

■ Formação Ministério Público ■

DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA
Enquadramento jurídico, prática e gestão processual

**PROVA EM PROCESSO PENAL: EXAME OU
PERÍCIA? RESPECTIVO VALOR PROBATÓRIO**
Enquadramento jurídico, prática e gestão processual



Trabalhos do 2.º Ciclo do 33.º Curso

outubro 2020

Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento da Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Pormenores do exterior e interior do CEJ e da PGR





Dando continuidade à publicação da série de e-books da Coleção Formação – Ministério Público “Trabalhos Temáticos de Direito e Processo Penal”, o Centro de Estudos Judiciários tem o grato prazer de proceder à divulgação dos volumes que reúnem os trabalhos temáticos realizados pelos auditores de justiça do 2.º ciclo destinados à magistratura do Ministério Público do 33.º Curso Normal de Formação. Como introdução a estes volumes remete-se, em grande medida, para as considerações efectuadas nas notas de abertura dos seus antecessores.

Embora o 2.º Ciclo da formação inicial se desenrole num contexto puramente judiciário visando a qualificação de competências e práticas e o conferir de uma coerente sequência ao quadro de objectivos pedagógicos e avaliativos definidos como estruturantes para a preparação dos futuros magistrados do Ministério Público, desde há alguns anos se vem solicitando a cada um dos auditores a elaboração de um trabalho escrito com um limite máximo de 30 páginas sobre um dos temas propostos pelo Director Adjunto e pelos coordenadores regionais, através do qual se pretende validar as competências práticas adquiridas na comarca, designadamente, o conhecimento das fontes, a destreza do recurso às tecnologias de informação e comunicação, a eficácia da gestão da informação, a gestão do tempo, o domínio dos conceitos gerais, o nível de conhecimentos técnico-jurídicos, a capacidade de argumentação escrita e oral, a capacidade de síntese ou o nível de abertura às soluções plausíveis.

Este trabalho é depois apresentado publicamente durante a denominada “semana temática”, por forma a que, por um lado, todos os auditores do Ministério Público possam beneficiar de uma panorâmica geral dos conteúdos trabalhados pelos respectivos colegas (já que a sua presença nessas sessões é obrigatória) e, por outro, através dessa mesma apresentação oral, permitir aos avaliadores fazer um juízo sobre aspectos da oralidade e do saber-estar, sociabilidade e adaptabilidade (trabalho de equipa), permitindo igualmente a apreciação da destreza de cada auditor no que respeita à capacidade de investigação, à capacidade de organização e método, à cultura jurídica, à capacidade de ponderação e, sobretudo, à atitude na formação, que tem de ser (ainda que difícil e exigente) uma atitude de autonomia e responsabilidade.



A tónica na preparação e supervisão dos trabalhos pelos coordenadores regionais assentou, sobretudo, nos aspectos da prática e da gestão do inquérito ou da gestão processual, que são tão mais importantes quanto impõem aos auditores uma transição entre a teoria e a prática, evitando-se trabalhos com intuito e conteúdo exclusivamente académico.

Estes trabalhos, elaborados no ano lectivo de 2018/19 foram apresentados no Centro de Estudos Judiciários, em Lisboa, em Junho de 2019.

Luís Manuel Cunha da Silva Pereira Director-Adjunto do Centro de Estudos Judiciários

Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias Duarte Coordenador Regional Norte – Ministério Público

Ângela Maria B. M. da Mata Pinto Bronze Coordenadora Regional Centro – Ministério Público

José Paulo Ribeiro de Albuquerque Coordenador Regional Lisboa – Ministério Público

Olga Maria Caleira Coelho Coordenadora Regional Sul – Ministério Público

Ficha Técnica

Nome:

Declarações para memória futura. Enquadramento Jurídico, Prática e Gestão Processual. Prova em processo penal: Exame ou perícia? Respetivo valor probatório. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual

Coleção:

Formação Ministério Público

Conceção e organização:

Ângela Maria Batista Monteiro da Mata Pinto Bronze – Procuradora da República, Coordenadora Regional de Coimbra

Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias Duarte – Procurador da República, Coordenador Regional do Porto

José Paulo Ribeiro Albuquerque – Procurador da República, Coordenador Regional de Lisboa

Olga Maria de Sousa Caleira Coelho – Procuradora da República, Coordenadora Regional de Évora

Valter Santos Batista – Procurador da República *

Intervenientes:

Ana Carlota L. P. Aguiar da Rocha **

Catarina Marques Carloto de Castro **

Elsa Rodrigues Maia Bértolo **

Joana Filipa Nunes Gouveia **

Juliana Isabel Freitas Barros **

Marta Cristina Mendes Ferreira **

Paulo Soares **

Sara Cristina Ermida Cravo **

Susana Cristina Silva Jóia **

Tânia Patrícia Francisco Pedrosa **

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Lucília do Carmo – Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

* Coordenador Regional Adicional da Formação nos Tribunais da zona de Lisboa à data da apresentação dos trabalhos

** Auditores/as de Justiça do 33.º Curso de Formação de Magistrados – MP à data da apresentação dos trabalhos

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição – 20/10/2020	

Declarações para memória futura.

Enquadramento jurídico, prática e gestão processual

Prova em processo penal: Exame ou perícia? Respetivo valor probatório.

Enquadramento jurídico, prática e gestão processual

Índice

1. Declarações para memória futura. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual Joana Filipa Nunes Gouveia	9
2. Declarações para memória futura. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual Juliana Isabel Freitas Barros	41
3. Declarações para memória futura. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual Marta Cristina Mendes Ferreira	69
4. Declarações para memória futura. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual Sara Cristina Ermida Cravo	99
5. Declarações para Memório Futura. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual Susana Cristina Silva Jóia	135
6. Declarações para memória futura. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual Joana Gouveia Juliana Barros Marta Ferreira Sara Cravo Susana Jóia	163
7. Prova em processo penal: Exame ou perícia? Respetivo valor probatório. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual Ana Carlota L. P. Aguiar da Rocha	189
8. Prova em processo penal: exame ou perícia? Respetivo valor probatório. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual. Catarina Marques Carloto De Castro	217
9. Prova em Processo Penal: exame ou perícia? Respetivo valor probatório. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual Elsa Rodrigues Maia Bértolo	243
10. Prova em Processo Penal: exame ou perícia? Respetivo Valor probatório. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual Tânia Patrícia Francisco Pedrosa	271

11. Prova em processo penal: Exame ou perícia? Respetivo valor probatório. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual

301

Carlota Rocha

Catarina Carloto de Castro

Elsa Bértolo

Paulo Soares

Tânia Pedrosa

1. DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA

Enquadramento jurídico, prática e gestão
processual

Joana Filipa Nunes Gouveia



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Joana Filipa Nunes Gouveia

- I. Introdução
- II. Objectivos
- III. Resumo
 - 1. Enquadramento jurídico
 - 1.1. Natureza das declarações para memória futura
 - 1.2. Regime jurídico: evolução legislativa
 - 1.3. Os fundamentos das declarações para memória futura
 - 1.3.1. Doença grave
 - 1.3.2. Deslocação para o estrangeiro
 - 1.3.3. A vítima de crime de tráfico de pessoas ou crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual
 - 1.3.4. Do particular caso das crianças enquanto vítimas
 - 2. A lei de protecção de testemunhas
 - 3. O regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica e à protecção e assistência das suas vítimas
 - 4. O estatuto da vítima
 - 5. Traços gerais do procedimento e da realização da diligência
 - 5.1. Da legitimidade
 - 5.2. Do requerimento
 - 6. Questões concernentes ao procedimento e à realização da diligência
 - 6.1. Da realização de declarações para memória futura em processo sujeito a segredo de justiça
 - 6.2. A repetição da prova anteriormente produzida
 - 6.3. A questão particular das declarações para memória futura prévia à constituição de arguido
 - 6.4. Leitura e valoração das declarações para memória futura em audiência de julgamento
 - 7. Prática e gestão processual
 - 7.1. Considerações introdutórias: a importância do papel do Ministério Público
 - 7.2. A particular necessidade de articulação entre o magistrado do Ministério Público titular do inquérito e o magistrado junto do Juízo de Família e Menores
 - 7.3. O aproveitamento das declarações para memória futura no processo de promoção e protecção
 - 8. Referências bibliográficas

I. Introdução

“Se no passado se vê o futuro, e no futuro se vê o passado, segue-se que no passado e no futuro se vê o presente, porque o presente é futuro do passado, e o mesmo presente é o passado do futuro”¹

As declarações para memória futura previstas no artigo 271.º do Código de Processo Penal são declarações que têm por escopo preservar para memória futura declarações que interessarão num momento posterior do processo criminal, em concreto, na audiência de discussão e julgamento.

¹ Pe. António Vieira, *in* Sermão de Quarta Feira de Cinza, pregado em Roma, na Igreja de S. António dos Portugueses, no ano de 1672.

A produção de declarações para memória futura configura assim uma antecipação da audiência, porém, não podemos esquecer que uma coisa é a produção antecipada de prova e outra coisa é o exame dessa prova em audiência de julgamento e, conseqüentemente, a apreciação dessa mesma prova pelo juiz de julgamento.

A prestação de declarações para memória futura tem previsão legal nos artigos 271.º, 294.º e 320.º do Código de Processo Penal, preceitos legais respectivamente inseridos nas fases de inquérito, instrução e julgamento.

Com efeito, verificados os pressupostos legais em que a produção é processualmente admitida, as declarações para memória futura constituem um modo de produção de prova pessoal submetido a regras específicas para acautelar o respeito dos princípios basilares do nosso sistema processual penal, entre os quais, destaca-se o princípio do contraditório.

A lei consagra, de modo expresse, o que pode determinar a realização da produção antecipada de prova consistente na tomada de declarações para memória futura, nomeadamente, quando uma testemunha esteja gravemente doente ou ainda quando se preveja que possa ter de se deslocar para o estrangeiro e quando esteja em causa uma vítima de crime de tráfico de pessoas ou crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual, passando o legislador a consagrar a obrigatoriedade deste procedimento quando se trate de vítima menor de crime sexual.

Este procedimento é motivado, essencialmente, por duas ordens de razão, por um lado, conseguir obter o depoimento de pessoas que previsivelmente não poderão estar presentes em julgamento e cuja inquirição se mostra essencial para o apuramento da verdade e, por outro lado, evitar que uma vítima tenha de repetir a narração de factos que lhe sejam particularmente difíceis de relatar, porque dolorosos de relembrar.

As declarações para memória futura são assim tomadas para que possam, se necessário, serem apreciadas e levadas em conta pelo tribunal no julgamento.

II. Objectivos

O objectivo do presente trabalho é, de uma forma simplificada, reafirmar a natureza e as finalidades subjacentes ao instituto das declarações para memória futura, aproveitando a exposição do enquadramento e regime jurídico inerente a tal instituto para estabelecer a ligação com a prática judiciária.

Na verdade, o regime das declarações para memória futura assume especial importância atenta a expressão que o crime de violência doméstica e os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual têm assumido no nosso ordenamento jurídico, sendo, portanto, um acto processual que tem vindo a assumir uma importância crescente perante a necessidade de protecção das vítimas de tais crimes.

Certo é que, este trabalho não abarca todas as questões práticas que o instituto das declarações para memória futura tem suscitado na prática judiciária ou sequer esgota todos os desenvolvimentos inerentes às questões que efectivamente irão ser abordadas.

O esforço despendido neste trabalho visa assim abordar algumas das querelas que se entenderam como pertinentes e que permitem um enquadramento abrangente sobre tal tema.

Por tal motivo, entendemos que o presente estudo destina-se ao leitor que pretenda obter um conhecimento lato sobre o instituto das declarações para memória futura, bem como ambicione, *a posteriori*, problematizar algumas das questões que inevitavelmente se colocam neste “jogo de equilíbrios” em que a decisão encontra-se no “fio da navalha”.²

III. Resumo

O trabalho tem como tema “Declarações para memória futura – Enquadramento jurídico, Prática e Gestão processual” e encontra-se dividido em duas partes principais, em específico, uma primeira parte designada “Enquadramento jurídico” e uma segunda denominada “Prática e Gestão Processual”.

A parte designada “Enquadramento jurídico” compreende diversos capítulos que, por sua vez, compreendem subcapítulos, nos quais se procurou realizar um enquadramento teórico do instituto das declarações para memória futura.

No primeiro capítulo, o qual designamos “Natureza e Finalidades das Declarações para Memória Futura”, foi nossa intenção abordar, em termos sucintos, a natureza das declarações para memória futura, por outras palavras, em que se traduzem e para que servem.

Num segundo capítulo é realizado um périplo pela evolução legislativa que se foi desenrolando ao longo dos anos, permitindo assim ter uma percepção sobre as necessidades que foram motivando as ditas alterações legislativas, motivo pelo qual tal capítulo é intitulado “Regime Jurídico: Evolução Legislativa”.

Num terceiro capítulo, “Os Fundamentos das Declarações para Memória Futura”, são dissecados os fundamentos que subjazem às declarações para memória futura, tendo-se conferido especial atenção às peculiaridades que circundam os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual, bem como, as particulares necessidades que se elevam quando tais crimes têm como vítimas crianças.

Num quarto e quinto capítulo é feita uma referência aos diplomas legislativos que regulam, respectivamente, a Lei de Protecção de Testemunhas, o Regime Jurídico aplicável à Prevenção

² Cf. Silva, Júlio Barbosa e, in “Por quem os sinos dobram” – As Declarações para memória futura, a sua (des)necessidade no âmbito da lei tutelar educativo e o contraditório no âmbito da jurisprudência nacional e do TEDH”, Revista Julgar – n.º 19, Coimbra Editora, 2013, p. 178.

da Violência Doméstica e à Protecção e Assistência das suas vítimas e o Estatuto da Vítima, permitindo-nos assim estabelecer uma articulação com o regime jurídico previsto no artigo 271.º do Código de Processo Penal.

Num sexto capítulo denominado “Traços Gerais do Procedimento e da Realização da Diligência” são mencionados, de forma muito sintética, dois dos aspectos processuais considerados como mais relevantes para a coerência do presente trabalho, nomeadamente, a legitimidade para requerer o acto processual e o requerimento propriamente dito.

