em contrapartida desse favor formal ao direito de defesa, resulte para a defesa uma efetiva vantagem. Há um interesse público na realização da justiça que é, ou pode ser, afectado por tabela. Chegou-se ao extremo de despojar a vítima, mesmo na veste processual de assistente e parte civil, do seu direito de não ser questionada directamente por outrem, que não o juiz, ou com a autorização do juiz, enquanto o arguido no seu interrogatório, em julgamento, mantém o privilégio de só ser questionada sobre os factos através do juiz, isto no caso de decidir prestar declarações, art.º 345.º, n.ºs 1 e 2 do Código Processo Penal.”¹⁹⁹.

Mais, com esta estrutura de diligência, onde existe comunicação entre inquirido e os demais intervenientes, em nosso entender, potenciam-se os efeitos da vitimização secundária no caso de inquirições de menores vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, que o n.º 2 quis salvaguardar.

6.6 - Artigo 271.º, n.º6 do CPP – Equiparação a audiência de julgamento?

Não obstante o legislador apenas ter aplicado às declarações para memória futura as normas respeitantes ao afastamento do arguido durante a prestação das declarações (artigo 352.º)²⁰⁰, a leitura permitida de autos e de declarações (artigo 356.º), a documentação das declarações orais (artigo 363.º) e a forma da documentação (artigo 364.º), na verdade esta imposição, em nosso entender, deve ser lida e entendida como um princípio de equiparação às regras aplicáveis em sede de produção de prova em audiência de julgamento, designadamente os artigos 346.º (declarações do assistente), 347.º (declarações da parte civil) e 349.º

¹⁹⁹ Ob. cit. pág. 407, referindo-se o autor à consequência das alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, no desequilíbrio causado entre o Código Processo Penal e a Lei de Protecção de Testemunhas (Lei n.º 93/99 de 14 de Julho).

²⁰⁰ Sobre o regime do afastamento do arguido, enquanto medida de polícia e disciplina da audiência, veja-se SILVA, Sandra Oliveira e, A Protecção de Testemunhas no Processo Penal, Coimbra Editora, 2007 págs. 102-108

(testemunhas menores de 16 anos)²⁰¹. Esta solução aniquilaria as alterações no n.º 5 do art.º 271.º e reequilibraria o modelo de inquirição, antecipando, nas declarações para memória futura, o modelo da audiência de julgamento²⁰². Perfilhamos neste sentido a sugestão de António Gama²⁰³ de que a remissão feita no n.º 6 do art.º 271.º, para as disposições relativas ao julgamento, terão que englobar os artigos 346.º, 347.º e 349.º, do CPP.

Entendemos, aliás, que o art.º 271.º, em conformidade com o que estabelecem os artigos 318.º, n.º 4, 319.º, n.º 3 e 320.º, do CPP, deveria conter uma norma a determinar que a tomada de declarações para memória futura se processa “com observância das formalidades estabelecidas para a audiência”.

Não podemos, todavia, deixar de realçar o facto de que no decurso da diligência de declarações para memória futura realizada na fase de inquérito, os próprios poderes do juiz de instrução serem muito distintos dos poderes do juiz de julgamento, encontrando-se limitado na sua ação, quer no que diz respeito à formulação de perguntas, que não podem incidir sobre factos distintos daqueles que foram mencionados no requerimento produção antecipada de prova²⁰⁴, nem tem o poder de ordenar oficiosamente “a produção de meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e da boa decisão da causa”, nos termos do art.º 340.º do CPP.

Obviamente que estas limitações contribuíram, de alguma forma, para que parte da doutrina atribuisse menor valor probatório à prova antecipada, já que a consideram de qualidade inferior àquela que é produzidas em audiência. Todavia, a nossa sugestão apenas se limita ao modelo de inquirição que achamos ser mais adequado do que o previsto no n.º 5 do art.º 271.º.

²⁰¹ Seguindo o raciocínio de António Gama, Ob.cit. pág. 409.

²⁰² Indo de encontro à exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 109/X onde se prevê “que está em causa uma antecipação parcial da audiência de julgamento.”

²⁰³ Ob.cit. pág. 409.

²⁰⁴ Pode, porém, nos termos do n.º 5, do art.º 348.º do CPP, formular as perguntas que entender necessárias para o esclarecimento do depoimento prestado e para a boa decisão da causa.

6.7 - Artigo 271.º, n.º7 do CPP – Declarações do assistente e das partes civis, de peritos e consultores técnicos e acareações.

O n.º 7 do art.º 271.º dispõe que se aplique às declarações do assistente e das partes civis, de peritos e consultores técnicos, o correspondente nos números anteriores. Quer parecer que o legislador equacionou as diversas vestes da vítima ou do ofendido, simples vítima, testemunha, assistente ou parte civil, acrescentando-lhe os peritos e consultores técnicos e as acareações, e remeteu a tomada de declarações para o mesmo regime das declarações para memória futura.

Apesar de muito subtil, conclui-se do n.º7 a admissibilidade de acareações para memória futura. Porém, como é sabido, o regime geral das acareações encontra-se previsto no art.º 146.º do CPP²⁰⁵. Estando esta diligência dependente da verificação dos requisitos ali previstos, ou seja, das contradições entre os diversos intervenientes.

Neste contexto, e constatada a existência de contradições entre anteriores declarações, é possível a realização de acareações para memória futura entre testemunhas, assistentes ou partes civis, desde que se verifique quanto a um dos participantes doença grave ou deslocação para o estrangeiro que o impeça de ser ouvido em julgamento, ou se for vítima dos crimes do catálogo²⁰⁶.

²⁰⁵ **Artigo 146.º**

(Pressupostos e procedimento)

1 - É admissível acareação entre co-arguidos, entre o arguido e o assistente, entre testemunhas ou entre estas, o arguido e o assistente sempre que houver contradição entre as suas declarações e a diligência se afigurar útil à descoberta da verdade.

2 - O disposto no número anterior é correspondentemente aplicável às partes civis.

3 - A acareação tem lugar oficiosamente ou a requerimento.

4 - A entidade que presidir à diligência, após reproduzir as declarações, pede às pessoas acareadas que as confirmem ou modifiquem e, quando necessário, que contestem as das outras pessoas, formulando-lhes em seguida as perguntas que entender convenientes para o esclarecimento da verdade.

²⁰⁶ Perfilhamos na íntegra a opinião de Cruz Bucho, ob.cit. pág. 25, onde refere que “temos sérias dúvidas que na ordem jurídica portuguesa o acto processual para memória futura, a produção antecipada de prova, possa ter também por objecto as declarações do arguido. É inequívoco que, em sede de inquérito, o arguido pode participar activamente numa acareação. Mas, as declarações para memória futura são produzidas para que esta prova “possa, se necessário, ser tomada em conta em julgamento”(art. 271.º, n.º1). Ora, o arguido para além de não estar obrigado a prestar declarações, não podendo ser compelido a produzir declarações probatórias, para além de gozar “de um direito de (auto)determinação processual no que toca às suas declarações” tem ainda o direito e dever de comparecer em julgamento. (...)Conclui-se, deste modo, que o arguido nunca pode ser antecipadamente ouvido em declarações para memória futura.

6.8 - Artigo 271.º, n.º8 do CPP – Admissibilidade da repetição de prova em sede de audiência de julgamento.

O normativo do n.º8 do artigo 271.º, introduzido pela Lei n.º 48/2007, sustenta-se na necessidade sentida pelo legislador de procurar regular as situações em que os intervenientes já antecipadamente ouvidos em declarações para memória futura devem comparecer em julgamento, ou seja, regula as situações em que deverá admitir-se a repetição da prova.

A admissibilidade de repetição de prova, quanto a nós, assenta, acima de tudo, nos fundamentos em que a mesma foi requerida. Isto é, se foi invocado um dos fundamentos originários das declarações para memória futura: a doença grave ou a deslocação para o estrangeiro; ou se pelo contrário foi invocado um dos crimes de catálogo, designadamente os casos de vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual e tráfico de pessoas. Efetivamente, os requisitos de antecipação de prova são diferentes. Se no primeiro subjaze apenas a necessidade de acautelar prova que possivelmente se iria perder, caso se aguardasse pelo momento do julgamento²⁰⁷, existindo aqui um juízo de prognose quanto a uma impossibilidade futura de o declarante estar presente na audiência de discussão e julgamento; na segunda para além disso, existe ainda a necessidade de salvaguardar os interesses das vítimas, designadamente a vitimização secundária que já aqui falámos.

Mas, em qualquer uma das situações, e não obstante a repetição da prova não constituir regra, ela só pode operar situações de carácter excecional. A título de exemplo, admitimos que possam ocorrer situações em que o estado de saúde do declarante se desagravou ou que tenha regressado a território nacional. Ou até, no âmbito dos crimes de catálogo, não é de excluir uma alteração das circunstâncias que torne favorável a presença da testemunha em audiência de julgamento. Ressalvamos, porém, a necessidade de haver especiais cuidados na tomada de declarações para memória futura, quando se trate de menores vítimas de crimes contra a

²⁰⁷ Pode “suceder que a produção de determinada prova apresente carácter de urgência incompatível com a espera do momento normal e oportuno da audiência de julgamento; pode dar-se o caso de haver risco de perda da prova se houver de aguardar-se por aquele momento”. REIS, Alberto dos, Código de Processo Civil Anotado, vol. III, 3ªed.,pág. 332

liberdade e autodeterminação sexual, por forma a evitar a necessidade de comparência do menor em audiência²⁰⁸.