Como parte final, “Questões concernentes ao Procedimento e à Realização da Diligência”, foram compiladas determinadas questões práticas que têm sido suscitadas pela doutrina e pela jurisprudência, visando-se por este meio estabelecer a ligação com a segunda parte deste trabalho que tem como foco a aplicação prática de tal instituto pela Magistratura do Ministério Público. Em concreto, entendeu-se desenvolver, dentro dos limites estruturais inerentes ao presente trabalho, as seguintes temáticas: a realização de declarações para memória futura em processo sujeito a segredo de justiça, a repetição da prova anteriormente produzida, a questão particular das declarações para memória futura prévia à constituição de arguido e, por último, a leitura e valoração das declarações para memória futura em audiência de julgamento.

Na parte designada “Prática e Gestão Processual” é realizada uma articulação entre os conhecimentos teóricos referidos num primeiro momento e as necessidades que a aplicação prática de tal instituto suscita junto da Magistratura do Ministério Público.

1. Enquadramento jurídico

1.1. Natureza das declarações para memória futura

O instituto das declarações para memória futura é comumente caracterizado como uma antecipação parcial da audiência de julgamento envolta numa concordância prática de interesses que se materializam no interesse público da descoberta da verdade material, na conservação da prova e, por fim, na protecção da vítima. Por tal motivo entende-se que as mesmas representam um modo de produção antecipada da prova, porquanto representam uma excepção ao disposto pelo artigo 355.º, n.º 1, do Código de Processo Penal que prevê *“não valem em julgamento, nomeadamente para efeito de formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência”*.

Nas palavras de Paulo Dá Mesquita *“as declarações para memória futura não constituem um simples meio de conservação da prova testemunhal nos casos de doença grave ou deslocação para o estrangeiro da fonte de prova, mas representam um direito que aos sujeitos processuais é conferido de garantir aquela prova (...) passaram também a poder constituir um instrumento de protecção das próprias fontes de prova. As declarações para memória futura são, ainda, uma via que, em termos de efeitos colaterais, minora os problemas epistemológicos da*

*produção de prova derivados do afastamento temporal entre a percepção e o momento de prestação do testemunho”.*³

O recurso às declarações para memória futura prende-se, substancialmente, por duas ordens de razões, por um lado, a previsível impossibilidade de comparência à audiência de discussão e julgamento originada por doença grave ou deslocação para o estrangeiro e, por outro lado, a especial vulnerabilidade das vítimas em determinados tipos de crime, em particular, o crime de tráfico de pessoas e os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual.

Posto que, em todas as situações está subjacente o propósito de evitar que a obtenção de determinada prova necessária para o apuramento da verdade se torne impossível, mas no que concerne às vítimas vulneráveis tem-se também por escopo garantir a sua protecção e a genuinidade das suas declarações.

1.2. Regime jurídico: evolução legislativa

As finalidades e os pressupostos processuais de aplicação do instituto das declarações para memória futura nem sempre se desenharam nos moldes que hoje conhecemos, antes tem-se verificado um crescendo na sua importância e utilização atentas as necessidades processuais e extraprocessuais que se enraizaram no nosso sistema processual penal.

Acreditamos que é crucial a realização de um périplo legislativo pelas diferentes alterações legislativas que se verificaram, pois só esse conhecimento nos permitirá transmitir, de uma forma mais clara e completa, a génese das declarações para memória futura.

O instituto das declarações para memória futura nem sempre encontrou previsão normativa no nosso sistema jurídico criminal, antes por referência ao artigo 1.º do Código de Processo Penal, era aceite a possibilidade de recorrer ao regime da produção antecipada de prova previsto nos artigos 520.º e 521.º do Código de Processo Civil.

O regime regulado nos artigos 520.º e 521.º do Código de Processo Civil encontrava-se verdadeiramente enraizado na exigência de um “*periculum in mora*”, por outras palavras, o risco de a produção de determinado tipo de prova se revelar de extrema dificuldade. Tal regime exigia assim, a verificação de determinados pressupostos que se traduziam, em termos gerais:

- (i) Na justificação sumária da necessidade da antecipação;
- (ii) A menção precisa dos factos sobre que há-de recair a antecipação; e
- (iii) O pedido e os fundamentos da demanda.

O primeiro esboço legislativo-criminal do instituto das declarações para memória futura, claro está que em traços distintos dos que hoje conhecemos, foi levado a cabo pelo Decreto-Lei n.º

³ Cf. Mesquita, Paulo Dá, in “*A prova do crime e o que se disse antes do julgamento – Estudo sobre a prova no Processo Penal Português à Luz do Sistema norte-americano*”, Coimbra Editora, 2011, pp. 596 a 615.

605/75, de 3 de Novembro, no qual se estabeleceu que *“Havendo justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas, poderá o mesmo, a requerimento das partes ou por iniciativa do tribunal, ser produzido antecipadamente logo após se ter deduzido a acusação ou requerido o julgamento”*, conforme artigo 15.º, n.º 1, do dito diploma legislativo. Mais se acrescentando no seu n.º 2 que *“O requerimento para produção antecipada de prova deverá ser formulado, quando possível, na dedução da acusação ou no requerimento para julgamento”*.

Na verdade, só com a publicação do Código de Processo Penal aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, foi expressamente previsto no artigo 271.º o instituto das declarações para memória futura, no qual se estabeleceu no seu n.º 1 que *“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”*.

Tal redacção normativa viria, no entanto, a ser objecto de alteração no ano de 1998, através da Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, acrescentando-se que também *“nos casos de vítimas de crimes sexuais”* se poderia lançar mão do instituto ora em apreço.

Posteriormente, no ano de 2007, com a revisão do Código de Processo Penal promovida pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, a redacção do artigo 271.º do Código de Processo Penal sofreu uma significativa alteração, passando a ter como redacção:

“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 comparecência 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”.*

Por referência ao périplo supra traçado das alterações legislativas que marcaram e pautaram o regime das declarações para memória futura, é-nos possível afirmar que tais alterações têm-se repercutido, mormente, no seu âmbito de aplicação, na obrigatoriedade da sua realização, na participação dos sujeitos processuais na diligência, nas condições da sua realização, nas regras da prestação de declarações, na documentação da diligência e, por fim, na renovação do depoimento em julgamento.⁴

Sem prejuízo do referido, da sistematização indicada assume particular importância o alargamento do âmbito de aplicação das declarações para memória futura, porquanto tal regime deixou de ter por premissa somente a previsão da impossibilidade de comparência na audiência de discussão e julgamento para passar também a contemplar os casos em que existem vítimas de crime de tráfico de pessoas e crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual. Por outro lado, a realização de tal acto processual passou a ser obrigatória quando em causa estejam vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual menores de 18 anos. Por outro lado ainda, passou ainda a exigir-se a presença do Ministério Público e do defensor. Por último, assume especial destaque o facto de o legislador ter determinado quais as condições em que a renovação do depoimento em sede de julgamento se afigura como possível.

Do referido, constata-se que o regime das declarações para memória futura evoluiu de uma natureza puramente cautelar, em que visava assegurar tão-só a antecipação da produção de prova, para uma natureza mista – cautelar e de protecção – em que passou também a ter como premissa proteger e evitar a exposição permanente das vítimas, sempre ao abrigo de uma crescente jurisdicionalização por forma a assegurar os direitos fundamentais do arguido e o respeito por um processo equitativo.⁵

⁴ Cf. Carmo, Rui do, in “*Declarações para memória futura – Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual*”, Revista no Ministério Público 34, Abril-Junho 2013, pp. 121 e 122.

⁵ A preocupação em resguardar a vítima nos casos de processos-crime de natureza sexual e, concomitantemente, assegurar o respeito por um processo equitativo foi igualmente reafirmado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que, no Acórdão Baegen contra a Holanda, de 27 de Outubro de 1995, no seu parágrafo 47 refere que o confronto das vítimas de crimes sexuais com o arguido representa uma provação, motivo pelo qual se “*aceita que em casos de procedimentos criminais respeitantes a abuso sexual, certas medidas sejam tomadas com o propósito de protecção da vítima, desde que tais medidas possam ser conciliadas com um adequado e efectivo exercício dos direitos da defesa*”.

1.3. Os fundamentos das declarações para memória futura

As declarações para memória futura, enquanto prova *ad perpetuam rei memoriam*, traduzem-se assim na possibilidade de tomada de depoimentos às testemunhas ou de declarações ao assistente, às partes civis, aos peritos e aos consultores técnicos, ou de realização de acareações, pelo juiz de instrução, em sede de inquérito, ou de instrução, com vista à sua posterior utilização em audiência de discussão e julgamento.⁶

Conforme decorre do já referido nos parágrafos pretéritos, são três os fundamentos que justificam a antecipação da tomada de declarações, designadamente:

- i) Doença grave;
- ii) Deslocação para o estrangeiro;
- iii) Vítimas de crime de tráfico de pessoas e crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual.

Dos fundamentos supra indicados, os dois primeiros referidos, apesar de advirem de circunstancialismos dissemelhantes, são procedentes de um juízo de previsão e impossibilidade, isto é, um juízo de prognose que redunde no facto de a testemunha, assistente, partes civis, perito ou consultor, não poder comparecer no momento de realização da audiência de julgamento.

Mas debruçemo-nos sobre cada um dos fundamentos.

1.3.1. Doença grave

No que respeita ao primeiro referido, já as Ordenações Filipinas previam a circunstância dos intervenientes “*que são muito velhas, ou enfermas de grande enfermidade*”.

Na verdade, o termo doença previsto no artigo 271.º, n.º 1, do Código de Processo Penal compreende quer a doença física quer a doença psíquica, desde que tal represente e se afigure como um impedimento de a testemunha participar em sede de audiência de julgamento, por outras palavras, a doença tem de se apresentar como grave, em termos de ser previsível que tal estado impossibilite a comparência no acto processual, e actual, na medida em que tem de se verificar à data da determinação do acto processual e à data da sua realização.

A este propósito, Paulo Pinto de Albuquerque escreveu mesmo que o conceito de doença compreende quer o caso de doença física permanente, quer o caso de doença psíquica crónica

⁶ Cf. Veiga, António Miguel, in “*Notas sobre o âmbito e a natureza dos depoimentos (ou declarações) para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais (ou da razão de ser de uma aparente “insensibilidade judicial” em sede de audiência de julgamento*”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 19, n.º 1, Coimbra Editora, Janeiro-Março 2009, p. 106.

ou degenerativa, quer o caso de doença de efeito intermitente em que haja risco considerável de ocorrência de um novo episódio da doença.⁷

1.3.2. Deslocação para o estrangeiro

No que concerne à deslocação para o estrangeiro que previsivelmente impeça a testemunha de ser inquirida em julgamento, exige-se que tal deslocação assuma um carácter indeterminado ou, pelo menos, uma durabilidade que transcenda a data previsível para a realização do julgamento.

Na verdade, considerando a “normal” morosidade judiciária, torna-se por vezes impossível conciliar uma eventual deslocação para o estrangeiro, que não raras as vezes assume uma duração indeterminada ou não prever uma data de regresso, e a realização da audiência de discussão e julgamento. Tal fundamento assume ainda particular destaque se considerarmos o crescente fluxo de cidadãos estrangeiros e emigrantes que visitam o território nacional, cuja estadia fugaz não se compatibiliza com o ritmo judiciário do ordenamento jurídico português.

1.3.3. A vítima de crime de tráfico de pessoas ou crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual

É comumente referido que o recurso a declarações para memória futura nos casos de crimes de tráfico de pessoas e contra a liberdade e a autodeterminação sexual prende-se no facto de *“o dever de testemunhar comportar um assinalável efeito de vitimização secundária em que a pessoa é levada a reviver os sentimentos negativos (medo, ansiedade, dor) experimentados aquando da infracção, efeito este especialmente intenso e pernicioso se estiver em causa um núcleo muito restrito de intimidade pessoal como sucede no âmbito dos crimes sexuais”*.⁸

Embora resulte de forma clara da redacção legislativa, é de sobejo importância salientar que a inquirição para memória futura das vítimas de crime de tráfico de pessoas e crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual não exige que se verifique uma impossibilidade de a mesma comparecer em audiência de julgamento. Outrossim, quando em investigação estejam crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual, tal inquirição assume um carácter de obrigatoriedade quando a vítima tenha idade inferior a 18 anos, ou seja, a vítima terá sempre de prestar declarações para memória futura.

Em relação ao crime de tráfico de pessoas, é entendido que *“tal tipo de procedimento é, até, aconselhável como regra, tendo em conta a extrema mobilidade das vítimas (que não raro*

⁷ Cf. Albuquerque, Paulo Pinto de, in *“Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”*, 4ª Edição, Universidade Católica Editora, 2011, p. 684.

⁸ Cf. Silva, Sandra Oliveira e, in *“A Protecção de Testemunhas no Processo Penal”*, Coimbra Editora, 2007, pp. 111 e 112.

*pretendem, Pós eclosão do processo, mudar de paradeiro e sumirem-se do alcance dos exploradores) e, também, a sua tendencial volubilidade face a pressões”.*⁹

O recurso ao instituto das declarações para memória futura, quando *in casu* estejam os crimes mencionados, procura evitar os danos psicológicos implicados na evocação sucessiva pelo declarante da sua dolorosa experiência e a sua exposição em julgamento público, bem como fixar os elementos probatórios relevantes a partir do primeiro relato presumivelmente mais próximo e espontâneo, procurando-se assim evitar o perigo de contaminação da prova.¹⁰

Segundo António Miguel Veiga, *“o apontado intuito assumidamente protector em relação à presumível vítima denota, além do mais, a consciência da fragilidade dos meios probatórios no domínio dos crimes sexuais, sobretudo quando entre o momento da prática dos factos a investigar e o momento da produção probatória em audiência de julgamento medeia um período de tempo relevante (...) a cada momento que passa, mais difícil e onerosa, sob diversos pontos de vista, se revela a possibilidade de obtenção dos meios de prova consabidamente dependentes da voluntas e da “oscilação psicológica” humana”.*¹¹

A experiência científica nesta área tem-nos chamado à atenção para o facto de as vítimas dos tipos de crime ora em apreço, tendem a não verbalizar de forma exaustiva o sucedido, antes fazem-no com recurso a retalhos de memória selectivos. Neste contexto criminal, as vítimas muitas das vezes remetem-se a um penoso silêncio, recatando a traumática experiência de que foram vítima.¹²

Este contexto já por si melindroso e delicado, é ademais agravado pela idade da vítima, que pela sua situação, muitas vezes familiar do agente, e pelas limitadas capacidades intelectuais inerentes à desordem de desenvolvimento da personalidade de que padece, merecem especial tratamento.

⁹ Cf. Simões, Euclides Dâmaso, in *“Tráfico de Seres Humanos: Prevenção e Repressão à luz do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo”*, Revista Julgar, 2009, p. 11.

¹⁰ Cf. Bucho, José Manuel Saporiti Machado da Cruz, in *“Declarações para memória futura – elementos de estudo”*, 2-4-2012, p. 38.

¹¹ Cf. Veiga, António Miguel, in *“Notas sobre o Âmbito e a natureza dos depoimentos (ou declarações) para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais (ou da razão de ser de uma aparente “insensibilidade judicial” em sede de audiência de julgamento”*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 19, n.º 1, Coimbra Editora, Janeiro – Março 2009, pp. 108 e 109.

¹² De acordo com Sandra Oliveira e Silva, *“de entre as multímodas situações de risco para a testemunha que a fenomenologia da realidade deixa entrever, são claramente autonomizáveis dois núcleos típicos, a que correspondem outras tantas categorias normativas: a das chamadas «testemunhas vulneráveis», pessoas para as quais a mera intervenção nos actos processuais comporta de per si um considerável dano, atenta a imaturidade das suas estruturas psíquicas (crianças, doentes mentais) ou a especial natureza dos actos criminosos observados (crimes sexuais, violência familiar, etc.) e a das «testemunhas intimidadas ou ameaçadas», em que o risco de lesão, embora agravado em virtude da colaboração com a administração da justiça, deverá ser imputado a uma actuação do arguido ou outra pessoa”.*

Cf. Silva, Sandra Oliveira, in *“A Protecção de Testemunhas no Processo Penal”*, Coimbra Editora, 2007, p. 29.

1.3.4. Do particular caso das crianças enquanto vítimas

Com efeito, são indiscutíveis as especificidades inerentes aos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual perpetrados contra crianças, sendo vários os diplomas internacionais que marcaram e traçaram o caminho para a construção do direito nacional, impelindo uma maior consciencialização da criança enquanto vítima.

Dos instrumentos legislativos que se debruçaram sobre a matéria, entre outros, destacamos a Recomendação Rec(2001)16 do Comité de Ministro do Conselho da Europa sobre a protecção das crianças contra a exploração sexual, a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho da União Europeia, de 15/3/2001, a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho da União Europeia, de 22/12/2003, a Resolução 2005/20 do Conselho Económico e Social das Nações Unidas, a Recomendação CM/Rec(2012)2 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros sobre a participação de crianças e jovens abaixo dos 18 anos de idade, porquanto tais instrumentos estabelecem *guidelines* sobre a percepção da criança enquanto vítima e testemunha no âmbito dos processos-crime.

Do rol de instrumentos internacionais que versam sobre esta temática, temos de conferir um maior destaque à Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, assinada em Lanzarote no dia 25 de Outubro de 2007, na medida em que esta, frequentemente, designada “Convenção de Lanzarote”, passou a reclamar uma interpretação do regime das declarações para memória futura consentânea com o “superior interesse da criança”.

Do texto legal da Convenção de Lanzarote destaca-se o artigo 35.º, n.º 1, alínea e), o qual prevê que “o número de audições seja limitado ao mínimo e na estrita medida do necessário à evolução do processo”, devendo-se tal circunscrição ao facto de “o recontar dos factos de que foi vítima poder despoletar a expressão de sentimentos extremamente intensos e emotivos acerca desta experiência traumática”.¹³ Não obstante, tem-se verificado que a prática judiciária não é uniforme nesta matéria, verificando-se que não raras as vezes a inquirição judicial da vítima, mormente, da criança, ocorre em diversos momentos, seja por órgãos de polícia criminal, seja por entidades com responsabilidade na protecção e promoção, seja pelo Ministério Público¹⁴, com prejuízo de “para além de ser penosa para a criança, leva a distorções da informação e, conseqüentemente, a alterações da percepção e relato do facto vivido, o que dificulta claramente a investigação judicial e a integração psicológica da situação por parte da criança”.¹⁵

¹³ Cf. Carmo, Rui do, in “Declarações para memória futura e a Convenção de Lanzarote”, Junho 2015, p. 17.

¹⁴ A este propósito, Catarina Ribeiro debruçou-se sobre os processos judiciais de abuso sexual intrafamiliar, concluindo que as crianças, em média, contaram 8 vezes os factos em investigação, retractando inclusive uma situação em particular em que uma criança de 11 anos, aquando a realização da avaliação psicológica referiu que “Eu contei a dois polícias e eles foram simpáticos mas depois tive de dizer ao hospital e depois os polícias foram a minha casa e perguntaram outra vez e agora estou aqui...e a primeira vez que contei já foi há muito tempo...a Dra. ainda não sabe?”

Cf. Ribeiro, Catarina, in “A Criança na Justiça, Trajectórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar”, Almedina, 2009, p. 175.

¹⁵ Cf. Ribeiro, Catarina, in “A Criança na Justiça, Trajectórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar”, Almedina, 2009, p. 121.

Com efeito, acreditamos que no que respeita às crianças, mas de uma forma transversal a qualquer relato factual, um planeamento material de tais audições permitiria evitar ulteriores audições, até porque o arrastar, o prolongar e o repetir do acontecimento é contraproducente, encontrando-se cientificamente comprovado, como referido, que o relato mais exacto é o primeiro.

Claro está que o regime das declarações para memória futura não se apresenta como um impedimento à realização de uma “reinqüição” da vítima, até porque o desenrolar da investigação criminal pode tornar necessário esclarecer algum circunstancialismo que se desconhecia aquando a primeira inquirição, mas tal acto processual deverá ser o mais completo e abrangente possível atenta a realidade fáctica já conhecida.

Em respeito pelos instrumentos legislativos internacionais, o legislador definiu no n.º 4 do artigo 271.º do Código de Processo Penal que, 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 técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito, que possa estabelecer a ponte de contacto entre a criança e as figuras judiciais.

No entanto, tal previsão normativa não se encontra sustentada por uma prática judiciária capaz, revelando-se esta bastante deficitária, desde logo por a grande maioria dos tribunais não dispor de um local para o efeito, mas também por ser inegável a realização de múltiplas inquirições da criança pelas diversas entidades envolvidas na sua salvaguarda.

2. A lei de protecção de testemunhas

A redacção do artigo 271.º, n.º 1, do Código de Processo Penal leva-nos a questionar sobre a forma de tomada de declarações de vítimas de crimes fora do catálogo supra referido, nomeadamente, vítimas do crime de maus tratos previsto no artigo 152.º - A do Código Penal, do crime de ofensa à integridade física qualificada, também previsto no Código Penal no seu artigo 145.º, em que também aqui as vítimas podem revelar especial vulnerabilidade, isto porque, a redacção do artigo 271.º, n.º 1, do Código de Processo Penal não oferece margem para dúvidas quanto ao seu âmbito de aplicação.

O ordenamento jurídico português através da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho – Lei de Protecção de Testemunhas veio regular a aplicação de medidas para protecção de testemunhas em processo penal, prevendo, no seu artigo 26.º, n.º 1, que tratando-se de testemunhas especialmente vulneráveis a autoridade judiciária providencie para que a audição da vítima ocorra nas melhores condições possíveis, salvaguardando-se a espontaneidade e sinceridade do relato.¹⁶ De acordo com o artigo 26.º, n.º 2, do dito diploma legal, a especial

¹⁶ A este propósito, deixamos uma breve referência à Decisão-Quadro do Conselho, de 15 de Março de 2001, que no seu artigo 8.º, n.º 4, estabeleceu que “Quando for necessário proteger as vítimas, designadamente as mais vulneráveis, dos efeitos do seu depoimento em audiência pública, cada Estado-Membro assegura o direito de a

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 pessoa da própria família ou de grupo social fechado em que esteja inserida numa condição de dependência.

O regime de protecção de testemunhas especialmente vulneráveis introduzido pela Lei n.º 93/99, de 14 de Julho não se apresenta como um regime contraditório ao previsto no artigo 271.º do Código de Processo Penal, antes se apresenta como complementar.

O artigo 28.º, n.º 2, da Lei de Protecção das Testemunhas ao estabelecer que *«sempre que possível, deverá ser evitada a repetição da audição da testemunha especialmente vulnerável durante o inquérito, podendo ainda ser requerido o registo nos termos do artigo 271.º do Código de Processo Penal»*, veio assim alargar o âmbito de aplicação deste instituto, na medida em que deixa de ter uma mera função cautelar e de proteger as vítimas de certo tipo de crimes, para passar a abranger todas as pessoas que se incluam no conceito de testemunha especialmente vulnerável, tal como ele se encontra definido pelos artigos 2.º, alínea a), e 26.º, n.º 2, da Lei de Protecção das Testemunhas, abrangendo por esta forma qualquer tipo de crime. A Lei de Protecção das Testemunhas destaca-se, no entanto, do regime estabelecido no artigo 271.º do Código de Processo Penal, por um lado, quando no seu artigo 28.º estabelece que a testemunha especialmente vulnerável deve ser inquirida *“o mais brevemente possível após a ocorrência do crime”*, procurando assim salvaguardar e preservar a fidedignidade e sinceridade das declarações, por outro lado concretiza as funções do técnico que acompanha a vítima especialmente vulnerável no acto processual e, por outro lado ainda, prevê um eventual contacto prévio da testemunha com o juiz e o local da inquirição e define os termos da execução da audição da vítima.

Os artigos 26.º a 31.º da Lei de Protecção das Testemunhas definem assim todo o procedimento inerente à audição das testemunhas especialmente vulneráveis, tendo sempre por premissa assegurar a espontaneidade e a sinceridade das respostas e a protecção da própria testemunha.

3. O regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica e à protecção e assistência das suas vítimas

A Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, estabelece o Regime Jurídico aplicável à prevenção da Violência Doméstica e à Protecção e Assistência das suas vítimas, e previu no seu artigo 33.º um regime formalmente autónomo para a prestação de declarações para memória futura das vítimas de violência doméstica, embora em pouco se diferencie do constante do artigo 271.º do Código de Processo Penal.

Em concreto, o n.º 1 do dito preceito legal dispõe expressamente que *“o juiz, a requerimento da vítima ou do Ministério Público, pode proceder à inquirição daquela no decurso do inquérito, a fim de que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no*

vítima poder beneficiar, por decisão judicial, de condições de depoimento que permitam atingir esse objectivo por qualquer meio compatível com os seus princípios jurídicos fundamentais”.

juízo”, isto porque, nos casos de crimes de violência doméstica a tomada de declarações para memória futura não decorre *ope legis*, como acontece como vimos com as vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual, em que a tomada de declarações para memória futura em determinadas situações é obrigatória, conforme prevê o artigo 271.º, n.º 2, do Código de Processo Penal.

Assim sendo, não sendo obrigatória a prestação de declarações para memória futura da vítima de violência doméstica, coloca-se a questão de saber qual o critério a utilizar na apreciação da pertinência e necessidade de realização de declarações para memória futura.¹⁷

Atendendo à especial vulnerabilidade que as vítimas de violência doméstica comumente revelam, tal juízo não pode deixar de ser feito de uma forma casuística, apreciando as especificidades que se fazem sentir em cada caso concreto, mas sempre tendo por referência o interesse da vítima.

A verdade é que o instituto das declarações para memória futura apresenta-se como o meio mais eficaz e pertinente, porquanto permite evitar a repetição da audição da vítima, protegê-la do perigo da revitimização e, concomitantemente, assegurar a genuinidade do depoimento, pois em tempo útil, é possível recolher as declarações da vítima que, não raras as vezes, se apresenta como o principal e único elemento de prova neste tipo de criminalidade. A este propósito, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de Janeiro de 2012 entendeu-se que *“esse critério há-de resultar de uma ponderação entre o interesse da vítima de não ser inquirida senão na medida do estritamente indispensável à consecução das finalidades do processo e o interesse da comunidade na descoberta da verdade e na realização da justiça”*.¹⁸

4. O estatuto da vítima

Movido pelo relevo que a vítima assume hodiernamente junto do nosso processo penal, o legislador através da Lei n.º 130/2015, de 4 de Setembro veio instituir a vítima enquanto sujeito do processo penal, veja-se o artigo 67.º-A do Código de Processo Penal, em particular o seu n.º 1, alínea b), que define de forma não taxativa o conceito de vítima especialmente vulnerável enquanto *“vítima cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua idade, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do facto e o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social”*.

¹⁷ Com o intuito de evitar pressões ou condicionalismos que prejudiquem a liberdade de declaração das vítimas, contribuir com qualidade para a descoberta da verdade material e reduzir o mais possível os efeitos traumáticos associados a múltiplos contactos com as instituições judiciais, através da Instrução n.º 1/2019, no D.I.A.P. da Comarca de Lisboa Oeste, determinou-se que *“nos processos de violência doméstica e/ou de maus tratos, sempre que os arguidos se encontrem sujeitos a medida de coacção privativa de liberdade (prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação), o Ministério Público deverá requerer a tomada de declarações para memória futura das vítimas”*.

¹⁸ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de Janeiro de 2012, Relator Carlos Almeida, Proc. 689/11.5PBPD-3, disponível em www.dgsi.pt.

O Estatuto da Vítima assume também particular importância na questão que ora nos debruçamos, porquanto no seu artigo 24.º foi consagrado que *“o juiz, a requerimento da vítima especialmente vulnerável ou do Ministério Público, pode proceder à inquirição daquela no decurso do inquérito, a fim de que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento, nos termos e para os efeitos previstos no artigo 271.º do Código de Processo Penal”*.

Pelo exposto, torna-se claro que também as vítimas especialmente podem de forma antecipada prestar declarações para memória futura, conferindo-lhes inclusive legitimidade para o requerer, enquanto medida especial de protecção nos termos do disposto pelo artigo 21.º, n.º 2, alínea d) e 24.º do referido diploma.

5. Traços gerais do procedimento e da realização da diligência

5.1. Da legitimidade

Sem prejuízo do referido a propósito dos artigos 33.º, n.º 1, e 24.º, respectivamente, Leis n.º 112/2009, de 16 de Setembro e Lei n.º 120/2015, de 4 de Setembro, em particular, a legitimidade conferida à vítima para requerer a prestação de declarações para memória futura, importa deixar claro que o recurso a tal instituto, nos termos definidos no Código de Processo Penal, encontra-se dependente do impulso processual promovido pelo Ministério Público, arguido, assistente ou partes civis, nos termos do artigo 271.º, n.º 1, do referido diploma legal. A legitimidade para requerer o recurso a tal acto processual encontra-se assim excluída do âmbito de actuação do ofendido per si não constituído assistente e do suspeito.