Porém, os requisitos da necessidade e da possibilidade de repetição da prova resultam da conjugação do n.º 1 (parte final) e do n.º 8 do art.º 271.º do CPP. Todavia, para além de necessária, a recolha de novo depoimento tem de ser possível, ou seja, tem de ser claro que já não se verificam os fundamentos constantes no requerimento de produção de prova antecipada. E, caso esses os fundamentos já não se verifiquem, a repetição não pode, ainda, colocar em causa a saúde física ou psíquica da pessoa que deva prestar o depoimento (n.º 8, parte final)²⁰⁹.

²⁰⁸ Neste sentido manifestou-se o Acórdão da Relação de Guimarães de 9-11-2009 (proc.º n.º 37107.8TAF.FAF.G1, relator Fernando Ventura), disponível em www.dgsi.pt, ao afirmar que “só caso a caso pode ser aferida a presença de razões ponderosas que o justifiquem. Podem, por exemplo, as declarações prestadas ser omissas relativamente a parte do objecto do processo ou surgirem em julgamento elementos novos que a tanto aconselhem”

²⁰⁹ Aliás, como se afirma no citado Acórdão da Relação de Guimarães de 9-11-2009, “a inovação encontra-se, então, na condição negativa relacionada com o meio de prova pessoal antecipado, na medida em que o legislador de 2007 passou a vedar a reinquirição sempre que não for possível assegurar a preservação da saúde física ou psíquica do depoente.”

7. Leitura e valoração das declarações para memória futura.

Entendemos que para abordar o presente tema, há a necessidade de realizar, ainda que não exaustivo, um prévio estudo sobre o regime geral da leitura de declarações em audiência e julgamento.

Com efeito, verifica-se no n.º 1 do art.º 355.^{o210} do CPP a previsibilidade de não serem válidas, para efeitos de *formação de convicção do Tribunal*, quaisquer provas que não tenham sido produzidas ou examinadas em sede de audiência de julgamento. Ressalvando, o n.º 2 do mesmo artigo, os casos em que a prova se encontra em peças processuais cuja leitura é permitida, nos termos do art.º 356.^{o211} do CPP.

²¹⁰ **Artigo 355.º**

Proibição de valoração de provas

1 - Não valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência.

2 - Ressalvam-se do disposto no número anterior as provas contidas em actos processuais cuja leitura, visualização ou audição em audiência sejam permitidas, nos termos dos artigos seguintes.

²¹¹ **Artigo 356.º**

Reprodução ou leitura permitidas de autos e declarações

1 - Só é permitida a leitura em audiência de autos:

- a) Relativos a actos processuais levados a cabo nos termos dos artigos 318.º, 319.º e 320.º; ou
- b) De instrução ou de inquérito que não contenham declarações do arguido, do assistente, das partes civis ou de testemunhas.

2 - A leitura de declarações do assistente, das partes civis e de testemunhas só é permitida tendo sido prestadas perante o juiz nos casos seguintes:

- a) Se as declarações tiverem sido tomadas nos termos dos artigos 271.º e 294.º;
- b) Se o Ministério Público, o arguido e o assistente estiverem de acordo na sua leitura;
- c) Tratando-se de declarações obtidas mediante rogatórias ou precatórias legalmente permitidas.

3 - É também permitida a reprodução ou leitura de declarações anteriormente prestadas perante autoridade judiciária:

- a) Na parte necessária ao avivamento da memória de quem declarar na audiência que já não recorda certos factos; ou
- b) Quando houver, entre elas e as feitas em audiência, contradições ou discrepâncias.

4 - É permitida a reprodução ou leitura de declarações prestadas perante a autoridade judiciária se os declarantes não tiverem podido comparecer por falecimento, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade duradoira, designadamente se, esgotadas as diligências para apurar o seu paradeiro, não tiver sido possível a sua notificação para comparecimento.

5 - Verificando-se o disposto na alínea b) do n.º 2, a leitura pode ter lugar mesmo que se trate de declarações prestadas perante o Ministério Público ou perante órgãos de polícia criminal.

6 - É proibida, em qualquer caso, a leitura do depoimento prestado em inquérito ou instrução por testemunha que, em audiência, se tenha validamente recusado a depor.

7 - Os órgãos de polícia criminal que tiverem recebido declarações cuja leitura não for permitida, bem como quaisquer pessoas que, a qualquer título, tiverem participado na sua recolha, não podem ser inquiridos como testemunhas sobre o conteúdo daquelas.

8 - A visualização ou a audição de gravações de actos processuais só é permitida quando o for a leitura do respectivo auto nos termos dos números anteriores.

A imposição do normativo do art.º 355.º do CPP pretende salvaguardar a submissão de todos os elementos de prova, que de alguma forma contribuam para a formação da convicção do julgador, ao princípio do contraditório, todavia, não se exige que seja reproduzido em audiência de julgamento todos os elementos de prova²¹² colhidos no âmbito do processo. Na verdade, a jurisprudência é unânime em defender que no caso de documentos junto aos autos não há a necessidade de leitura, já que se consideram produzidos e examinados, porquanto, as partes tem livre acesso aos mesmos e assim podem ser contraditados²¹³.

Todavia, a questão que suscita algumas divergências de opinião, é a destrição entre a prova documental e a prova documentada, sendo certo que para o objeto do presente trabalho importa aferir destas diferenças. Neste contexto, revemo-nos, com certeza, no Acórdão da Relação de Lisboa de 18-05-2011²¹⁴, onde se afirma que para efeitos de definição do conceito

9 - A permissão de uma leitura, visualização ou audição e a sua justificação legal ficam a constar da acta, sob pena de nulidade.

²¹² De acordo com o Acórdão da Relação de Guimarães de 4-03-2013, disponível em www.pgdlisboa.pt, “A norma do art. 355 n.º 1 do CPP nos termos da qual «não valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência», visa apenas evitar que concorram para a formação da convicção do tribunal provas que não tenham sido apresentadas e feitas juntar ao processo com respeito pelo princípio do contraditório. Não exige que todas as provas tenham de ser reproduzidas na audiência de julgamento.”

²¹³ Nos termos do Acórdão da Relação do Porto de 11-04-2007, disponível em www.pgdlisboa.pt, “os documentos juntos aos autos não são de leitura obrigatória na audiência de julgamento, considerando-se nesta produzidos e examinados, desde que se trate de caso em que a leitura não seja proibida. Na verdade, tais provas podem ser submetidas ao contraditório, sem necessidade de serem lidas na audiência, já que as partes têm conhecimento do seu conteúdo. Refere ainda o Acórdão da Relação do Porto de 18-06-2007, que “um documento não lido nem examinado na audiência de julgamento não pode valer como prova, se a sua junção ao processo não foi notificada aos sujeitos processuais interessados e se estes depois dessa junção não tiveram acesso aos autos.”;

²¹⁴ Acórdão da Relação de Lisboa de 18-05-2011, também disponível em www.pgdlisboa.pt: “I. De harmonia com o disposto no n.º 1 do art. 164.º do CPP, «é admissível prova por documento, entendendo-se por tal a declaração, sinal ou notação corporizada em escrito ou qualquer outro meio técnico, nos termos da lei penal». II. A esta luz, reveste a natureza de documento toda a declaração materializada num escrito, perceptível para a generalidade das pessoas, que, possibilitando reconhecer o emitente, seja idónea a provar um facto juridicamente relevante. III. Se para a definição do conceito de documento se atendesse apenas ao indicado n.º 1 do art. 164.º do CPP e às alíneas a) e b) do art. 255.º do C.P., para que aquele remete, qualquer auto lavrado num processo, contivesse ou não declarações, seria um documento e, como tal, poderia ser valorado para a formação da convicção do tribunal nos termos e nas circunstâncias enunciadas no art. 355.º daquele Corpo de leis. IV. Uma tal conclusão entraria em conflito com o disposto nos arts. 356.º e 357.º, ambos do CPP, disposições que obstem, por regra, a valoração, para a formação da convicção do tribunal, de diligências de prova realizadas nas fases preliminares do processo, designadamente a valoração de autos de inquérito que abarquem declarações do assistente. V. Para delimitar os conceitos processuais de prova documental e de auto (art. 99.º do CPP), deve partir-se da ideia de que o objecto representado pelo documento é um acto realizado fora do processo ao qual ele vem a ser junto. VI. Se, pelo contrário, o objecto representado é um acto do processo em causa, qualquer que ele seja, então estamos perante um auto que é nele lavrado e que está sujeito a um regime diferente do reservado à

de documento não se pode apenas atender ao n.º 1 do art.º 164.º do CPP, porquanto, entende aquele aresto, que a definição contida naquele normativo é insuficiente e entraria em confronto com o disposto nos artigos 356.º e 357.º do CPP. Conclui que “deve partir-se da ideia de que o objecto representado pelo documento é um acto realizado fora do processo ao qual ele vem a ser junto”. No entanto, “se o objecto representado é um acto do processo em causa, qualquer que ele seja, então estamos perante um auto que é nele lavrado e que está sujeito a um regime diferente do reservado à prova documental”, tratando-se de prova documentada.