Não obstante o referido, a realização de declarações para memória futura requerida pelo Ministério Público assume uma acentuada expressão no nosso ordenamento jurídico, entendendo-se que tal desfasamento, no que respeita ao arguido, possa ser motivado por este temer que com tal acto processual melindre a sua posição ou exponha a sua estratégia de defesa.

Considerando o rol de sujeitos processuais que dispõe de legitimidade para requerer a realização de declarações para memória futura, é perceptível ou, pelo menos, previsível, que tal requerimento possa, eventualmente, contender com a estratégia de investigação ou até mesmo com os prazos de inquérito legalmente definidos.

A verdade é que a lei não previu o facto de a realização de tal acto processual poder representar um revés para o processo de investigação criminal, todavia, a perniciosidade que tal requerimento possa representar para a investigação criminal encontra-se minorada porquanto, e como referido, na grande maioria dos casos é o Ministério Público quem pugna pelo recurso a tal acto processual, permitindo-se assim uma estreita articulação entre o formalismo inerente às declarações para memória futura e a investigação e o respectivo procedimento criminal.

5.2. Do requerimento

No que respeita ao requerimento para realização de declarações para memória futura per si, claro está que só pode ser realizado por quem tem legitimidade para o efeito e deve escarpelizar quais os pressupostos e necessidades que justificam a realização de tal acto processual, pois só assim, através de uma articulação entre os pressupostos processuais e o caso concreto, poderá o juiz de instrução realizar um juízo de utilidade e premência quanto à sua realização.

Assim sendo, e socorrendo-nos da sistematização oferecida por Cruz Bucho, o requerimento deverá conter, designadamente:

- (i) A indicação da prova a produzir, identificando-se as pessoas que devem ser ouvidas e as condições em que tal deverá ocorrer;
- (ii) A descrição dos factos sobre os quais devem recair as declarações, bem como as razões da sua importância para a decisão da causa;
- (iii) Indicação das razões por que se mostra relevante a audição de tais pessoas; e, por último,
- (iv) A justificação ainda que sumária da necessidade da antecipação.¹⁹

No que concerne a este último passo argumentativo, isto é, a justificação ainda que sumária da necessidade da antecipação, o mesmo deve diferenciar-se consoante estejamos perante os casos previstos nos n.ºs 1 ou 2 do artigo 271.º do Código de Processo Penal. Isto porque, nos casos de crime de tráfico de pessoas e crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual previstos no n.º 1 do dito preceito legal será imprescindível apelar e aludir à necessidade de protecção da vítima, enquanto nas situações consagradas no n.º 2, tal esforço argumentativo é despidendo na medida em que tal acto se impõe como obrigatório, presumindo a lei *juris et de jure* a necessidade da sua realização.

6. Questões concernentes ao procedimento e à realização da diligência

6.1. Da realização de declarações para memória futura em processo sujeito a segredo de justiça

A aplicação do instituto das declarações para memória futura, leva-nos a questionar sobre a possibilidade de a realização de tal acto processual ocorrer em processo que se encontre em segredo de justiça.

Com efeito, nos termos do artigo 86.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, sempre que o Ministério Público entender que os interesses da investigação ou os direitos dos sujeitos processuais o justifiquem, pode determinar a aplicação ao processo, durante a fase de inquérito, do segredo de justiça. Ora, sendo a fase de inquérito a fase por excelência de

¹⁹ Cf. Bucho, José Manuel Saporiti Machado da Cruz, in “Declarações para memória futura – elementos de estudo”, 2-4-2012, pp. 67 e 68.

realização das declarações para memória futura, claro está que em determinados casos poderá ser requerida a produção de tal acto processual, estando o processo sob o manto do segredo de justiça.

Tal simultaneidade leva-nos a perguntar, atendendo que é obrigatória a comparência do defensor, se tal presença não se encontra um pouco esvaziada de sentido, na medida em que o defensor nunca tem um conhecimento completo do processo que lhe permita exercer de facto o seu direito de participação. Parece-nos, no entanto, que tal circunstancialismo não obsta a que sejam produzidas declarações para memória futura.

Na verdade, o artigo 86.º, n.º 9, alíneas a) e b), do Código de Processo Penal permite-nos superar esta aparente incompatibilidade, ao prever expressamente que a autoridade judiciária pode, de forma fundada, dar, ordenar ou permitir que seja dado conhecimento a determinadas pessoas do conteúdo de acto ou de documento em segredo de justiça, sempre que tal não colidir com a investigação ou acarrete qualquer inconveniente para o esclarecimento da verdade, e se mostre indispensável ao exercício de direitos pelos interessados.

Claro está que o defensor do arguido, ou ainda que não haja arguido constituído, o defensor, necessita de ter acesso ao objecto do processo, diga-se, ao núcleo de factos que despoletaram a investigação criminal, pois caso contrário a sua presença afigurar-se-ia meramente simbólica, na medida em que não teria forma de exercer, de forma efectiva, o seu direito de participação.

Estamos em crer que o defensor deverá ter acesso, pelo menos e atendendo claro às especificidades de cada caso concreto, ao auto de notícia ou denúncia que deu início ao procedimento criminal, e também ao auto de declarações no qual se encontrem espelhadas as declarações que a vítima ou a testemunha já tenha prestado em sede de inquérito, quer tenham sido perante órgão de polícia criminal, quer perante o Ministério Público.

Ademais, nos processos criminais que possam assumir um carácter melindroso, particularmente quando se encontram em investigação crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual, o Ministério Público poderá sempre lançar mão do disposto no artigo 89.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, manifestando a sua oposição, de forma fundada, à consulta ou obtenção de determinados elementos do processo, remetendo para apreciação do juiz de instrução que apreciará por despacho irrecorrível.

6.2. A repetição da prova anteriormente produzida

A possibilidade de repetição da prova anteriormente produzida ou, diga-se antes, a comparência da vítima ou da testemunha em audiência de discussão e julgamento para prestar novas declarações tem suscitado algumas inconsistências judiciárias.

O artigo 271.º, n.º 8, do Código de Processo Penal prevê que *“a tomada de declarações nos termos dos números anteriores não prejudica a prestação de depoimento em audiência de*

juízo, sempre que ela for possível e não puser em causa a saúde física ou psíquica de pessoa que o deva prestar". Da redacção da norma é perceptível que o legislador pretendeu, de forma clara, prever a possibilidade de a pessoa que num primeiro momento prestou declarações para memória futura, venha novamente a prestar declarações em sede de audiência de julgamento. Mas, como bem diz a letra da lei, e de forma coerente com o espírito que a molda, tal repetição não deve assumir-se como a regra.

Na verdade, chamando à colação todas as considerações já realizadas, somos da opinião que a determinação de repetição das declarações já previamente prestadas não deve assumir-se como regra, maxime, deve assumir um carácter excepcional, sendo necessário aferir *in casu* as circunstâncias que individualizam cada processo-crime e que, eventualmente, possam reclamar nova prestação de declarações. A apreciação tem de recair sobre a saúde física e psíquica da vítima, devendo o juiz, caso necessário, recorrer a uma opinião especializada, sob pena de se deturpar a essência do regime das declarações para memória futura, em particular, no que diz respeito aos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual. A determinação de repetição de declarações tem de pesar os possíveis efeitos que possam resultar para a pessoa, mormente, para a vítima que, mais uma vez, é impelida a reviver os actos do agressor, podendo tal lembrança destabilizar um processo de restabelecimento que, já por si, se afigura longo e doloroso.

É exactamente por este motivo que o legislador decidiu acautelar de forma expressa tais efeitos, obrigando o julgador a apreciar se tal repetição poderá representar um duro golpe no processo de cura física ou psíquica da pessoa. Tal repetição deve apenas ser motivada pelo facto de terem surgido novos factos ou circunstancialismos adicionais dos que foram objecto de declarações para memória futura, até porque da conjugação do artigo 271.º, n.ºs 1 e 8, do Código de Processo Penal resulta a exigência da necessidade e da possibilidade, por outras palavras, a repetição da prova deve ser considerada como necessária para a descoberta da verdade material e ser possível. Neste sentido, Júlio Barbosa e Silva referiu que *"tudo isto se liga de forma íntima no âmbito do papel do Juiz no âmbito deste tipo de julgamentos e do artigo 127.º do Código de Processo Penal e ao equilíbrio a que o julgador deve presidir em concreto, sem prejuízo do chamamento, com os cuidados necessários, da vítima a julgamento, não obstante essa possibilidade dever ser reduzida ao mínimo imprescindível e em casos muito especiais de desbloqueamento de dúvidas verdadeiramente inultrapassáveis de outra forma"*.²⁰

À semelhança das exigências de fundamentação aquando o requerimento para realização de declarações para memória futura, também aqui, o interessado na repetição de tais declarações em sede de audiência de julgamento terá de motivar a sua necessidade e possibilidade, devendo escarpelizar quais os motivos que justificam a repetição de tais declarações, sendo certo que não basta invocar a tão proclamada obtenção da verdade material.

²⁰ Cf. Silva, Júlio Barbosa e, in *"Por quem os sinos dobram"* – *As Declarações para memória futura, a sua (des)necessidade no âmbito da lei tutelar educativo e o contraditório no âmbito da jurisprudência nacional e do TEDH*", Revista Julgar – n.º 19, Coimbra Editora, 2013, pp. 165 e 166.

No entanto, face ao referido, questionamo-nos então sobre o valor que assumem as declarações para memória futura prestadas inicialmente quando é determinada a repetição de tais declarações em sede de audiência de julgamento. A este propósito, Cruz Bucho fala-nos de uma inutilidade superveniente, entendendo que *“no caso de se alterarem os pressupostos que fundamentaram a produção antecipada de prova, por v.g., o estado de saúde da testemunha possibilitar a sua audição ou por a mesma ter regressado ao território nacional, ou de, excepcionalmente, se revelar absolutamente necessária a reinquirição da vítima de crimes do catálogo, ocorre como que uma inutilidade superveniente das declarações para memória futura anteriormente prestadas, devendo a testemunha ser convocada para prestar o seu depoimento em audiência de julgamento”*²¹.

Não obstante o referido, somos da opinião que, as declarações para memória futura anteriormente prestadas poderão ser utilizadas como forma de aferir a credibilidade do seu testemunho, permitindo assim apurar eventuais contradições ou discrepâncias que resultem dos dois momentos, maxime, para reavivar a memória.

6.3. A questão particular das declarações para memória futura prévia à constituição de arguido

A questão sobre se a prestação de declarações para memória futura tem como pressuposto a existência de um arguido, tem vindo a suscitar entendimentos doutrinários antagónicos.

Num dos espectros da querela, encontram-se José Damião da Cunha, Mouraz Lopes e Joaquim Malafaia que defendem a necessidade de prévia constituição como arguido, invocando que a existência de um arguido é imprescindível para a salvaguarda de um verdadeiro contraditório, entendendo que caso inexistir qualquer arguido não é possível um exercício efectivo do princípio do contraditório.

Mais precisamente, Damião da Cunha entendeu 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...não pode, pois, o Ministério Público a ele recorrer 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”*.²² Por seu turno, seguindo a mesma linha de raciocínio, Mouraz Lopes referiu que *“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*

²¹ Cf. Bucho, José Manuel Saporiti Machado da Cruz, in *“Declarações para memória futura – elementos de estudo”*, 2-4-2012, pp. 127 e 128.

²² Cf. Cunha, José Damião da, in *“O Regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (artigos 356.º e 357.º do CPP) – Algumas reflexões à luz de uma recente evolução jurisprudencial”*, p. 409.

processo justo".²³ Do mesmo lado do espectro, embora socorrendo-se de argumentação diversa, Vinício Ribeiro defende que a prestação de declarações para memória futura não se afigura como possível sem a prévia constituição ou existência de arguido, porquanto *"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 futura no caso de ainda não haver arguido constituído"*.²⁴ Também a nível jurisprudencial, foram vários os acórdãos em que foi defendido o mesmo entendimento, entre os demais, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18 de Abril de 2001²⁵.

Do lado contrário do espectro, surgiram autores que não pugnam pela prévia constituição ou existência de arguido, entre os quais destacamos Paulo Pinto de Albuquerque, António Miguel Veigas, António Gama, Rui do Carmo e Bernardo Marques Vidal, assumindo tal entendimento significativa expressão na nossa jurisprudência.

Com o devido respeito pelos entendimentos supra explanados, partilhamos igualmente da opinião de que para a prestação de declarações para memória futura não se torna exigível que já se encontre constituído arguido por um conjunto de razões que passam a enunciar-se.

Primo, a redacção do artigo 271.º do Código de Processo Penal não faz qualquer referência à necessidade prévia de constituição como arguido ou existência de arguido para a realização de declarações para memória futura, aliás, a lei não chega sequer a referir a necessidade que o inquérito corra contra pessoa determinada. Até porque não esqueçamos, não raros os casos, a identificação do suspeito é tardia, pensemos por exemplo num processo no qual se investiga a prática de vários crimes de violação, perpetrados contra vítimas maiores e menores, em que a identidade do sujeito manteve-se oculta porquanto o mesmo actuava sempre de modo inidentificável. Parece-nos despropositado o afastamento de tal acto processual somente pelo facto de ainda não existir um suspeito, maxime, arguido. Por outro lado, se nos atendermos no elemento sistemático, não é a não existência de arguido constituído ou inexistência de suspeito que fortalece ou não a presença do defensor. Na verdade, o defensor assume aqui as vestes de defensor *"da legalidade, fiscalizando e garantindo o cumprimento da lei, de que a lei é integral e escrupulosamente cumprida, de que se verificam os pressupostos da inquirição, que se respeitam os procedimentos legalmente estabelecidos, que o depoimento é coerente, formulando as perguntas adicionais que entender em seu critério necessárias. Com o que se dá a expressão «às garantias de defesa», artigo 32.º, n.º 1, da Constituição. Depois, defensor do [futuro e eventual] arguido e sempre do arguido"*.²⁶ Por outro lado ainda, chamando à colação

²³ Cf. Lopes, José António Mouraz, in *"O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para memória futura"*, Revista Sub Judice, Justiça e Sociedade, N.º 26, Centro de Estudos Judiciários, 2003 Outubro-Dezembro, p. 16.

²⁴ Cf. Ribeiro, Vinício Augusto Pereira, in *"Código de Processo Penal – Notas e Comentários"*, Coimbra, 2.ª Edição, p. 724.

²⁵ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 18 de Abril de 2001, Relator Manso Rainho, Proc. 0041339, disponível em www.dgsi.pt.

²⁶ Cf. Gama, António, in *"Reforma do Código de Processo Penal: Prova Testemunhal, Declarações para memória futura e Reconhecimento"*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 19, N.º 3, Coimbra Editora, Julho-Setembro 2009, p. 402.

o já referido, sobressai ainda um argumento inerente à natureza do próprio acto processual, isto porque apesar de se tratar de uma antecipação de declarações da vítima ou testemunha, a mesma não configura um julgamento prévio ou parcial. A este propósito pode também ser suscitado a questão de existir uma incongruência na argumentação apresentada, porque se se entende que o princípio do contraditório é colocado em questão pela não existência de arguido, a verdade é que correndo um inquérito contra desconhecido como pode o contraditório ser melindrado.

Por espelhar de forma esclarecedora o nosso entendimento, socorremo-nos das palavras de Bernardo Marques Vidal que referiu *“a exigência radical do contraditório na produção da prova impede o próprio contraditório sobre a prova e pode constituir-se numa forte limitação formal do princípio da descoberta da verdade, desvirtuando os fins do processo penal. Teríamos um processo formal e respeitador do contraditório, mas que limitaria de forma desproporcionada o acesso aos factos do processo e impediria a descoberta da verdade. O processo visaria o respeito do contraditório mas não a descoberta da verdade, ou seja, traduzir-se-ia num ritual destituído de sentido”*.²⁷ Acreditamos assim, que a prestação de declarações para memória futura pode ser feita antes de haver a constituição de arguido, sem que isso contenda com o efectivo exercício do direito ao contraditório, desde que ao arguido *a posteriori* seja dada a possibilidade de contraditor tais declarações.

6.4. Leitura e valoração das declarações para memória futura em audiência de julgamento

Uma das questões que mais deu azo a diferentes práticas judiciais e diferentes entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, traduziu-se em saber se as declarações para memória futura vertidas em auto deveriam ou não ser lidas em sede de audiência de julgamento, para poderem assim ser valoradas pelo juiz de julgamento.

Ao nível doutrinário, entre os autores que pugnam pela leitura das declarações para memória futura em audiência de julgamento destacam-se António Miguel Veiga, António Gama, Cruz Bucho, Germano Marques da Silva, Joaquim Malafaia, José Damião da Cunha e Sandra Oliveira e Silva. Em sentido contrário, ergueram-se as vozes de Maia Costa e Oliveira Mendes, para quem *“para além dos autos processuais enumerados nos artigos 356.º e 357.º, também é permitida a valoração da prova documental constante do processo (aqui se incluindo o certificado de registo criminal, o relatório social, os autos de exames, revistas, buscas, apreensões e intercepções telefónicas), independentemente de leitura, visualização ou audição em audiência, quando indicada como meio de prova na acusação deduzida, quando referenciada no requerimento acusatório, quando contraditada pelo arguido em fase anterior do processo ou quando se conclua que o arguido conhece ou tem obrigação de conhecer”*²⁸

Motivado pela disparidade da prática judicial e pelos diferentes entendimentos que se faziam sentir a nível jurisprudencial, o Supremo Tribunal de Justiça através do Acórdão de

²⁷ Cf. Vidal, Bernardo Marques, in *“A leitura em audiência das declarações das testemunhas proferidas durante o inquérito”*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 07 de Janeiro de 2011, p. 59.

²⁸ Cf. Mendes, Oliveira, in *“Código de Processo Penal Comentado”*, 2.ª Edição Revista, Almedina, 2016, p. 1071.

Fixação de Jurisprudência datado de 11 de Outubro de 2017²⁹, pronunciou-se sobre tal querela.

O recurso extraordinário para fixação de jurisprudência que motivou o dito acórdão teve por fundamento a oposição de julgados inerentes aos Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 05 de Abril de 2016 e do Tribunal da Relação de Guimarães, de 07 de Fevereiro de 2011³⁰, porquanto se no primeiro referido se entendeu que *“...garantindo essencialmente o contraditório, naturalmente que as declarações para memória futura podem ser levadas em linha de conta em julgamento, independentemente da sua leitura...não corresponde assim, à realidade que o Tribunal a quo tenha, de alguma forma, baseado a sua decisão em prova, por violação dos princípios da oralidade e da imediação, consagrados no artigo 355.º do Código de Processo Penal”*, no segundo referido aresto entendeu-se que *“...os depoimentos para memória futura não podem ser excluídos em audiência de julgamento do contraditório, do exame crítico dos sujeitos processuais, não bastando que estes tenham conhecimento das declarações prestadas antecipadamente para memória futura...Para poderem ser tomadas em consideração na formação da convicção do Tribunal, as declarações para memória futura devem ser obrigatoriamente lidas em audiência de julgamento...Perante o incumprimento do artigo 356.º, n.º 2, alínea a), do Código de Processo Penal ocorre violação do disposto no artigo 355.º do Código de Processo Penal, ou seja, valorou-se um meio de prova que a lei não permite”*.

No mencionado acórdão de fixação de jurisprudência, o Supremo Tribunal de Justiça desconstruiu cada um dos argumentos comumente esgrimidos, designadamente, que a leitura das declarações para memória futura em audiência de julgamento é uma decorrência inelutável dos princípios processuais da imediação, oralidade, contraditório e publicidade. Por tal, entendeu-se que a questão em apreço cinge-se em saber se *“perante o disposto nos artigos 355.º e 356.º, n.º 2, alínea a), do Código de Processo Penal, as declarações para memória futura, tomadas nos termos do artigo 271.º do Código de Processo Penal, têm de ser lidas em audiência de julgamento para que os depoimentos possam ser tomados em conta e valorados como meio de prova para a formação da convicção do tribunal”*.

Em traços gerais, no que respeita aos princípios da imediação e da oralidade, enquanto garantes da produção de prova e discussão da causa pela acusação e pela defesa através de um debate oral, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que tal argumento era inócuo, na medida em que o acto de leitura do auto no qual foram vertidas as declarações para memória futura só por si não permite que o juiz de julgamento adquira um contacto directo com a fonte de prova, diga-se, com a pessoa que prestou as declarações, tal acto, só por si, afigurar-se-ia redundante. Até porque, *“este contacto/exame ocorrerá sempre, independentemente da leitura das mesmas em audiência de julgamento, porque inequívoco se torna que o juiz de julgamento para poder decidir quanto à relevância daquela prova para a convicção do Tribunal, terá que ter conhecimento efectivo da mesma. A única diferença é se o faz na*

²⁹ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 11 de Outubro de 2017, Relator Manuel Augusto de Matos, Proc. 895/14.OPGLRS.L1.L1-A.S1, disponível em www.dgsi.pt.

³⁰ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, datado de 07 de Fevereiro de 2011, Relator Maria Luísa Arantes, Proc. 224/07.0GAPTL.G1, disponível em www.dgsi.pt.

presença dos demais intervenientes processuais e do público em geral ou procede à leitura/audição/reprodução no recato do seu gabinete”.^{31 32}

Para rebater a argumentação invocada, no que concerne ao princípio da publicidade, enquanto controlo público da aplicação da justiça, foi entendido que este princípio só por si não reclama a leitura do auto, pois este acto de leitura de per si nada acrescenta à prática judiciária, na medida em que, no que respeita ao conhecimento dos demais sujeitos processuais sobre tal meio de antecipação de prova, este encontra-se plenamente salvaguardado a partir do momento em que aqueles são notificados para o acto processual de tomada de declarações para memória futura, participação que reveste carácter de obrigatoriedade quanto ao Ministério Público e ao defensor do arguido.

Quanto ao argumento de que tal leitura contribuiu para o controlo público da aplicação da justiça, entendeu-se que *“o princípio (fundamental) da publicidade basta-se, neste capítulo, com a leitura da sentença e com a “disponibilidade pública das razões da decisão”, algo que só de per se já permite ao público a fiscalização da decisão e possibilita à comunidade o conhecimento daqueles elementos tidos por fundamentais e decisivos para a formação da convicção do julgador”.*³³

Chegados à pedra de toque da argumentação invocada pelos autores que defendem a necessidade de constituição como arguido, o intrínseco respeito pelo princípio do contraditório, entendeu-se que independentemente do acto de leitura do auto de declarações para memória futura, o mesmo encontra-se presente e salvaguardado quer no acto de tomada de declarações para memória futura, quer em sede de audiência de julgamento. Num primeiro momento, no momento da realização do acto processual, o arguido tem plena disponibilidade de exercício do contraditório, dado que estando presente poderá assistir ao acto, bem como formular questões adicionais que entenda como pertinentes e necessárias para a salvaguarda dos seus direitos. Podendo, inclusive, *a posteriori* requerer a abertura de instrução, por forma sustentar a sua posição.³⁴ Num segundo momento, no momento de audiência de discussão e

³¹ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 11 de Outubro de 2017, Relator Manuel Augusto de Matos, Proc. 895/14.OPGLRS.L1.L1-A.S1, p. 39, disponível em www.dgsi.pt.

³² No âmbito do Acórdão datado de 07 de Novembro de 2007, já o Supremo Tribunal de Justiça havia entendido que *“no caso das declarações para memória futura, o princípio da imediação mostra-se respeitado sempre que a prova é apreciada pelo conjunto e não elemento a elemento, pressupondo a conjugação sistémica com todos os elementos de prova processualmente admissíveis e produzidos nas condições da lei”.*

Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 07 de Novembro de 2007, Relator Henriques Gaspar, Proc. 07P3630, disponível em www.dgsi.pt.

³³ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 11 de Outubro de 2017, Relator Manuel Augusto de Matos, Proc. 895/14.OPGLRS.L1.L1-A.S1, p. 43, disponível em www.dgsi.pt.

³⁴ Quanto à possibilidade de o defensor poder realizar questões adicionais, António Gama apresenta-nos uma perspectiva interessante, em particular *“porque razão se foi, na tomada de declarações para memória futura, mais longe do que está consagrado no figurino amplamente contraditório do julgamento?”* Nas palavras de António Gama, *“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, artigo 345.º, n.º 1 e 2, do Código de Processo Penal. (...) Merece-nos toda a reserva admitir, em sede de declarações para memória futura, o que literalmente resulta do artigo 271.º do Código de Processo Penal: um modelo «intrinsecamente ansiogénico», nas sugestivas palavras de Lucio Camaldo, da cross examination, em moldes que nem mesmo em audiência ele ocorre, e que entre nós nunca foi consagrado, quando podem estar a depor menores e até crianças de tenra idade”.*

juízo, o arguido vê o seu direito do contraditório plenamente salvaguardado, porquanto o mesmo pode chamar à colação outros elementos de prova que fragilizem o conteúdo e sentido das declarações tomadas antecipadamente, podendo apresentar prova que sustente a sua posição.

Certo é que o tão afamado *cross examination*, enquanto dinâmica pergunta/resposta, tem-se como perdido, todavia, o arguido pode contrariar de forma efectiva a credibilidade das declarações prestadas e o conteúdo das mesmas, à semelhança do que ocorreria se as declarações fossem prestadas em sede de audiência de julgamento. Até porque, não esqueçamos o apontado n.º 3 da Exposição de Motivos da Proposta de Lei 109/X em que “*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. Assim, admite-se que os sujeitos inquiram directamente, nos termos gerais, as testemunhas*”.

No mais, já na jurisprudência do Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 367/2014, de 06 de Maio de 2014, se tinha entendido que “*não julga inconstitucional o artigo 271.º, n.º 8, do Código de Processo Penal, no segmento segundo o qual não é obrigatória, em audiência de discussão e julgamento, a leitura das declarações para memória futura*”.³⁵

Com os argumentos aduzidos, não se pretende escamotear o facto de a prestação de declarações para memória futura necessariamente constituir uma compressão dos princípios supra indicados. Todavia, entende-se que tal compressão encontra-se plenamente justificada perante os interesses que se visam salvaguardar com tal acto processual, entendendo-se que com as alterações legislativas que foram sendo promovidas o legislador alcançou um equilíbrio entre os interesses salvaguardados e os direitos fundamentais do arguido, ao abrigo de uma crescente jurisdicionalização do próprio acto processual. No Acórdão Chmura contra a Polónia, de 3 de Abril de 2012, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem entendeu, e quanto a nós de forma certa, que “*a eventual falta de equidade de um processo tem necessariamente de se ver pelo seu todo e não por uma sua parcela*”.³⁶

Posto que, não é o acto de leitura que por si só vai recuperar e repor a plena realização dos princípios supra mencionados, tal acto apesar de poder ser requerido e, conseqüentemente, realizado não se afigura como um garante de uma concordância prática que, naturalmente, teve de ser ponderada.

Neste sentido, entendeu-se assim que “*o respeito pelo princípio do contraditório não exige, em termos absolutos, o interrogatório directo em cross-examination (...) Nesta situação, na audiência de julgamento observa-se uma dialéctica em contraditar o que ali foi declarado e não uma dialéctica de pergunta-resposta (interrogatório directo em cross-examination), dado*

Cf. Gama, António, in “*Reforma do Código de Processo Penal: Prova Testemunhal, Declarações para memória futura e Reconhecimento*”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 19, N.º 3, Coimbra Editora, Julho-Setembro 2009, pp. 406 a 408.

³⁵ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 367/2014, 1.ª Secção, Proc. 1180 13, disponível em www.dgsi.pt

³⁶ Cf. Acórdão Chmura contra a Polónia, de 3 de Abril de 2012, Parágrafo 46.

que a leitura/audição ocorrerá na ausência da pessoa que prestou as declarações”.³⁷ Tal entendimento, não obsta é certo, que a leitura das declarações para memória futura em audiência de julgamento seja requerida por qualquer interveniente processual ou determinada oficiosamente pelo Tribunal.

Tendo por premissa os argumentos mencionados nos parágrafos que antecedem, foi fixada jurisprudência no sentido de que *“As declarações para memória futura, prestadas nos termos do artigo 271.º do Código de Processo Penal, não têm de ser obrigatoriamente lidas em audiência de julgamento para que possam ser tomadas em conta e constituir prova validamente utilizável para a formação da convicção do tribunal, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 355.º e 356.º, n.º 2, alínea a), do mesmo Código”*.