Como já se referiu o art.º 356.º do CPP contempla as circunstâncias em que é permitida a leitura de autos ou declarações. Da leitura do referido artigo, ressalta de imediato que *a leitura de declarações do assistente, das partes civis e de testemunhas só é permitida tendo sido prestadas perante o juiz*, nos casos das declarações para memória futura [alínea a) do n.º 2 do art.º 356.º], quando autorizado pelos intervenientes, designadamente o Ministério Público, o arguido e o assistente [alínea b) do n.º 2 do art.º 356.º], ou quando prestadas mediante precatórias ou rogatórias legalmente permitidas [alínea c) do n.º 2 do art.º 356.º]²¹⁵.

É, todavia, a possibilidade de leitura de declarações prestadas a Órgãos de Polícia Criminal (n.º 5 do art.º 356.º), ou declarações de Órgãos de Polícia Criminal sobre o conteúdo dos testemunhos que recolheram no âmbito das investigações (n.º 7 do art.º 356.º), que mais matéria jurisprudencial tem originado²¹⁶.

prova documental. VII. Um auto não pode, nomeadamente, ser valorado para a formação da convicção do tribunal a não ser nos apertados limites traçados pelos arts. 356.º e 357.º ambos do CPP.”

²¹⁵ Neste sentido o Acórdão do STJ de 10-06-1996, CJ (STJ), T2, pág.259, disponível em www.pgdlisboa.pt: “a leitura em audiência de depoimentos obtidos mediante carta rogatória, expedida por iniciativa do tribunal e prestados na presença de um autoridade judiciária, dos membros do próprio tribunal, do MP e da defesa é permitida pelo artº356º, nº1, al.a) conjugado com o artº 318º do CPP.” e o Acórdão da Relação do Porto de 19-09-2007 : “Uma carta rogatória expedida na fase de julgamento não tem que ser lida na audiência para poder ser valorada como prova.”

²¹⁶ A este propósito veja-se os seguintes Acórdãos, disponíveis em www.pgdlisboa.pt: Acórdão da Relação de Coimbra de 16-01-2008, CJ, 2008, T1, pág.43: “Os agentes policiais não estão impedidos de depor em audiência sobre os factos dos quais tomaram conhecimento por via da participação do arguido na prova por reconstituição.”; Acórdão da Relação de Guimarães de 30-11-2009: “A não admissibilidade de prova estabelecida no artº 356º, nº7 do CPP quanto aos órgãos de polícia criminais e outras pessoas que tenham participado na recolha de declaração cuja leitura não seja permitida, aplica-se igualmente a outras pessoas presentes acidentalmente no acto.”; Acórdão da Relação de Coimbra de 1-04-2009: “Nos termos do artº 356.º, n.º7 do CPP, os órgãos de polícia criminal que tiverem recebido declarações cuja leitura não for permitida não podem ser inquiridas como testemunhas sobre o conteúdo das mesmas, em homenagem ao direito ao silêncio do arguido. Porém, essa proibição de prova não atinge as declarações dos órgãos de polícia criminal sobre factos e circunstâncias de que tenham obtido conhecimento por meios diferentes das declarações do arguido (ou de

A leitura e valoração de declarações é um tema bastante complexo que ultrapassa os limites do objeto do presente trabalho. Como tal, iremos focalizar-nos apenas na leitura e valoração das declarações para memória futura.

Apesar de haver uma grande equabilidade na doutrina e na jurisprudência na exigência da leitura das declarações para memória futura em sede de audiência de julgamento, para que possam ser submetidas ao contraditório e consequentemente valoradas, existe, porém, uma pequena franja de orientação jurisprudencial que admite não ser necessária a leitura dessas declarações para que possam ser valoradas e formar a convicção relativa à matéria de facto.

outro interveniente processual) que não possam ser lidas em audiência, mormente no decurso de prova por reconstituição do facto, enquanto meio autónomo de prova previsto no artº 150º do CPP. Às declarações assim prestadas não se pode apontar violação às regras de ponderação do depoimento indirecto, pois, nessas situações, os depoimentos de agentes de autoridade relatam o conteúdo de diligências de investigação, que perceberam directamente, e não especificamente o que no seu decurso foi dito. A reconstituição prevista no artº 150º, ou as providências cautelares estabelecidas no artº 249º, ambos do CPP, pela sua própria natureza, podem envolver a participação activa dos arguidos que a tal se disponham livremente, mormente através da verbalização ou gesticulação, sobre o que entende dever ser replicado no acto processual, para que corresponda fielmente ao sucedido sem que, contudo, as declarações prestadas neste âmbito assumam outra feição que não a explicitação do ocorrido e possam ser transmutadas em prova por declarações.”; Acórdão da Relação de Coimbra de 9-05-2012: “No caso, tendo os arguidos relatado espontaneamente aos Agentes de Polícia J? e N?, antes da existência de processo e, consequentemente, antes da constituição daqueles na dita qualidade, o acto subtractivo versado nos autos, a valoração dos depoimentos das duas referidas testemunhas, ao narrarem em audiência o que ouviram dizer aos arguidos, não viola qualquer norma de índole processual penal, nomeadamente, o disposto nos art.ºs 356º, n.º 7 e 357º, n.º 2, ambos do C. Proc. Penal.”; Acórdão da Relação do Porto de 23-05-2012 : “A proibição de depoimento estabelecida quanto aos órgãos de polícia criminal refere-se, nos termos do artº 356º/7 do CPP, ao conteúdo das declarações que tiverem recebido e cuja leitura não seja permitida. O uso do direito ao silêncio por parte do arguido não torna prova ilícita nem ilícita a valoração pelo tribunal do depoimento do agente da autoridade que, tendo acompanhado a reconstituição do facto [150ºCPP], presta declarações sobre o modo e os termos em que esta decorreu, sobre o que o arguido, aí, fez ou disse com vista à reconstituição dos factos.”; Acórdão da Relação de Lisboa de 29-05-2012: “Em princípio, não existe impedimento em que os agentes de investigação prestem depoimento, em audiência de julgamento, que se reporte ao conteúdo das diligências que efectuaram, mesmo que incidam sobre o teor das conversas mantidas com suspeitos que, entretanto, foram constituídos arguidos e ainda que estes, na audiência, se prevaleçam do seu direito de não prestar declarações, importando, porém, que se não suscitem dúvidas sobre se a ocorrência dessas conversas não visam apenas contornar ou iludir a proibição consagrada no nº7, do art.356, do CPP e bem assim que se mostre respeitado o consignado no art.59º do mesmo código. Não tendo as conversas com os arguidos, relatadas pelos agentes policiais em audiência e não reduzidas a auto, ocorrido no local do crime ou perto dele logo após a sua prática, mas no decurso de diligências de recolha de prova, já depois de os agentes policiais terem por suspeitos tais indivíduos e no interior das instalações policiais para onde foram conduzidos, por existir séria suspeita, só após essas conversas, nas quais assumiram a sua culpabilidade, tendo esses indivíduos sido constituídos como arguidos e como tal interrogados, tudo indica que tais conversas visaram contornar a proibição do art.356, nº7, do CPP, razão por que, tendo os arguidos usado do seu direito ao silêncio em audiência, não podem os depoimentos que reproduziram tais conversas ser valorados para formar a convicção do julgador; Acórdão da Relação de Coimbra de 11-09-2013: “Tendo o arguido relatado, espontaneamente, a órgão de polícia criminal, antes da existência de processo e, consequentemente, em momento anterior ao da constituição do primeiro na dita qualidade, o acto de condução em estado de embriaguez que praticou, a valoração do depoimento do segundo, ao narrar, em audiência de julgamento, o acima descrito, não viola qualquer norma processual penal, nomeadamente o disposto nos arts. 356º, n.º 7, do CPP.”

Admitem que essas declarações, desde que sejam prestadas com respeito pelos princípios do direito, designadamente, pelo princípio do contraditório e da imediação da prova, não necessitam de ser lidas em audiência de julgamento. Na verdade, a alínea a) do n.º 2 do art.º 356.º, conjugado com o n.º 2 do art.º 355.º, não obriga a leitura, apenas permite que sejam lidas em audiência. E, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do art.º 355.º do CPP “ as declarações cuja leitura é permitida na audiência valem como prova, mesmo que não sejam aí lidas”²¹⁷.

Apesar de não discordarmos na totalidade com a argumentação desta corrente minoritária, na verdade, entendemos que apenas se excluiu do alcance do art.º 355.º do CPP a prova documental existente no processo e que se considera produzida e examinada, porquanto, as partes tem livre acesso ao mesmo podendo assim contraditá-la. Relativamente à prova documentada, nomeadamente, as declarações dos vários intervenientes que são reduzidas a escrito, entendemos que para que possam ser validamente utilizadas, tem obrigatoriamente de ser lidas em audiência de julgamento. Só assim se justifica a nossa posição, defendida no capítulo II (ponto 2.3.3), de não ser absolutamente obrigatória a prévia constituição de arguido à tomada de declarações para memória futura, onde argumentávamos que o contraditório pleno tem lugar em audiência de julgamento. Mais, tem ainda como finalidade (a leitura), para além de suprir a ausência do declarante, assegurar o princípio da imediação e da publicidade, que são limitados pelo figurino da tomada de declarações para memória futura. Neste contexto, considera-se necessária a leitura das declarações prestadas, para que possam ser contraditadas pela defesa.

Destarte, “no caso de as declarações para memória futura terem sido valoradas sem terem sido lidas e submetidas a debate contraditório, o tribunal valorou prova não produzida nem examinada em audiência de julgamento fora do âmbito das exceções previstas no artigo 356.º. Ocorre, deste modo, uma violação de uma proibição de prova, na modalidade de

²¹⁷ BUCHO, Cruz, Declarações para memória futura (elementos de estudo), pág. 166, disponível em <http://www.trg.pt>, cita a este respeito o voto vencido de Manuel Joaquim Braz, no Acórdão da Relação do Porto, “Vencido, pelo seguinte:

- O artº 356º, nº 2, alínea a), do CPP não impõe a leitura na audiência das declarações tomadas para memória futura; apenas a permite.
- E, nos termos do artº 355º, nºs 1 e 2 , do mesmo Código, as declarações cuja leitura é permitida na audiência valem como prova, mesmo que não sejam aí lidas.
- Logo, as declarações tomadas à testemunha (?) ao abrigo do artº 271º do CPP, apesar de não terem sido lidas na audiência, valem como prova.”

proibição de valoração, que gera a nulidade da decisão e implica, em princípio, a repetição do julgamento.”²¹⁸.

Assim, entendemos que após terem sido realizadas declarações para memória futura, para que possam ser lidas e valoradas em audiência de julgamento, nos termos da alínea a), do n.º 2, do art.º 356.º do CPP, é necessário que a permissão da leitura e a sua justificação fique a constar em ata, sob pena de nulidade, conforme previsto no n.º 9, do art.º 356.º do CPP²¹⁹.

Não obstante todas as contrariedades na aquisição de prova antecipada, designadamente, ausência/limitação da imediação, da publicidade e, acima de tudo, de um contraditório puro, na verdade é que este tipo de prova, após lida e examinada em audiência de julgamento, tem o mesmo valor probatório que a prova realizada em audiência e pode ser livremente apreciada pelo juiz para fundamentar a sentença²²⁰.

²¹⁸BUCHO, Cruz, ob.cit. pág. 175.

²¹⁹ Trata-se de uma nulidade sanável (artigo 120º). Neste sentido vejam-se os Acórdãos do STJ de 12-3-1992, BMJ n.º 415, pág. 464, e de 3-3-1994, proc.º n.º 45864, Maia Gonçalves, Código de Processo Penal, 15ª ed., Coimbra, 2005, Almedina, pág. 689 e Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, cit., pág. 875.

²²⁰ A aplicação do princípio da livre apreciação da prova implica que o tribunal forme a sua convicção sobre a existência de factos relevantes para fundamentação da sentença de acordo com a livre convicção do julgador, nos termos do artigo 127.º do CPP, que determina que “salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente.”. Veja-se a este respeito os seguintes arestos, todos disponíveis em www.pgdlisboa.pt:

Acórdão da Relação de Guimarães de 26-04-2010, CJ, 2010, T4, pág. 289: “I. Não é proibido o uso de imagens captadas por uma câmara de vídeo colocada pelo ofendido no seu prédio, nem a valoração dessas imagens como meio de prova. II. Tais imagens podem ser atendidas e valoradas atento o princípio da livre apreciação da prova consagrado no artº 127º do CPC.”

Acórdão da Relação do Porto de 6-03-2002: “Mesmo quando houver documentação da prova, a sua livre apreciação, devidamente fundamentada segundo as regras da experiência, no sentido de uma das soluções plausíveis torna a decisão inatacável. Doutro modo seriam defraudados os fins visados com a oralidade e a imediação da prova.”

Acórdão da Relação de Évora de 10-04-2007, CJ, 2007, T2, pág.256: “O princípio da presunção da inocência do acusado, dirige-se antes do mais aos julgadores, que não podem, todavia, ver restringidos os meios necessários à formação da sua livre convicção. Não dispondo a lei qualquer limitação às declarações do ofendido, o julgador pode assentar a sua convicção nessas declarações se lhe merecerem confiança.”

Acórdão da relação de Coimbra de 21-03-2012 : “1. É conhecida a clássica distinção entre prova directa e prova indirecta ou indiciária: aquela incide directamente sobre o facto probando, enquanto esta incide sobre factos diversos do tema de prova, mas que permitem, a partir de deduções e induções objectiváveis e com o auxílio de regras da experiência, uma ilação da qual se infere o facto a provar. 2. Embora a nossa lei processual não faça qualquer referência a requisitos especiais, em sede de demonstração dos requisitos da prova indiciária, a aceitação da sua credibilidade está dependente da convicção do julgador que, embora sendo uma convicção pessoal, terá que ser sempre objectivável e motivável. 3. Para que a prova indirecta, circunstancial ou indiciária possa ser tomada em consideração exigem-se alguns requisitos: pluralidade de factos-base ou indícios; que tais indícios estejam acreditados por prova de carácter directo; que sejam periféricos do facto a provar ou

8. A relação entre a Lei de proteção de testemunhas e as declarações para memória futura.

Através de um olhar mais atento conclui-se facilmente que o paradigma da criminalidade atual mudou face à criminalidade do século passado. É verdade que os criminosos se sofisticaram e se organizaram, tornando a sua atividade mais complexa e eficaz, aumentando as dificuldades no combate e recolha de prova, com consequências objetivas ao nível da condenação por parte das autoridades competentes. A criminalidade passou, efetivamente, nas últimas décadas, por uma redefinição tendo delineado novos contornos e assumido novas formas. Hodiernamente, o agente do crime deixou de ser exclusivamente um indivíduo isolado, passando a integrar organizações criminosas²²¹ com uma área de atuação nacional e transnacional que, a coberto de uma estratégia de intimidação e violência, se dedicam a uma multiplicidade de atividades ilícitas, nomeadamente o tráfico de droga, o tráfico de armas ou seres humanos, ou branqueamento de capitais, tendo sempre em mira o escopo lucrativo.

Neste contexto, a política criminal concede, com alguma frequência, aos órgãos de polícia criminal e aos operadores judiciais meios e poderes que objetivamente limitam direitos e liberdades individuais, procurando uma maior eficácia na defesa da sociedade, cuja utilização está sujeita a rigorosos regimes e mecanismos de escrutínio e controlo jurisdicional. No plano legislativo são vários os exemplos de mecanismos de combate à criminalidade organizada e

interrelacionados com esse facto; racionalidade da inferência; expressão, na motivação do tribunal de instância, de como se chegou à inferência; não se admitir que a demonstração do facto indício que é a base da inferência seja também ele feito através de prova indiciária.

²²¹ Segundo o Plano de Ação de Combate ao Crime Organizado, adotado pelo Conselho da UE em 28.04.97 e publicado no Jornal Oficial C 251, 15.08.97, organização criminosa é a “associação estruturada de duas ou mais pessoas, que se mantém ao longo do tempo e atua de forma concertada, tendo em vista cometer infrações puníveis com pena privativa da liberdade ou medida de segurança privativa da liberdade cuja duração máxima seja de, pelo menos, quatro anos, ou com pena mais grave, quer essas infrações constituam um fim em si mesmas, quer um meio de obter benefícios materiais e, se for caso disso, de influenciar indevidamente a atuação de autoridades públicas”.

complexa²²², sendo certo que aquele que nos propomos a estudar é a Lei de Proteção de Testemunhas²²³, introduzida no ordenamento jurídico português pela Lei 93/99 de Julho.²²⁴

Foi com base na atuação destes grupos organizados, cuja atividade facilmente amedrontava testemunhas (e as suas famílias) e delatores, cuja proteção importava assegurar, associada à necessidade de investigação que tinham extrema dificuldade em recolher informações cruciais sobre a estrutura, sobre os seus membros e modo de atuar, que foram implementadas medidas de proteção de testemunhas²²⁵.

Nesta conjuntura foi aprovada a Lei 93/99 de 14 de Julho (LPT), que veio ao encontro das necessidades de proteção de testemunhas (seus familiares e pessoas que lhe sejam próximas), podendo, e devendo, ser aplicada sempre que ocorra perigo para vida, integridade física ou psíquica, liberdade ou bens de valor patrimonial de valor consideravelmente elevado, pelo contributo prestado pela testemunha para o processo. A Aplicação da LPT deverá ter lugar, não só em casos de luta contra o crime organizado, mas também em crimes mais graves²²⁶ ou em que a especial vulnerabilidade²²⁷ das testemunhas aconselhe a sua aplicação. De salientar, porém, que a aplicação desta medida é de carácter excecional (n.º 4, art.º 1.º da LPT), estando sujeita a uma apreciação judicial, que se rege por critérios de necessidade e adequação, ou seja, apenas é aplicada quando nenhuma outra se verifique como a adequada a satisfazer as exigências do processo.

²²² Exemplo paradigmático da previsão de tais mecanismos são as Leis n.º 101/01, de 25 de agosto, relativamente às atuações encobertas e a Lei n.º 5/02, de 11 de Janeiro, relativamente à quebra do segredo profissional e sigilo fiscal, bem como a outros meios de produção de prova

²²³ Doravante designada pela sigla LPT.

²²⁴ Alterada pelas Leis 29/2008 de 4 de Julho e 42/2010 de 3 de Setembro, regulamentada pelo Decreto-lei 190/2003 de 22 de Agosto, por sua vez alterado pelo Decreto-lei 227/2009 de 14 de Setembro.

²²⁵ Constitui o modelo desta matéria a Recomendação n.º R (97) 13, do Comité de Ministros de 10.09.1997, do Conselho da Europa sobre Proteção de Testemunhas, que estabelecendo uma quantidade de princípios norteadores e uma variedade de medidas a ser acolhidas pelos diversos Estados-membro.