7. Prática e gestão processual

7.1. Considerações introdutórias: a importância do papel do Ministério Público

De acordo com o artigo 271.º, n.º 3, do Código de Processo Penal *“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”*. Neste âmbito, o Ministério Público assume um papel essencial, porquanto *“na procura da verdade, o magistrado navega entre a lógica própria do inquérito que procura recolher um máximo de informações favoráveis e desfavoráveis ao acusado, e uma outra lógica, a do conforto e bem estar da vítima”*.

Tal simbiose funcional assume particular importância nos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual, em que o magistrado do Ministério Público vê reunirem-se num só processo as funções relacionadas com a direcção da investigação criminal, a titularidade do exercício da acção penal, protecção e o bem-estar da vítima, mormente, a criança. Para além de que, tratando-se em alguns casos de um acto obrigatório, a sua omissão configura uma nulidade, nos termos do artigo 120.º, n.º 2, alínea d), do Código de Processo Penal, pelo que impende sobre o Ministério Público a obrigação de promover junto do juiz de instrução criminal a realização de declarações para memória futura quando estejamos perante a situação acautelada pelo artigo 271.º, n.º 2, do Código de Processo Penal.

7.2. A particular necessidade de articulação entre o magistrado do Ministério Público titular do inquérito e o magistrado junto do Juízo de Família e Menores

A crescente consciencialização e preocupação com os crimes sexuais perpetrados contra crianças têm acentuado a responsabilidade que recai sobre os magistrados do Ministério Público, exigindo-se que actuem de forma concertada. Na verdade, atentas as inerentes especificidades, torna-se necessário que a intervenção do Ministério Público se faça sentir *“nos*

³⁷ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 11 de Outubro de 2017, Relator Manuel Augusto de Matos, Proc. 895/14.OPGLRS.L1.L1-A.S1, p. 47, disponível em www.dgsi.pt.

*diferentes procedimentos desencadeados pela notícia dos factos, tem uma particular responsabilidade na superação das dificuldades que decorrem da sua divisão por matérias, promovendo a comunicabilidade entre eles e a harmonização das decisões que em cada um vão sendo tomadas, à luz do superior interesse da criança que deles é sujeito, encarado como um critério de controlo e de decisão”.*³⁸

Pela crescente necessidade de uma actuação concertada pelo Ministério Público, com a Circular n.º 6/2006 começou a ser traçado um caminho que tem por premissa a articulação das diferentes normas legais que servem este propósito. Em concreto, o ponto 5.4. definiu que *“quando houver lugar a processo-crime e a processo de promoção e protecção a correr termos na CPCJ, deve ser garantida a rápida articulação entre ambas as intervenções, nomeadamente, o magistrado interlocutor da CPCJ deve interagir com o magistrado titular do inquérito, tendo em vista avaliar a adequação das medidas de protecção, tendo em conta a situação processual do arguido”*, prevendo-se também no ponto 3.3.b. *“a articulação entre as intervenções no domínio da promoção e protecção e no âmbito penal”*.

Posteriormente, também no Despacho n.º 3/2012, o Procurador-Geral Distrital de Coimbra, nos casos de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, definiu um conjunto de regras de actuação, entre as quais destacamos por reflectirem verdadeiramente este esforço em propugnar uma actuação concertada, que *“o magistrado que seja responsável pelo inquérito criminal deve verificar se já foi instaurado processo de promoção e protecção, assim como o magistrado responsável pelo processo de promoção e protecção deve verificar se já foi, quando pertinente, instaurado inquérito criminal. E ambos devem zelar para que esses processos entrem em comunicação”* e que *“os magistrados titulares desses processos zelarão para que haja uma avaliação conjunta de cada caso, para acordo sobre as medidas de promoção e protecção, as medidas de coacção e outras decisões interlocutórias ou finais que cada magistrado haja de promover, defender ou tomar no respectivo processo, com vista ao consequimento da maior coerência e eficácia na defesa do superior interesse da criança”*.

Já mais tarde, o Procurador-Geral Distrital de Coimbra emitiu a Instrução n.º 1/2016, de 29 de Fevereiro de 2016, através da qual definiu um conjunto de orientações de actuação para os casos em que se verificava a necessidade de realização de declarações para memória futura de crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual. Na linha do que já se encontrava definido, foi determinado no seu ponto 2 que *“logo que lhe seja transmitida a notícia do crime, o magistrado do Ministério Público titular do inquérito, tendo em vista a recolha e troca de informação relevante, contacta o responsável pela investigação no órgão de polícia criminal, verifica se corre termos processo de protecção e promoção dos direitos da criança e, em caso afirmativo, contacta o magistrado que representa o Ministério Público no processo judicial ou que é interlocutor da Comissão de Protecção de Crianças e Jovens. Após o que decidirá quanto ao tempo e aos termos do requerimento a apresentar ao juiz de instrução criminal para efeitos do disposto no n.º 2 do artigo 271.º do Código de Processo Penal”*.

³⁸ Cf. Carmo, Rui do, in *“Declarações para memória futura – Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual”*, Revista do Ministério Público 134, Abril-Junho 2013, p. 143.

No que concerne à prestação de declarações em memória futura, a Instrução n.º 1/2016, e sendo clara a preocupação em evitar a realização de sucessivas audições da criança, definiu nos seus pontos 1 e 3, respectivamente, que *“as declarações para memória futura da criança vítima de crime contra a liberdade ou a autodeterminação sexual devem ser tendencialmente as primeiras declarações a prestar pela criança no âmbito do inquérito, e devem realizar-se em tempo próximo daquele em que houve a notícia do crime”* e *“se decidir que só requererá a tomada de declarações para memória futura em momento posterior da investigação, o magistrado titular do inquérito deve fazer constar dos autos despacho em que justifique sucintamente essa opção”*.

Pela leitura de tais instrumentos, consideramos adequado quando se refere que neste âmbito o Ministério Público assume aqui *“a sua responsabilidade de magistratura de iniciativa”*³⁹, apelando à sensibilidade e habilidade dos magistrados no tratamento de tais questões.

7.3. O aproveitamento das declarações para memória futura no processo de promoção e protecção

Em estreita correlação com o referido no ponto que imediatamente precede, no Despacho n.º 3/2012, o Procurador-Geral Distrital de Coimbra definiu ainda que *“os magistrados titulares desses processos zelarão para que se aproveitem em ambos as diligências realizadas em cada um deles, evitando repetições inúteis”*.

As especificidades em que a audição da criança se reveste foram consagradas nos artigos 4.º e 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, os quais regulam a audição da criança que, por referência ao disposto no artigo 84.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, é aplicável aos processos de promoção e protecção. De acordo com o artigo 5.º, n.º 7, alínea d), do Regime Geral do Processo Tutelar Cível *“quando em processo-crime a criança tenha prestado declarações para memória futura, podem estas ser consideradas como meio probatório no processo tutelar cível”*. Com tal previsão legal, é clara a intenção do legislador em evitar as audições sucessivas da criança nos diferentes procedimentos, permitindo que *“as declarações para memória futura prestadas na fase de inquérito do processo criminal possam abranger as questões relevantes para os processos que corram termos na jurisdição de família e menores, prevenindo-se, assim, os efeitos de contaminação e erosão da veracidade do depoimento e de vitimização secundária abundantemente apontados àquela prática”*.⁴⁰ No entanto, devemos considerar que *“no nosso sistema jurídico, quando existam simultaneamente intervenções criminal e de protecção (...) ter-se-á de atribuir centralidade às declarações recolhidas no processo criminal, ou seja, às declarações para memória futura. Centralidade que decorre de a satisfação dos seus pressupostos e requisitos ser condição da validade do depoimento como prova no processo penal, não existindo, por outro lado, qualquer*

³⁹ Cf. Rui do Carmo, in *“As declarações como testemunhas – aplicar e clarificar a lei [As declarações únicas da criança; o Estatuto de Vítima; Recusa a Depor]”*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, 2.º Semestre 2016, Número 2, p. 104.

⁴⁰ Cf. Carmo, Rui do, in *“As declarações como testemunhas – aplicar e clarificar a lei [As declarações únicas da criança; o Estatuto de Vítima; Recusa a Depor]”*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, 2.º Semestre 2016, Número 2, p. 100.

*impedimento à sua recepção e valoração no processo de promoção e protecção; enquanto que as declarações prestadas neste não valem como prova testemunhal no processo penal”.*⁴¹

8. Referências bibliográficas

- **ALBERTO**, Isabel Marques, *in* “Abuso sexual de crianças: o psicólogo na encruzilhada da ciência com a justiça”, Revista Psicologia Forense – Coimbra, Almedina, 2006.
- **ALBUQUERQUE**, Paulo Pinto de, *in* “Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4.ª Edição, Universidade Católica Editora, 2011.
- **BUCHO**, José Manuel Saporiti Machado da Cruz, *in* “Declarações para memória futura (elementos de estudo)”, 2-4-2012.
- **CARMO**, Rui do, *in* “Declarações para memória futura – Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual”, Revista do Ministério Público, N.º 134, Abril-Junho 2013.
- **CARMO**, Rui do, *in* “Declarações para memória futura e a Convenção de Lanzarote”, Junho 2015.
- **CARMO**, Rui do, *in* “As Crianças como Testemunhas – Aplicar e Clarificar a Lei [As Declarações Únicas da Criança; o Estatuto de Vítima; Recusa a Depor]”, Revista do Centro de Estudos Judiciários, 2.º Semestre 2016, Número 2.
- **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMENTADO**, 2.ª Edição Revista, Almedina, 2016.
- **CUNHA**, José Damião da, *in* “O Regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (artigos 356.º e 357.º do CPP) – Algumas reflexões à luz de uma recente evolução jurisprudencial”.
- **GAMA**, António, *in* “Reforma do Código de Processo Penal: Prova Testemunhal, Declarações para Memória Futura e Reconhecimento”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 19, N.º 3, Coimbra Editora, Julho-Setembro 2009.
- **LOPES**, José Mouraz, *in* “O Interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para «memória futura»”, Revista Sub Judice, Justiça e Sociedade, N.º 26, Centro de Estudos Judiciários, 2003 Outubro-Dezembro.
- **MALAFAIA**, Joaquim, *in* “O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos actos de instrução e nas declarações para memória futura”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, Fasc. 4, Outubro-Dezembro 2004.
- **MESQUITA**, Paulo Dá, *in* “A prova do crime e o que se disse antes do julgamento – Estudo sobre a prova no Processo Penal Português à Luz do Sistema norte-americano”, Coimbra Editora, 2011.
- **RAMIÃO**, Tomé D’Almeida, *in* “Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada e Comentada”, 8.ª Edição, Quid Juris Sociedade Editora.
- **RAMIÃO**, Tomé D’Almeida, *in* “Regime Geral de Processo Tutelar Cível Anotado e Comentado”, 2.ª Edição, Quid Juris Sociedade Editora.
- **RIBEIRO**, Catarina, *in* “A Criança na Justiça, Trajectórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar”, Almedina, 2009.

⁴¹ Cf. Carmo, Rui do, *in* “Declarações para memória futura: crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual”, Revista do Ministério Público 34, Abril-Junho 2013, pp. 141 e 142.

- **RIBEIRO**, Vínicio Augusto Pereira, in “Código de Processo Penal – Notas e Comentários”, Coimbra, 2.ª Edição.
- **SILVA**, Germano Marques da, in “Processo Penal” II e III Volumes, 4.ª Edição, Revista e actualizada, Editorial Verbo, 2008.
- **SILVA**, Júlio Barbosa e, in “Por quem os Sinos Dobram – As Declarações para Memória Futura, a sua (Des)necessidade no âmbito da Lei Tutelar Educativa e o Contraditório no âmbito da Jurisprudência Nacional e do TEDH”, Revista Julgar, n.º 19, Coimbra Editora, 2013.
- **SILVA**, Sandra Oliveira e, in “A Protecção de Testemunhas no Processo Penal”, Coimbra Editora, 2007.
- **SIMÕES**, Euclides Dâmaso, in “Tráfico de Seres Humanos: Prevenção e Repressão à luz do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo”, Revista Julgar, 2009,
- **SOMERS**, Paule e VANDERMEERSCH, Damien, in “O registo das audições dos menores vítimas de abusos sexuais: primeiros indicadores de avaliação da experiência de Bruxelas”, Revista do Instituto da Reinserção Social, Infância e Juventude, 98.1, Janeiro-Março.
- **VEIGA**, António Miguel, in “Notas sobre o âmbito e a Natureza dos Depoimentos (ou Declarações) para Memória Futura de Menores vítimas de crimes sexuais (ou da razão de ser de uma aparente «insensibilidade judicial» em sede de audiência de Julgamento)”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 19, N.º 1, Coimbra Editora, Janeiro-Março 2019.
- **VIDAL**, Bernardo Marques, in “A leitura em audiência das declarações das testemunhas proferidas durante o inquérito”, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 07 de Janeiro de 2011.