²²⁶ Nos termos da aliena a) , no art.º 16.º , da Lei 93/99 de 14 de Julho, alterada pela Lei n.º 29/2008 de 4 de Julho, as condições para não revelação da identidade da testemunha são os casos que dizem respeito a crimes de “de tráfico de pessoas, de associação criminosa, de terrorismo, de terrorismo internacional ou de organizações terroristas ou, desde que puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a oito anos, a crimes contra a vida, contra a integridade física, contra a liberdade das pessoas, contra a liberdade ou autodeterminação sexual, de corrupção ou cometidos por quem fizer parte de associação criminosa, no âmbito da finalidade ou actividade desta”

²²⁷ Conforme estipula o n.º 3, do art.º 1.º da LPT

Em termos de concepção, a LPT consagra um conceito de testemunha que vai muito além daquele que é usado em processo penal. Aqui, para efeito de testemunha é *“qualquer pessoa que, independentemente do seu estatuto face à lei processual, disponha de informação ou de conhecimento necessários à revelação, percepção ou apreciação de factos que constituam objeto do processo, de cuja utilização resulte um perigo para si ou para outrem”*²²⁸.

Englobando-se no conceito, para além das testemunhas *stricto sensu*, os lesados/ofendidos, os assistentes, as partes civis, os peritos, os consultores técnicos ou quaisquer outros intervenientes processuais, inclusive outros arguidos.

Para efeitos de aplicação da LPT são estabelecidas diversas medidas que visam assegurar a proteção das testemunhas, nomeadamente: a prestação de declarações ou depoimento com ocultação de imagem e/ou distorção de voz, a teleconferência, a não revelação da identidade da testemunha, medidas e programas especiais e segurança e as medidas especiais para testemunhas especialmente vulneráveis.

A prestação de depoimento ou declarações com ocultação de imagem e/ou distorção de voz (art.º 4 da LPT), pode ser decretada oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, do arguido, do assistente ou da testemunha, sempre que se pretenda evitar o reconhecimento desta (n.º 1 do art.º 4 da LPT), ou quando o depoimento ocorra em circunstâncias que revelem intimidação ou elevado risco de intimidação da testemunha (n.º 2 do art.º 4 da LPT).

A teleconferência consiste na possibilidade da testemunha prestar declarações, encontrando-se em lugar separado do arguido, recorrendo-se para o efeito, à intervenção de meios técnicos de transmissão à distância, em tempo real, tanto do som como de imagens animadas. Esta medida é justificada por razões poderosas de proteção, sempre que se verifique a recolha de prova, em crime que deva ser julgado por tribunal coletivo ou júri (n.º 1 do art.º 5 da LPT). Esta medida tem de ser requerida, e devidamente fundamentada, pelo Ministério Público, pelo arguido ou pela testemunha (n.ºs 1 e 2 do art.º 6 da LPT). O procedimento para a realização da teleconferência encontra-se previsto nos artigos 5º a 15º da LPT, sendo sempre acautelado o não reconhecimento da testemunha, a fidedignidade das suas declarações e a observância do contraditório e da imediação.

²²⁸ Nos termos da alínea a), do art.º 2 da LPT.

A não revelação da identidade é uma medida que pode ser aplicada em qualquer fase do processo, desde que, cumulativamente, se tratem de crimes previstos na alínea a) do art.º 16 da LPT²²⁹, caso se verifique a existência de um perigo grave para pessoas e bens [alínea b), do art.º 16 da LPT], que não seja fundadamente posta em causa a credibilidade da testemunha [alínea c), do art.º 16 da LPT] e que as declarações ou depoimento tenham um contributo probatório de relevo para o processo. A medida só pode ser requerida (fundamentadamente) pelo Ministério Público (n.º 1 do art.º 17.º da LPT) e a concreta aplicação é decidida pelo juiz de instrução, sendo, para isso, organizado um processo complementar, secreto e urgente, ao qual apenas tem acesso o juiz de instrução (n.º 1 do art.º 17.º da LPT).

As medidas pontuais de segurança (art.º 20.º da LPT) aplicam-se quando estão em causa crimes que devam ser julgados por tribunais coletivos ou de júri, sempre que poderosas razões de segurança o exijam. Nestas circunstâncias, as testemunhas podem beneficiar das medidas elencadas no n.º 1 do art.º 20.º da LPT. Durante a fase de inquérito aquelas medidas podem ser ordenadas oficiosamente pelo Ministério Público, a requerimento da testemunha ou sob proposta da autoridade de polícia criminal. Nas fases subsequentes, a medida é requerida pelo Ministério Público e ordenada pelo juiz da fase em que o processo se encontrar (n.º 2, do art.º 20.º da LPT).

Os programas especiais de segurança podem ser aplicados durante a pendência do processo ou mesmo após a sua finalização, desde que se verifique um dos crimes previstos na alínea a) do art. 16.º [alínea a) do art. 21.º], que exista a perigosidade da alínea b) do art. 21.º, e que seja, ou se presuma, essencial para a descoberta da verdade o contributo do depoimento ou das declarações (al. c) do art. 21.º). Tratam-se de medidas de carácter administrativo que podem abranger os destinatários do n.º 2 do art.º 1.º, ou seja, os familiares das testemunhas, as pessoas que com elas vivam em condições análogas às dos cônjuges e outras pessoas que lhes sejam próximas. Os programas são integrados pelas medidas constantes nas várias alíneas do n.º 2, do art.º 22.º da LPT.

²²⁹ Quando o depoimento ou as declarações disserem respeito a crimes de tráfico de pessoas, de associação criminosa, de terrorismo, de terrorismo internacional ou de organizações terroristas ou, desde que puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a oito anos, a crimes contra a vida, contra a integridade física, contra a liberdade das pessoas, contra a liberdade ou autodeterminação sexual, de corrupção, de burla qualificada, de administração danosa que cause prejuízo superior a 10 000 unidades de conta, ou cometidos por quem fizer parte de associação criminosa no âmbito da finalidade ou atividade desta. Redação dada pelo Decreto-Lei 29/2008 de 4 de Julho.

A Comissão de Programas Especiais de Segurança²³⁰ é a entidade que gere e estabelece os programas especiais de segurança e funciona sob a dependência do(a) Ministro(a) da Justiça. Cada programa dá origem a um processo confidencial, que abrangerá, para além da testemunha, as pessoas referidas no n.º 21.º da LPT.

As medidas especiais para testemunhas especialmente vulneráveis²³¹ prevêm o acompanhamento administrativo e judicial da testemunha, de forma a garantir a espontaneidade e sinceridade do depoimento. Este conjunto de medidas destina-se a situações de criminalidade intrafamiliar ou em círculos sociais fechados e em particular a situações que envolvam crianças, mulheres e idosos. Entre essas medidas de carácter administrativo destaca-se o acompanhamento por técnico do serviço social ou pessoa habilitada e o apoio psicológico (art.º 27.º da LPT).

A nível judicial estas testemunhas, durante a fase de inquérito, podem beneficiar de intervir no processo o mais brevemente possível após o crime, evitando-se a repetição da audição e recorrendo-se às declarações para memória futura (art.º 28.º da LPT). Nas fases subsequentes ao inquérito beneficiam ainda de não contactar com os outros intervenientes, nomeadamente com o arguido [alínea a), do art.º 29.º da LPT]; de serem ouvidas com recurso à ocultação de imagem/distorção de voz ou teleconferência, designadamente a partir de local distinto do tribunal [alínea b), do art.º 29.º da LPT]; de serem inquiridas exclusivamente pelo juiz, com formulação de perguntas adicionais através daquele [alínea c), do art.º 29.º da LPT]; de serem previamente apresentadas ao juiz e de visitarem previamente as instalações onde decorrerá o ato em que devam participar (art.º 30.º da LPT); e de serem afastadas temporariamente da família ou do grupo social fechado em que se encontrem inseridas (art.º 31.º da LPT).

Percorrida, ainda que de forma sintética, a Lei de Proteção de Testemunhas (LPT), importa agora analisar de forma objetiva a relação entre a Lei analisada e o tema do presente trabalho.

²³⁰ Prevista no art.º 23.º da L.P.T., a estrutura e funcionamento da Comissão encontram-se regulamentados nos art.º 11.º a 13.º do Decreto-Lei n.º 190/2003, de 22 de Agosto.

²³¹ Nos termos do n.º 2, do art.º 26.º da LPT, a especial vulnerabilidade da testemunha pode resultar da sua diminuta ou avançada idade, do seu estado de saúde ou do facto de ter de depor ou prestar declarações contra familiares ou pessoas de um grupo social em que se encontra inserida numa condição de dependência ou subordinação.

Como acima se constatou, a LPT consagra uma variedade de medidas, de carácter judicial, que beneficiam o depoimento de testemunhas especialmente vulneráveis. O objetivo da norma (n.º 1, do art.º 26.º da LPT) é garantir a espontaneidade e sinceridade do depoimento. Uma das medidas elencadas é a possibilidade da testemunha intervir no processo o mais brevemente possível após o crime, evitando-se a repetição da audição e recorrendo-se às declarações para memória futura (art.º 28.º da LPT).

Esta possibilidade surge como um fundamento atípico para a tomada de declarações para memória futura, já que a especial vulnerabilidade da testemunha não é um dos fundamentos taxativamente previsto no art.º 271.º do CPP. Também não é pacífica, nos moldes em que cada uma das normas (a LPT e o art.º 271.º do CPP) estruturam a diligência, para a tomada de declarações para memória futura.

Se por um lado a LPT alarga o conceito de testemunha a *“qualquer pessoa que, independentemente do seu estatuto face à lei processual, disponha de informação ou de conhecimento necessários à revelação, perceção ou apreciação de factos que constituam objeto do processo, de cuja utilização resulte um perigo para si ou para outrem”*, englobando para além das testemunhas *stricto sensu*, os lesados/ofendidos, os assistentes, as partes civis, os peritos, os consultores técnicos ou quaisquer outros intervenientes processuais, inclusive outros arguidos, que, nos termos do n.º 2, art.º 28.º da LPT, podem ser inquiridos para memória futura. Por outro lado, o art.º 271.º do CPP, apenas prevê que sejam tomadas declarações para memória futura a testemunhas/vítimas, testemunhas, assistentes, partes civis, peritos ou consultor técnicos. Não admitindo em qualquer momento a tomada de declarações para memória futura a arguidos.

Neste ponto concordamos com a crítica de António Gama²³² quando afirma que “ na Lei de Protecção de Testemunhas (...) se partiu expressamente no seu art.º 2.º, al. a), de um conceito amplo de testemunha, abrangendo a vítima já assistente ou parte cível, por boas e recomendáveis razões – a sua protecção por um lado e por outro tentar garantir a produção de depoimentos espontâneos e sinceros, numa palavra, fiáveis – no art.º 271.º do Código de Processo Penal, amalgamou-se essa diversa realidade com resultados que podem ser desastrosos.”.

²³² GAMA, António, “Reforma do Código de Processo Penal: Prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento”, RPCC 19, 2009, pág. 406.

Mais, o próprio figurino da estrutura da diligência previsto na LPT é completamente contrário ao da estrutura prevista no art.º 271.º do CPP.

Na LPT salvaguarda-se a proteção da testemunha através de uma estrutura que minimiza a vitimização secundária, designadamente através das medidas judiciais que contemplam o afastamento da testemunha dos outros intervenientes, nomeadamente do arguido [alínea a), do art.º 29.º da LPT], de poderem ser ouvidas com recurso à ocultação de imagem/distorção de voz ou teleconferência, a partir de local distinto do tribunal [alínea b), do art.º 29.º da LPT], de poderem ser inquiridas exclusivamente pelo juiz, com formulação de perguntas adicionais através daquele [alínea c), do art.º 29.º da LPT].

Na estrutura prevista no n.º 5, do art.º 271.º do CPP, a inquirição é feita pelo juiz, podendo em seguida o Ministério Público, os advogados do assistente e das partes civis e o defensor do arguido, formular perguntas adicionais diretamente ao depoente. O n.º 3, do art.º 271.º do CPP, prevê ainda a presença na diligência do Ministério Público, do arguido, do defensor e dos advogados do assistente e das partes civis, sendo certo que a presença do Ministério Público e do defensor são obrigatórias, cominando a sua falta numa nulidade insanável nulidade insanável, nos termos do art.º 119.º, alínea b) do CPP.

Não poderíamos deixar de assinalar a crítica de Sandra Oliveira e Silva²³³ ao art.º 271.º do CPP, quando afirma que este normativo parece desconhecer a disciplina para a proteção de testemunhas especialmente vulneráveis. Há efetivamente uma grande distância entre a proteção conferida às testemunhas no âmbito da LPT e a proteção conferida pelo figurino do art.º 271.º do CPP.

²³³ SILVA, Sandra Oliveira e, A Protecção de Testemunhas no Processo Penal, Coimbra Editora, 2007, pág. 112.

Conclusões

Face à análise e às considerações produzidas na elaboração do presente trabalho, porque se entende útil, cumpre agora proceder à sua síntese, de modo que, extraído o essencial, se formulam as seguintes conclusões:

São de proximidade as relações entre as normas constitucionais e as normas processuais penais. E, neste sentido, o tratamento que a Constituição der aos direitos fundamentais no processo penal é o conformador primeiro e decisivo da respetiva disciplina na lei ordinária, mas, para além disso, é um indicador claro da relação que se quis estabelecer entre o cidadão e o Estado.

Nos termos da Constituição da República Portuguesa, o processo penal apresenta uma estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório. O acusatório traduz-se na separação entre entidades, existe uma entidade que investiga e acusa e outra entidade que julga. Assim, quem investiga e acusa não julga, bem como quem julga não investiga ou interveio no inquérito e, ou, na instrução. Pode, por isso, dizer-se que a estrutura acusatória do processo penal é um dos pilares do Estado de Direito Democrático que garante a efetiva aplicação do contraditório e uma ampla defesa justa.

Porém, nos casos em que as declarações para memória futura forem tomadas durante a fase de inquérito, para que não haja violação dessa estrutura, o que tornaria o artigo 271.º do CPP inconstitucional, entendemos que o Ministério Público, o arguido, o assistente e partes civis, na elaboração do requerimento da prova antecipada tem de delimitar o objeto da diligência.

Não obstante existirem duas posições antagónicas – aqueles que defende a constituição prévia de arguido antes da tomada de declarações para memória futura e aqueles que defende que podem ser tomadas declarações sem que, contudo, ainda haja arguidos constituídos –, na verdade, nós sustentamos que podem, efetivamente, ser tomadas declarações no âmbito do processo onde ainda não haja arguidos constituídos, desde que os direitos de defesa não sejam postergados ou diminuídos, admitido, para isso, que o contraditório pleno terá lugar na audiência de discussão e julgamento.

A presente dissertação foi elaborada na ótica dos interesses das vítimas de crime, em especial dos menores vítimas de crimes contra a liberdade de autodeterminação sexual e, nesse sentido, dedicamos-lhes grande destaque, porquanto a sua condição, associada à tenra idade, potencia o efeito da vitimização secundária que o contacto com o sistema judiciário potencia. Para compreender os mecanismos de salvaguarda dos direitos das vítimas menores, analisamos o acolhimento conferido pela Constituição da República Portuguesa, pelo processo penal e pelos diplomas de direito internacional e comunitário, na efetiva tutela dos seus direitos.

Realiza-mos uma apreciação crítica do art.º 271.º do CPP, com especial destaque para o n.º 2 do referido artigo, onde concluímos que a génese da obrigatoriedade da tomada de declarações para memória futura a menores vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, encontra consagração na problemática da vitimização secundária. Uma das propostas sugeridas para minimizar o efeito deste fenómeno foi a construção das denominadas “Câmara de Gesell”. Na verdade, trata-se de uma sala em que uma das paredes é de vidro unidirecional e decorada de acordo com as finalidades a que se destina, na qual o menor não se percebe que está a ser observado por outros que não o profissional que está consigo no interior da sala, normalmente um psicólogo com formação na área da infância. Outra sugestão foi no sentido de reequilibrar o modelo de inquirição previsto no n.º 5 do art.º 271.º, antecipando para a tomada de declarações para memória futura o modelo da audiência de julgamento, por entendermos que a supressão da mediação judicial na formulação de questões adicionais, só por si, é um fator de potenciação da vitimização secundária.

Por se tratar de uma lei de aplicação excecional, que comporta um conjunto de possibilidades e mecanismos de proteção, foi analisada, ainda que de forma sintética, a Lei de Proteção de Testemunhas. Este diploma consagra uma variedade de medidas, de carácter judicial, que beneficiam o depoimento de testemunhas especialmente vulneráveis e que garantem a espontaneidade e sinceridade do depoimento. Uma das medidas elencadas é a possibilidade da testemunha intervir no processo o mais brevemente possível após o crime, evitando-se a repetição da audição e recorrendo-se às declarações para memória futura (art.º 28.º da LPT).

Para que as declarações para memória futura, prestadas no decorrer do processo, possa ser valoradas e utilizadas para fundamentar uma decisão, há a necessidade de serem lidas e discutidas em audiência de julgamento, conforme resulta da alínea a), do n.º 2, do art.º 356.º do CPP. Porém, é necessário que a permissão da leitura e a sua justificação fique a constar em ata, sob pena de nulidade, conforme previsto no n.º 9, do art.º 356.º do CPP

Bibliografia

Obras citadas e consultadas

- ALBERTO, Isabel - *O Abuso Sexual de Crianças* – Uma Conversa Entre o Direito e a Psicologia, obra coletiva sem indicação de coordenação, Coimbra, Almedina – 2002
- ALBUQUERQUE, Martim de - *História do Direito Português*, 1º volume, tomo II, obra conjunta, edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa – 1983;
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto - *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa – 2008;
- ALFAIATE, Ana Rita - *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra, Coimbra Editora – 2009;
- ALMEIDA, Carlota Pizarro de - *Despublicização do Direito Criminal*, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa – 2000;
- ALMEIDA, L. P. Moitinho de - “Produção Antecipada de Provas”, *Scientia Iuridica*, tomo XVII (1968);
- ANDRADE, Costa - *O Homem Delincente e a Sociedade Criminógena*, obra conjunta, Coimbra Editora, Coimbra – 1992 (reimpressão);
- ANDRADE, Manuel Domingues de - *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1979;
- ANDRADE, Vieira de - *Direitos Fundamentais*, lições policopiadas referentes ao seu ensino na Universidade Nova de Lisboa, Lisboa – 2003;