Jurisprudência e respectivas hiperligações:

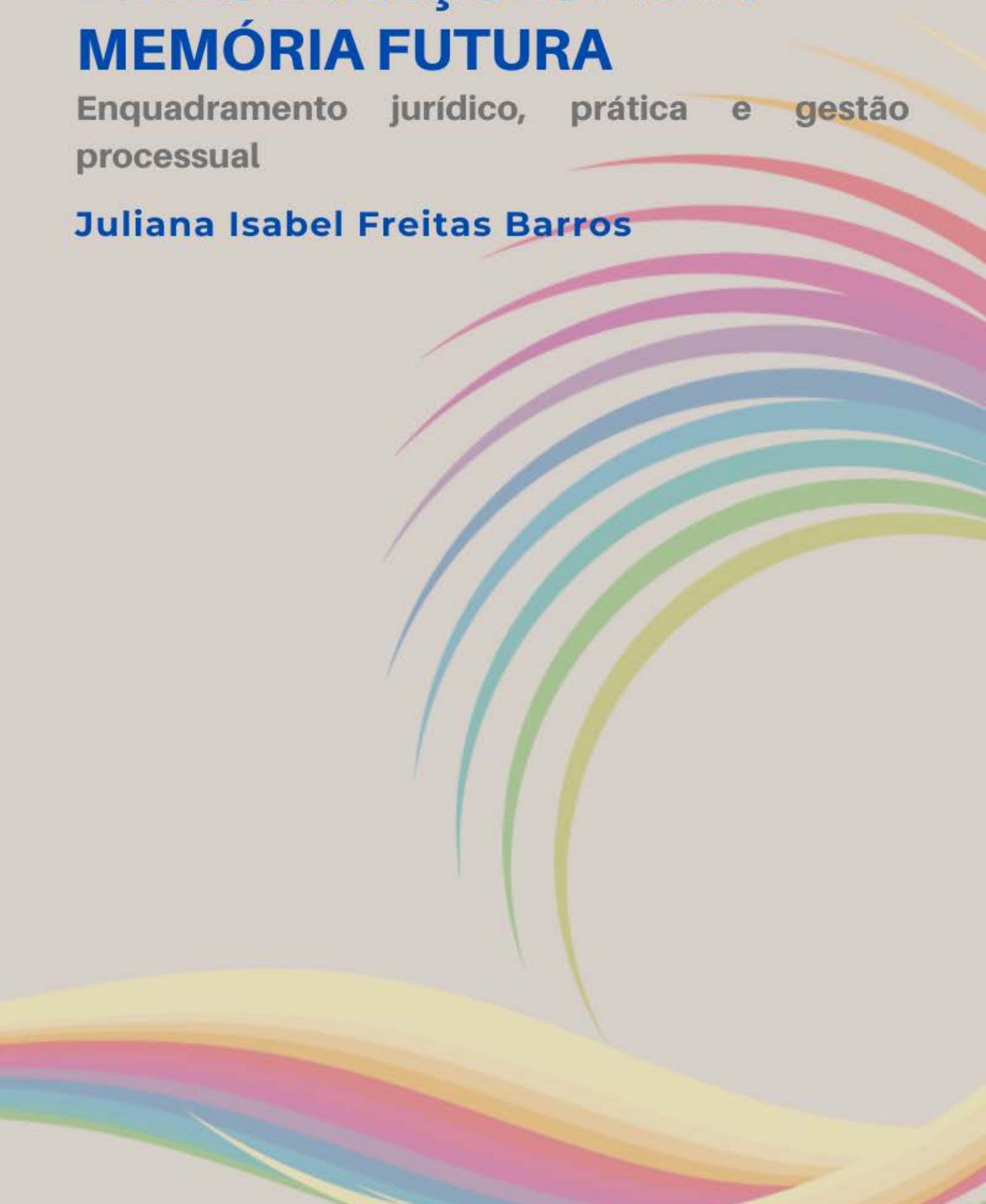
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 367/2014, 1.ª Secção, Proc. 1180 13, disponível em https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/59068812/details/maximized?p_p_auth=2Wo856C5
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 11 de Outubro de 2017, Relator Manuel Augusto de Matos, Proc. 895/14.OPGLRS.L1.L1-A.S1, p. 39, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/836b6b0109f0126b802581b80050a5f2?OpenDocument>
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 07 de Novembro de 2007, Relator Henriques Gaspar, Proc. 07P3630, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/134027f113c83ddb802573a000501952?OpenDocument>
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 11 de Janeiro de 2012, Relator Carlos Almeida, Proc. 689/11.5PBPD-L-3, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/9d30443e773eab96802579a50058629a?OpenDocument>
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 17 de Dezembro de 2014, Relator Antero Luís, Proc. 1160/13.6PFAMD-A.L1-9, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4531bac798fc4e7880257de000502d43?OpenDocument>

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 09 de Novembro de 2016, Relator Conceição Gonçalves, Proc. 5687/15.7T9AMD-A.L1.-3, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6ea1d9e2b657a56b80258116003ff14a?OpenDocument>
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 04 de Maio de 2017, Relator Abrunhosa de Carvalho, Proc. 12/15.OJDLSB.L1-9, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/50638df799039b06802581190060f68b?OpenDocument>
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 18 de Abril de 2001, Relator Manso Raínho, Proc. 0041339, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/94cd626630f6c48480256a5c00470a16?OpenDocument>
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 22 de Outubro de 2014, Relator Maria Manuela Paupério, Proc. 135/13.0GCLMG.P1, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/367896000e81384380257d8600579124?OpenDocument>
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 23 de Novembro de 2016, Relator Manuel Soares, Proc. 382/15.0T9MTS.P1, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/6a906375441aced280258087004eebd8?OpenDocument>
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, datado de 24 de Abril de 2012, Relator Jorge Dias, Proc. 61/10.4TAACN-A.C1, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/37a417eaf825b4c3802579ff003ca53f?OpenDocument>
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, datado de 07 de Fevereiro de 2011, Relator Maria Luísa Arantes, Proc. 224/07.0GAPTL.G1, disponível em
<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/3764ff64082756ce8025785600351d9c?OpenDocument>

2. DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA

Enquadramento jurídico, prática e gestão
processual

Juliana Isabel Freitas Barros



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Juliana Isabel Freitas Barros

I. Introdução
II. Objectivos
III. Resumo
1. Enquadramento jurídico
1.1. Finalidades e natureza excepcional das declarações para memória futura
1.2. O regime jurídico: génese e evolução
1.3. O objecto das declarações para memória futura
1.4. Os fundamentos das declarações para memória futura
1.4.1. A doença grave e a deslocação para o estrangeiro
1.4.2. A vítima de crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual
1.4.3. O caso particular da vítima menor de idade de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual
1.5. A tomada de declarações para memória futura prévias à constituição de arguido
1.6. A repetição da inquirição em audiência de julgamento
1.7. A leitura e valoração das declarações para memória futura em audiência de julgamento
1.8. A previsão de tomada de declarações para memória futura em diplomas avulsos
1.8.1. O Estatuto da Vítima
1.8.2. A Lei de Protecção de Testemunhas
1.8.3. Regime Jurídico aplicável à Prevenção da Violência Doméstica e à Protecção e Assistência das suas Vítimas
2. Prática e gestão processual
2.1. Um exemplo de requerimento apresentado pelo Ministério Público
2.2. A importância do papel do Ministério Público
IV. Hiperligações e referências bibliográficas

I. Introdução

A tomada de declarações para memória futura reveste enorme importância no âmbito da investigação criminal, já que permite preservar e fixar elementos probatórios cuja produção no âmbito da audiência de julgamento se afigure como improvável ou de dificuldade acrescida. Por outro lado, permitem ainda salvaguardar os interesses de testemunhas ou vítimas especialmente vulneráveis, evitando o chamado fenómeno da vitimização secundária.

Assim sendo, o presente trabalho assenta em dois pilares essenciais: um primeiro que enfoca o enquadramento jurídico do regime legal das “*declarações para memória futura*”, no qual se percorre as disposições do artigo 271.º do Código de Processo Penal, ensaiando-se respostas às principais questões que o mesmo suscita, bem como são referenciados outros diplomas legais, nos quais se consagram as “*declarações para memória futura*”, com especial enfoque na prestação de declarações para memória futura por parte de testemunhas ou vítimas menores de idade; e um segundo, no qual abordaremos questões de gestão práticas de gestão processual, no qual se abordará essencialmente a importância que o Ministério Público assume no âmbito deste instituto.

II. Objectivos

O presente trabalho tem como principal objectivo proceder a uma análise crítica sobre o regime legal das “*declarações para memória futura*” consagrado no artigo 271.º do Código de Processo Penal, realçando a sua utilidade como antecipação de produção de prova relativamente à audiência de julgamento, pondo a nu as suas fragilidades e fazendo a comparação com os regimes paralelos que existem em diplomas avulsos.

No entanto, a nossa atenção recaiu nos casos em que as declarações para memória futura é uma diligência obrigatória no decurso do Inquérito, isto é, no caso de existirem vítimas menores de idade de crimes contra a liberdade ou autodeterminação sexual, dada a importância de assegurar o respeito pelo superior interesse destas crianças, o que implica uma maior proximidade e comunicação entre os magistrados do Ministério Público responsáveis pela investigação criminal e pela promoção e protecção das crianças ou jovens em perigo.

É, assim, nosso objectivo que este trabalho auxilie os Auditores de Justiça e Magistrados do Ministério Público na sua vida prática, contribuindo para a compreensão do regime legal das “*declarações para memória futura*”, auxiliando na superação de algumas dificuldades – teóricas e práticas – que a sua aplicação suscita.

III. Resumo

A tomada de declarações para memória futura representa uma antecipação da produção de prova em audiência de julgamento, sendo que, nos termos do disposto no artigo 271.º, n.º 1, do Código de Processo Penal: “*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*”.

Nestes termos, subjacente à admissibilidade deste instituto – declarações para memória futura – está o interesse público da descoberta da verdade material, a conservação da prova e o interesse e protecção da vítima.

No processo penal português, a produção antecipada de prova teve a sua primeira manifestação aquando da vigência do Código de Processo Penal de 1929, com a alteração operada pelo disposto no Decreto-Lei n.º 605/75, de 3 de Novembro, prevendo como fundamento o “*justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas*”. Desde então até à entrada em vigor da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, a preocupação do legislador passou, paulatinamente a centrar-se no interesse das vítimas de certos crimes, nomeadamente nas vítimas menores de idade de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, sendo que, nestes casos, é obrigatória a realização desta diligência no decurso da fase de Inquérito, (artigo 271.º, n.º 2, do Código de Processo Penal).

Quanto à realização da diligência em si, refira-se ainda que, nos termos do disposto no artigo 271.º, n.º 4, do Código de Processo Penal, no caso de inquirição de vítimas menores de idade de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual “a tomada de declarações é realizada em ambiente informal e reservado”, pretendendo-se proteger a vítima do chamado fenómeno de vitimização secundária, mas também de forma a alcançar um depoimento espontâneo e sincero, consagrando-se ainda na referida norma que a vítima menor de idade deverá ser assistida por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito.

Pelo que, a realização de tal diligência deverá ocorrer em ambiente o mais informal possível, num espaço privado, tranquilo, que seja capaz de transmitir à criança segurança e confiança, devendo conter poucos elementos de distração e algum material facilitador de comunicação (folhas de papel em branco, lápis de cor, legos, etc.). Por outro lado, os diversos intervenientes (Juiz, Ministério Público, advogados e funcionário) deverão abster-se da utilização de traje profissional.

A diligência de tomada de declarações para memória futura pode ser realizada numa fase inicial do Inquérito, mesmo quando não existe, ainda, arguido constituído enquanto tal ou até quando não se conhece a identidade do(s) suspeito(s), pese embora torna-se necessária a nomeação de defensor e a sua notificação e comparência no acto, para estar presente na diligência de tomada de declarações para memória futura e exercer os direitos que a lei reconhece à pessoa que pode vir a assumir a qualidade de arguido.

Por outro lado, na esteira do estipulado no Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 8/2017, datado de 11 de Outubro de 2017: “As declarações para memória futura, prestadas nos termos do artigo 271.º, do CPP, não têm de ser obrigatoriamente lidas em audiência de julgamento para que possam ser tomadas em conta e constituir prova validamente utilizável para a formação da convicção do tribunal, nos termos das disposições conjugadas dos arts. 355.º e 356.º, n.º 2, al. a), do mesmo Código”.

O instituto das declarações para memória futura, além de previsto no artigo 271.º do Código de Processo Penal, encontra-se ainda consagrado noutros diplomas legais avulsos, pelos quais se visa essencialmente a protecção de certas testemunhas ou vítimas, que dada a sua vulnerabilidade, exigem uma outra atenção por parte da prática judiciária, a saber: a Lei de Protecção de Testemunhas (Lei n.º 93/99, de 14 de Julho), o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à protecção e à assistência das suas vítimas (Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro) e o Estatuto da Vítima (Lei n.º 130/2015, de 04 de Setembro).

De referir ainda a importância do papel atribuído ao Ministério Público, na medida em que, enquanto detentor da acção penal, compete-lhe a direcção efectiva do inquérito, pelo que cabe-lhe, em primeiro lugar, aferir da necessidade de proceder à realização da tomada de declarações para memória futura, seja qual o for o seu fundamento, mas, principalmente nos casos de vítimas menores de idade de crimes contra a autodeterminação e liberdade sexual, para as quais a lei impõe tal realização (artigo 271.º, n.º 2, do Código de Processo Penal), dado

o seu dever estatutário de representação dos incapazes, mormente das crianças (artigos 3.º, n.º 1, alínea a), e 5.º, n.º 1, alínea a), ambos do Estatuto do Ministério Público).

Nestes casos, a pedra de toque é o superior interesse da criança, pelo que a interação entre os magistrados responsáveis por cada jurisdição, a penal e a de família e menores, deve ser a mais estreita possível, por forma a compatibilizar decisões, nomeadamente quanto às medidas de coacção e às medidas de promoção e protecção a aplicar em cada Processo e quanto ao aproveitamento das diligências realizadas, evitando-se a sua duplicação.

A este respeito, refira-se a exemplar Instrução n.º 1/2016, datada de 29 de Fevereiro de 2016, emitida pelo Procurador-Geral Distrital de Coimbra e dirigida aos magistrados do Ministério Público da área do Tribunal da Relação de Coimbra, um instrumento fundamental capaz de dotar os magistrados do Ministério Público de coerência nas suas acções e de uniformização de procedimentos, sempre na esteira do respeito pelo superior interesse da criança, pelo que, em nossa opinião, a sua abrangência deveria ser alargada a nível nacional.

1. Enquadramento Jurídico

1.1. Finalidades e natureza excepcional das declarações para memória futura

Nos termos do disposto no artigo 271.º, n.º 1, do Código de Processo Penal: *“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”*¹.

Assim, a tomada de declarações para memória futura representa uma antecipação da produção de prova em audiência de julgamento e, como tal, uma excepção ao princípios da oralidade, imediação e concentração da produção de prova na audiência de julgamento (artigo 355.º, n.º 1, do Código de Processo Penal), sendo que apenas pode ser utilizada em determinados casos, como sejam os 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, ou nos casos em de vítimas de crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual.

Nos primeiros dois casos, a antecipação da produção de prova e a sua posterior valoração em audiência de julgamento justificam-se à luz da necessidade de acautelar a tomada de declarações que, caso não seja levada a cabo naquele momento, seja previsivelmente impossível ou muito difícil de ser levada a cabo em audiência de julgamento.

¹ Tal disposição, por força do disposto no artigo 294.º do Código de Processo Penal, aplica-se também à fase de instrução.