- ANTUNES, Maria João - “Comentário ao art.º178.º do Código Penal”, coordenado por Dias, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense ao Código Penal* – parte especial, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora – 1999, págs.593 a 600;

- ANTUNES, Maria João - “Oposição do Maior de 16 Anos à Continuação de Processo Promovido nos Termos do artigo 178.º n.º4 do Código Penal”, *Revista do Ministério Público*, ano 26, n.º103, Julho/Setembro de 2005, pags.21 a 37;

- ANTUNES, Maria João - “O segredo de Justiça e o Direito de Defesa do Arguido Sujeito a Medida de Coacção”, in: *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003;

- ANTUNES, Maria João - “Crimes Contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual de Menores”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º8 (especial) – Jornadas Sobre a Revisão do Código Penal, Lisboa;

- BARREIROS, António - “O estatuto jurídico processual do arguido: alguns dos seus direitos, in Manuel Valente Guedes (coord.), *I Congresso de Processo Penal, Memórias*, Coimbra, 2005;

- BARATTA, Alessandro - “Os Direitos da Criança e o Futuro da Democracia”, Perspectivas do Direito no Início do Século XX!, *Studia Iuridica*, n.º41, Coimbra, Universidade de Coimbra – 1999;

- BASTOS, Jacinto Fernando Rodrigues - *Notas ao Código de Processo Civil*, vol. III, 3ª ed., act., Lisboa, 2001;

- BELEZA, Teresa Pizarro - Apontamentos de Direito Processual Penal, obra conjunta e sob a sua coordenação, Lisboa, A.A.F.D.L. – 1992, págs.95 a 103;

- BRAZ, José - *Investigação Criminal: a organização, o método, e a prova: os desafios da nova criminalidade*, Almedina, 2009;

- BUCHO, Cruz - *Declarações para memória futura (elementos de estudo)*, Tribunal da Relação de Guimarães [em linha]. 2012. disponível em <http://www.trg.pt>;
- CAETANO, Marcelo - *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, tomo I, 6ª edição revista e ampliada por Galvão Teles, Miguel, Coimbra, Almedina – 1991;
- CANOTILHO, Gomes - *Constituição da República Portuguesa* – anotada artigos 1.º a 107.º, volume I, 4ª edição, obra conjunta, Coimbra, Coimbra Editora – 2007;
- CANOTILHO, Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina;
- CANOTILHO, Gomes, *O ónus da prova na jurisdição das liberdades*, Estudos sobre Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, 2004;
- CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.ª edição, Coimbra Editora;
- CARMO, Rui - *O Abuso Sexual de Crianças* – Uma Conversa Entre o Direito e a Psicologia, obra colectiva sem indicação de coordenação, Coimbra, Almedina – 2002;
- CASTRO, Artur Anselmo de - *Direito Processual Civil Declaratório*, vol. III, Coimbra, 1982, Livraria Almedina;
- CORREIA, Eduardo - *Processo Criminal*, lições policopiadas ministradas ao 5.º ano jurídico de 1955/56, sem indicação de editora, Coimbra – 1956;
- CORREIA, João Conde - “O papel do Ministério Público no crime de abuso sexual de crianças”, in *Julgar* n.º12 (especial), 2010, pág. 176.
- CORTÊS, António - “Comentário ao art.º1.º da Constituição da República Portuguesa”, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, coordenação de Miranda, Jorge e de Medeiros, Rui, Coimbra, Coimbra Editora – 2010 págs.73 a 92;

- COSTA, Faria - *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*, 1999;

- CUNHA, Damião da - “A Participação dos Particulares no Exercício da Ação Penal, Alguns Aspetos”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 8, Outubro/Dezembro de 1998, págs.593 a 660;

- CUNHA, Damião da - “O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP) (Algumas reflexões à luz de uma recente evolução jurisprudencial) ”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7, fasc. 3, Julho-Setembro 1997;

- CUNHA, Damião da - *O Caso Julgado Parcial, Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção Num Processo de Estrutura Acusatória*, Porto 2002, Publicações Universidade Católica;

- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da - *Constituição e Crime – Uma Perspetiva da Criminalização e da Descriminalização*, Porto, Editora da Universidade Católica Portuguesa – 1995;

- CUNHA, Paulo - *Processo Comum de Declaração* (apontamentos de Artur Costa e Jaime Lemos), tomo II, 3ªed., Braga, 1944;

- DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias – 1993;

- DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Processual Penal*, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora – 1974 (reedição de 2004);

- DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Processual Penal*, Lições coligidas por Maria João Antunes, 1988-9, Secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

- DIAS, Jorge de Figueiredo - “La protection des droits de l’Homme dans la procédure penal portugaise”, *Boletim do Ministério da Justiça n.º 291*, 1979, pág. 184.

- DIAS, Jorge de Figueiredo - *O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, obra conjunta, Coimbra, Coimbra Editora – 1992 (reimpressão);

- DIAS, Jorge de Figueiredo - *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra Editora, Coimbra – 2001;

- DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Processual Penal*, Primeiro Volume, Reimpressão, 1984, § 2, II, 1;

- FERREIRA, José Dias - *Código de Processo Civil Anotado*, Tomo I, Typographia Lisbonnense, 1887;

- FERNANDES, Luís A. Carvalho - *Teoria Geral do Direito Civil*, IIº volume, 2ª edição, Lisboa, Lex – 1996;

- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Lições de Direito Penal I*, textos universitários, Verbo, Lisboa, 1993;

- FERREIRA, Marques - “Meios de Prova”, coordenada pelo Centro de Estudos Judiciários, *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina – 1997;

- FERREIRA, Pedro Lopes - *Os Tribunais Nas Sociedades Contemporâneas, O Caso Português*, obra conjunta, Porto, Edições Afrontamento – 1996;

- FREITAS, Lebre de - *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 2º, Coimbra Editora, 2001;

- FURNISS, Tilman - *Abuso Sexual da Criança: uma abordagem multidisciplinar, manejo, terapia e intervenção legal integrados*, traduzido por Maria Adriana Veríssimo Veronese, Porto Alegre: Artes Médicas, 1993;
- GAMA, António - “Reforma do Código de Processo Penal: Prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento”, *RPCC* 19, 2009, págs. 391 a 420;
- GASPAR, António Henriques - “A Justiça e a Crise – a Recorrência do Discurso e a Realidade”, *Revista do Ministério Público*, ano 24, n.º95 – Julho/Setembro de 2003, págs.17 a 23;
- GOMES, Rui Sá - “As Partes Cíveis (sujeitos secundários ou intervenientes). O Pedido de Indemnização Cível em Processo Penal. O Sistema de Adesão”, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, 1º volume, coordenação de Beleza, Teresa, Lisboa, A.A.F.D.L. – 1992, págs.213 a 232;
- GONÇALVES, Maia - *Código de Processo Penal*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 1980;
- GONÇALVES, Maia - *Código de Processo Penal Anotado*, 9.ª edição, Almedina, 1998;
- GONÇALVES, Maia - *Código de Processo Penal*, anotado e comentado, 11ª edição, Almedina, Coimbra – 1999;
- GONÇALVES, Maia - *Código de Processo Penal*, anotado e comentado, 15ª edição, Almedina, Coimbra – 2005;
- GONÇALVES, Rui Abrunhosa - “Abuso Sexual de Menores: Intervenção nas Vítimas e nos Agressores”, *Revista do Ministério Público*, ano 27, n.º106, Abril/Junho de 2006, págs.25 a 42;
- GOUVEIA, Jorge Bacelar - *Vida Humana Pré-natal, Aborto e Constituição – Perspetivas de Direito Constitucional e de Direito Regional*, Lisboa, Universidade Autónoma de Lisboa – 2009;

- GUERRA, Paulo - *O Abuso Sexual de Crianças – Uma Conversa Entre o Direito e a Psicologia*, obra colectiva sem indicação de coordenação, Coimbra, Almedina – 2002;
- JÚNIOR, Arthur Pinto de Lemos - “O Papel do Ministério Público, dentro do processo penal, à vista dos princípios constitucionais – uma visão fundada no Direito Processual Penal Português”, *Revista do Ministério Público*, ano 24, n.º93 – Janeiro/Março de 2003, págs.7 a 46;
- LEANDRO, Armando - “Protecção dos Direitos da Criança e Portugal”, *Direitos das Crianças*, Coimbra, Coimbra Editora – 2004;
- LOPES, José Mouraz - “O Interrogatório da Vítima nos Crimes Sexuais: As Declarações Para Memória Futura”, *Sub Judice, justiça e sociedade*, n.º26, Outubro/Dezembro de 2003, págs. 13 a 19;
- LOPES, José Mouraz - *Os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual no Código Penal*, 4.ª edição, revista e modificada de acordo com a Lei n.º 59/2007 de 4 de setembro, Coimbra editora, 2008;
- LÚCIO, Álvaro Laborinho - “Tribunais – Poder e Responsabilidade”, *Revista do Ministério Público*, n.º80, Outubro/Dezembro de 1990, págs.7 a 18;
- LÚCIO, Álvaro Laborinho - “Justiça e Política – Um Simples Contributo”, *Revista do Ministério Público*, n.º90, Abril/Junho de 2002, págs.7 a 16;
- MACHADO, Carla - “Abuso Sexual de Menores: Intervenção nas Vítimas e nos Agressores”, *Revista do Ministério Público*, ano 27, n.º106, Abril/Junho de 2006, págs.25 a 42;
- MALAFAIA, Joaquim - “O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos actos de instrução e nas declarações para memória futura”, *RPCC*, 14, 2004, pág. 509 a 539;

- MANATA, Celso – “...no superior interesse da criança”. in SEMINÁRIO DIREITO DAS CRIANÇAS E INTERVENÇÃO QUE COMPETÊNCIAS?, Lisboa, Centro Ismaili [em linha], disponível em www.cnpcjr.pt;
- MANITA, Celina - obra conjunta, “Crianças Vitimas de Abuso Sexual Intrafamiliar: Significados do Envolvimento no Processo Judicial e do Papel dos Magistrados”, *Revista do Ministério Público*, ano 28, n.º110, Abril/Junho de 2007, págs.46 a 86;
- *Manual de Boas Práticas para a Intervenção em Situações de Abuso Sexual de Crianças – Aplicações para contexto da Investigação Criminal*, ISPJCC, 2004.
- MARQUES, Maria Manuel Leitão - *Os Tribunais Nas Sociedades Contemporâneas, O Caso Português*, obra conjunta, Porto, Edições Afrontamento – 1996;
- MARTINS, Ana Maria Guerra - *O Tratado da União Europeia – Contributo Para a Sua Compreensão*, Lisboa, Lex – 1993;
- MEDEIROS, Rui - *Constituição Portuguesa anotada*, tomo III, obra conjunta, Coimbra Editora, Coimbra – 2007;
- MEDEIROS, Rui - “Comentário ao art.º69.º da Constituição da República Portuguesa”, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, coordenação de Miranda, Jorge e de Medeiros, Rui, Coimbra, Coimbra Editora – 2010, págs.1379 a 1387;
- MENDES, João de Castro - *Direito Processual Civil*, vol. III, 1978/79, ed. da AAFD;
- MESQUITA, Paulo Dá - *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra Editora, 2003.
- MIRANDA, Jorge - *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*, tomo IV, Coimbra, Coimbra Editora – 1988;

- MIRANDA, Jorge - *Manual de Direito Constitucional, tomo III – Estrutura Constitucional do Estado*, 2ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora – 1988;

- MIRANDA, Jorge - *Manual de Direito Constitucional: Constituição e inconstitucionalidade*. 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1996. Tomo II;

- MIRANDA, Jorge - *Constituição Portuguesa anotada*, tomo III, obra conjunta, Coimbra, Coimbra Editora – 2007;

- MIRANDA, Jorge - “Comentário ao art.º1.º da Constituição da República Portuguesa”, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, coordenação de Miranda, Jorge e de Medeiros, Rui, Coimbra, Coimbra Editora – 2010, págs.73 a 92;

- MONTE, Mário Ferreira - *O Direito Penal Europeu – De Roma a Lisboa, Subsídios Para a Sua Compreensão*, Lisboa, Quid Júris – 2009;

- MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa – anotada artigos 1.º a 107.º*, volume I, 4ª edição, obra conjunta, Coimbra, Coimbra Editora – 2007;

- MOURA, José Adriano Souto de - “As Vítimas de Crime: Contributo Para um Debate Interdisciplinar”, *Revista do Ministério Público*, ano 26, n.º103, Julho/Setembro de 2005, págs.7 a 20;

- NEVES, Castanheira - *Sumários de Processo Criminal*, 1968;

- NEVES, Castanheira - *O Direito Hoje e com que Sentido – o Problema Actual da Autonomia do Direito*, s.l., Instituto Piaget – 2002;

- NUNES, Carlos Casimiro - “O Abuso Sexual de Crianças e Jovens: A Intervenção Judicial à Luz dos Processos Psicológicos Envolvidos”, *Polícia e Justiça*, IIIª série, n.º5, Janeiro-Junho de 2005, págs.291 a 303;

- PALMA, Maria Fernanda - "Direito penal e processual penal e Estado constitucional (O papel da jurisprudência constitucional no desenvolvimento dos princípios no caso português e um primeiro confronto com a jurisprudência constitucional espanhola) ", in *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, Madrid. Dykinson. 2003, pág. 1737 a 1752;
- PEDROSO, João - *Os Tribunais Nas Sociedades Contemporâneas, O Caso Português*, obra conjunta, Porto, Edições Afrontamento – 1996;
- PERCHINUNNO, Vincenzo - *Percorsi de procedura penale*, Milano, 2008, Giuffrè Editore;
- PEREIRA, Rui - “Debate sobre a reforma penal “, in *Julgar*, n.º 1 (2007), pág. 110 e 112.
- PEREIRA, Tânia da Silva - *Direito da Criança e do Adolescente – Uma Proposta Interdisciplinar*, 2ª edição, Rio de Janeiro, Renovar – 2008;
- PINTO, Frederico Lacerda da Costa - *Direito Processual Penal, Curso Semestral*, AAFDL, 1998;
- RAMOS, José Joaquim Monteiro - *A oficialidade e os menores vítimas de crime: Conflitos e harmonias na busca da tutela*. Lisboa: Universidade Autónoma. Dissertação para obtenção de grau de mestre em Direito, texto gentilmente cedido pelo autor.
- REIS, Alberto dos - *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, 3ªed., Coimbra Editora, 1981;
- RIBEIRO, Catarina - obra conjunta, “Crianças Vitimas de Abuso Sexual Intra-familiar: Significados do Envolvimento no Processo Judicial e do Papel dos Magistrados”, *Revista do Ministério Público*, ano 28, n.º110, Abril/Junho de 2007, pág.46 a 86;
- RIBEIRO, Catarina - *A Criança na Justiça – Trajectórias e Significados do Processo Judicial de Crianças Vítimas de Abuso Sexual Intrafamiliar*, Coimbra, 2009, Almedina;

- RODRIGUES - Fernando Pereira, *A Prova em Direito Civil*, Coimbra Editora, 2011;

- RODRIGUES, José Narciso da Cunha - “Sobre A Justiça No Próximo Milénio”, in *Perspectivas Do Direito no Início do Século XXI*, *Studia Iuridica*, n.º41, Coimbra, Universidade de Coimbra – 1999;

- ROXIN, Claus - *Introducción aos Código Penal Alemán e Código Procesal Penal Alemán*, coordenação de Encinas, Emilio Eiranova, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Barcelona - 2000, págs.213 a 219;

- ROXIN, Claus - *Politica criminal y sistema del derecho penal*, trad. De Muñoz Conde, Ed. Bosch, Barcelona, 1972;

- SALINAS, Henrique - “Comentário ao art.º32.º da Constituição da República Portuguesa”, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, coordenação de Miranda, Jorge e de Medeiros, Rui, Coimbra, Coimbra Editora – 2010, págs.702 a 743;

- SANTOS, Beleza - “Partes Particularmente Ofendidas em Processo Penal”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º2248, ano 57.º, Maio de 1924;

- SANTOS, Boaventura de Sousa - *Os Tribunais Nas Sociedades Contemporâneas, O Caso Português*, Porto, Edições Afrontamento – 1996;

- SILVA, Fernando - *Direito Penal Especial – Crimes Contra as Pessoas*, Lisboa, Quis Juris – 2005;

- SILVA, Fernando - “Convenção Sobre os Direitos da Criança”, *Revista Associação dos Defensores Públicos do Distrito Federal*, ano 3, n.º3, Dezembro de 2008, págs.135 a 151;

- SILVA, Fernando - “Representação dos Menores em Processo Penal”, *Que Futuro Para o Direito Processual*, Coimbra, Coimbra Editora – 2009, págs.769 a 787;

- SILVA, Fernando - “O Papel do Ministério Público na Protecção de Menores”, *A Responsabilidade Comunitária da Justiça – O Papel do Ministério Público*, coordenação e edição do Sindicato dos Magistrado do Ministério Público, Lisboa – 2007, págs.225 a 242;
- SILVA, Germano Marques da - *Direito Penal Português, Parte Geral, I Introdução e Teoria da Lei Penal*, 2ª edição revista, Lisboa, Verbo – 2001;
- SILVA, Germano Marques da - *Curso de Processo Penal, Iº volume*, 3ª edição, Lisboa, Verbo – 1996;
- SILVA, Germano Marques da - *Curso de Processo Penal, IIº volume*, Lisboa, Verbo;
- SILVA, Germano Marques da - *Curso de Processo Penal, IIIº volume*, Lisboa, Verbo – 1994;
- SILVA, Germano Marques da - “Comentário ao art.º 32.º da Constituição da República Portuguesa”, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, coordenação de Miranda, Jorge e de Medeiros, Rui, Coimbra, Coimbra Editora – 2010, pág.742 a 743;
- SILVA, Sandra Oliveira e - *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, Coimbra Editora, 2007;
- SIMÕES, Euclides Dâmaso - “Tráfico de Seres Humanos: Prevenção e Repressão à luz do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo”, pág. 11, in *Julgar on line-2009*,
- SOUSA, Marcelo Rebelo de - *Direito Constitucional I – Introdução à Teoria da Constituição*, Braga, Livraria Cruz – 1979;
- SOEIRO, Cristina - “O Abuso Sexual de Crianças: Contornos da Relação Entre a Criança e a Justiça”, *Sub Judice, justiça e sociedade*, n.º26, Outubro/Dezembro de 2003, págs. 21 a 29;
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *Processo Penal*, tomo I, 2ª edição, Almedina, Coimbra – 2009;

•VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *I Congresso de Processo Penal*, Coimbra Almedina: 2005;