Já no caso das vítimas de crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual a razão prende-se com o facto de evitar a exposição destas pessoas a uma segunda vitimização, já que o reviver da factualidade em causa neste tipo de Processos-crime acarreta uma fragilização emocional que contém contornos especialmente gravosos, em regra, quanto menor for a idade da vítima.

Neste sentido, estipula o n.º 2 do artigo 277.º do Código de Processo Penal que: *“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”, isto é, para estes casos, a tomada de declarações para memória futura é obrigatória.*

Assim sendo, subjacente à admissibilidade deste instituto – declarações para memória futura – está o interesse público da descoberta da verdade material, a conservação da prova e o interesse e protecção da vítima.

1.2. O regime jurídico: génese e evolução

No processo penal português a produção antecipada de prova, teve a sua primeira manifestação, aquando da vigência do Código de Processo Penal de 1929 (Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de Fevereiro de 1929), na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 605/75, de 3 de Novembro, nomeadamente no seu artigo 15.º, segundo o qual *“Havendo justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas, poderá o mesmo, a requerimento das partes ou por iniciativa do tribunal, ser produzido antecipadamente logo após se ter deduzido a acusação ou requerido o julgamento”*. No entanto, esta diligência apenas poderia realizar após a dedução do respectivo despacho de acusação, isto é, após o encerramento da fase de Inquérito².

O Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, na sua versão originária, consagrou no artigo 271.º as *“declarações para memória futura”*, sendo que o n.º 1 do referido artigo dispunha o seguinte: *“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 Embora não se nos afigure como uma escolha viável, dada a compressão de direitos fundamentais que estão em causa aquando da investigação criminal, pelo que se exige um comando legislativo concreto e adequado a essa especificidade. No entanto, perante este cenário legal, havia a possibilidade de recorrer ao mecanismo civilista da produção antecipada de prova, nos termos do disposto no artigo 525.º do Código de Processo Civil (Decreto-Lei n.º 29637, de 28 de Maio), *ex vi* o artigo 4.º do Código de Processo Penal de 1929, segundo o qual *“Havendo justo receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou 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”*, sendo que o requerente deveria, além de alegar sumariamente as razões justificativas da antecipação da produção de prova, isto é, o *periculum in mora*, devia também identificar as pessoas contra quem essa prova iria ser produzida, para que fossem notificadas e pudesse exercer a sua defesa.

Com a redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, o artigo 271.º, n.º 1, do Código de Processo Penal passou a estipular que o testemunho das vítimas de crimes sexuais pode também ser obtido em declarações para memória futura.

Foi com a Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto que a disposição constante do artigo 271.º do Código de Processo Penal passou a ter a redacção actual, do qual se ressalta o carácter obrigatório da realização das declarações para memória futura, no decurso do inquérito, quanto às vítimas menores de idade de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, desde que não sejam ainda maiores de idade³.

De referir ainda que a Lei de Protecção de Testemunhas (Lei n.º 93/99, de 14 de Julho), bem como o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à protecção e à assistência das suas vítimas (Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro) e também o Estatuto da Vítima (Lei n.º 130/2015, de 04 de Setembro), consagram a realização da diligência da tomada de declarações para memória futura no caso de testemunhas ou vítimas especialmente vulneráveis, o que aprofundaremos adiante neste trabalho.

1.3. O objecto das declarações para memória futura

Quanto ao objecto das declarações para memória futura, da leitura do seu regime legal, resulta que são as declarações prestadas não só pelas testemunhas e pelas vítimas de certos crimes, mas também pelo assistente, pelas partes civis, pelos peritos e consultores técnicos (artigo 271.º, n.º 7, do Código de Processo Penal).

O referido artigo 271.º, n.º 7, do Código de Processo Penal alarga os efeitos desta diligência não só às inquirições *tout court*, mas também às acareações, reconhecimentos e reconstituições, o que se compreende, na medida em que se tratam também de meios de obtenção de prova, nomeadamente de declarações⁴.

A este respeito, o artigo 271.º, n.º 5, do Código de Processo Penal dispõe o seguinte: “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”.

Neste sentido e revestindo esta diligência uma produção antecipada da prova que se irá produzir na audiência de julgamento, poderíamos afirmar, *a priori*, que vigoraria também quando da realização desta diligência o princípio do acusatório (artigo 32.º, n.º 5, da

³ Ao nível europeu, a preocupação com as crianças vítimas de abusos sexuais e a sua protecção no âmbito da investigação criminal, nomeadamente a necessidade de evitar a sua sucessiva audição perante várias entidades ou a repetição da sua inquirição no processo crime, procurando evitar o fenómeno da vitimização secundária, também se fez sentir, entre outras na Recomendação do Comité de Ministros R(2001) 16 sobre a protecção das crianças contra a exploração sexual e Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia relativa ao Estatuto da Vítima em Processo Penal (2001/220/JAI), que influenciaram a elaboração da Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, em Lanzarote, a 25 de Outubro de 2007.

⁴ A este respeito MAIA COSTA, “Código de Processo Penal Comentado”, 2016, 2.ª Edição Revista, Almedina, página 919 e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “Comentário do Código de Processo Penal”, 2.ª edição actualizada, página 701.

Constituição da República Portuguesa), nomeadamente quanto à vinculação temática da factualidade indiciada até àquela fase do Processo.

No entanto, não podemos olvidar que, na maioria dos casos⁵, aquando da tomada de declarações para memória futura, o processo está na fase de Inquérito, numa fase de investigação que pode ainda não ter as circunstâncias de tempo e lugar balizadas ou até mesmo sem arguido constituído.

Pelo que, o juiz aquando da inquirição está vinculado aos factos fornecidos pelos vários elementos coligidos nos autos até então, devendo ainda explorar a factualidade que no momento vai sendo relatada pela testemunha.

1.4. Os fundamentos das declarações para memória futura

1.4.1. A doença grave e a deslocação para o estrangeiro

Quando se invocam os fundamentos da “doença grave” ou da “deslocação para o estrangeiro” no requerimento para realização da tomada de declarações para memória futura, deve justificar-se, além do mais, a previsibilidade da pessoa a inquirir não poder comparecer em audiência de julgamento⁶.

Quanto ao fundamento da “doença grave”, importa dizer primeiramente que não basta a verificação de um mero impedimento físico-motor do qual a pessoa a inquirir padece e que torna impossível a sua deslocação ao tribunal para prestar declarações, já que para estes casos, prevê-se a tomada de declarações no domicílio, nos termos do disposto no artigo 319.º do Código de Processo Penal.

Por outro lado, a adjectivação da doença como “grave” também não exige que se esteja perante o outro extremo, ou seja, que a doença seja causa da morte da pessoa antes da realização da audiência de julgamento.

A este respeito PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE⁷ afirma que “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”.

⁵ No caso das vítimas menores de idade de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual esta diligência é obrigatoriamente realizada na fase de Inquérito, nos termos do disposto no artigo 271.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, sendo que, nos termos do disposto no artigo 28.º, n.º 1, da Lei de Protecção de Testemunhas (Lei n.º 93/99, de 14 de Julho), “o depoimento ou as declarações da testemunha especialmente vulnerável deverão ter lugar o mais brevemente possível após a ocorrência do crime”.

⁶ Nestas situações, o requerente está capaz de formular no momento um juízo de prognose acerca da não comparência da pessoa a inquirir no dia da audiência de julgamento. Diferentemente dos casos abrangidos pelo disposto no artigo 356.º, n.º 4, do Código de Processo Penal, nos quais não é possível tecer tal juízo, nomeadamente quando a pessoa morre no decorrer do processo, adoece gravemente ou ausenta-se com paradeiro incerto, de forma inesperada. Nestes casos, a referida disposição legal permite a leitura de declarações prestadas por essas pessoas perante autoridade judiciária.

⁷ Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, Lisboa – 2008, página 684.

Neste sentido, a “doença grave” tanto pode afectar a pessoa a inquirir ao nível físico ou psíquico, pelo que deve verificar-se se é previsível que por causa dessa doença, a pessoa esteja condicionada a ser ouvida em audiência de julgamento.

Já no que toca ao fundamento da “deslocação para o estrangeiro”, esta deve revestir certas características para que possa ser susceptível de antecipar a produção de prova, nomeadamente deve ser prolongada de tal forma que não haja data determinada para o regresso da pessoa a inquirir ao território nacional ou que ultrapasse a data previsível para a realização da audiência de julgamento.

Na prática, este fundamento é mais utilizado quando a pessoa a inquirir se desloque para território estrangeiro não pertencente à União Europeia, por força de mecanismos de cooperação internacional como sejam a Decisão Europeia de Investigação (DEI) em matéria penal (Lei n.º 88/2017, de 21 de Agosto).

1.4.2. A vítima de crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual

Quando a factualidade em investigação diga respeito a crimes de tráfico de pessoas ou contra a liberdade ou autodeterminação sexual, a inquirição da vítima, maior de idade, pode ser antecipada e tida em consideração na audiência de julgamento, sendo a *ratio* desta norma a protecção da própria vítima, evitando-se o reviver traumático da factualidade a que foi sujeita e a consequente destabilização emocional.

Estas vítimas são consideradas vítimas especialmente vulneráveis, na medida em que “As vítimas de criminalidade violenta e de criminalidade especialmente violenta são sempre consideradas vítimas especialmente vulneráveis”, nos termos do disposto no artigo 67.º-A, n.º 3, do Código de Processo Penal, por força do conceito de criminalidade violenta consagrado no artigo 1.º, alínea j), do Código de Processo Penal⁸.

Assim sendo, logo aquando da apresentação da denúncia e não existindo fortes indícios de que a mesma é infundada, as autoridades judiciais ou os órgãos de polícia criminal competentes devem atribuir-lhes o estatuto de vítima especialmente vulnerável, devendo também informá-las dos seus direitos, nomeadamente, do direito de ser inquiridas no âmbito das declarações para memória futura (artigos 20.º, 21.º, n.ºs 1 e 2, alínea d), e 24.º, todos do Estatuto da Vítima - Lei n.º 130/2015, de 04 de Setembro).

Conforme será referido no ponto 1.8.1. do presente trabalho, o Estatuto da Vítima, no seu artigo 24.º, prevê um regime de declarações para memória futura no caso das vítimas especialmente vulneráveis, sendo, porém, em tudo semelhante ao que está consagrado no

⁸ Segundo o qual: “‘Criminalidade violenta’ as condutas que dolosamente se dirigirem contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual ou a autoridade pública e forem puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 5 anos”.

artigo 271.º do Código de Processo Penal⁹, com exceção de que alarga a todas a as vítimas especialmente vulneráveis e não apenas aos menores de idade, a imposição de que a diligência deve ser realizada em “*ambiente informal e reservado, com vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e a sinceridade das respostas*”.

1.4.3. O caso particular da vítima menor de idade de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual

No caso das vítimas menores de idade de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, dispõe o artigo 271.º, n.º 2, do Código de Processo Penal que: “*procede-se sempre à inquirição do ofendido no decurso do inquérito, desde que a vítima não seja ainda maior*”, ou seja, a antecipação da produção de prova é obrigatória.

Neste sentido, a omissão de tal diligência constitui uma nulidade sanável, nos termos do disposto no artigo 120.º, n.º 2, alínea d), do Código de Processo Penal.

À semelhança do que se acabou de referir a respeito das vítimas de crime de tráfico de pessoas ou vítimas, maiores de idade, de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, também as vítimas menores de idade são consideradas vítimas especialmente vulneráveis, não só porque dada a sua idade pode subsumir-se na definição consagrada na alínea b) do n.º 1 do artigo 67.º-A do Código de Processo Penal, sendo que sempre o seria na esteira do preceituado no n.º 3 do referido artigo, conjugado com o conceito de criminalidade violenta consagrado no artigo 1.º, alínea j), do Código de Processo Penal.

Assim sendo, também a estas vítimas ser-lhes-á atribuído o estatuto de o estatuto de vítima especialmente vulnerável, devendo também ser informadas dos seus direitos (artigos 20.º, 21.º, n.ºs 1 e 2, alínea d), todos do Estatuto da Vítima - Lei n.º 130/2015, de 04 de Setembro).

Esse direito à informação, mediante a idade, a maturidade e a compreensão da vítima menor de idade deverá ser exercido na sua pessoa e na pessoa do seu legal representante, sendo certo que também o poderá ser na pessoa do seu Patrono.

⁹ Senão vejamos, o artigo 24.º do Estatuto da Vítima dispõe o seguinte: “1 - O juiz, a requerimento da vítima especialmente vulnerável ou do Ministério Público, pode proceder à inquirição daquela no decurso do inquérito, a fim de que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento, nos termos e para os efeitos previstos no artigo 271.º do Código de Processo Penal./ 2 - O Ministério Público, o arguido, o defensor e os advogados constituídos no processo são notificados da hora e do local da prestação do depoimento para que possam estar presentes, sendo obrigatória a comparência do Ministério Público e do defensor./ 3 - A tomada de declarações é realizada em ambiente informal e reservado, com vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e a sinceridade das respostas. / 4 - A tomada de declarações é efetuada, em regra, através de registo áudio ou audiovisual, só podendo ser utilizados outros meios, designadamente estenográficos ou estenotípicos, ou qualquer outro meio técnico idóneo a assegurar a reprodução integral daquelas, ou a documentação através de auto, quando aqueles meios não estiverem disponíveis, o que deverá ficar a constar do auto./ 5 - A inquirição é feita pelo juiz, podendo em seguida o Ministério Público, os advogados constituídos e o defensor, por esta ordem, formular perguntas adicionais, devendo a vítima ser assistida no decurso do ato processual por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado pelo tribunal./ 6 - Nos casos previstos neste artigo só deverá ser prestado depoimento em audiência de julgamento se tal for indispensável à descoberta da verdade e não puser em causa a saúde física ou psíquica de pessoa que o deva prestar”.

A este respeito, importa referir que *“É obrigatória a nomeação de patrono à criança quando os seus interesses e os dos seus pais, representante legal ou de quem tenha a guarda de facto sejam conflitantes e ainda quando a criança com a maturidade adequada o solicitar ao tribunal”*, nos termos do disposto no artigo 22.º, n.º 3, do Estatuto da Vítima.

Por outro lado, outra das questões que se coloca aquando da inquirição de crianças é o facto de que até que ponto deve ou não ser credibilizado o seu testemunho, na medida em que dependendo da sua idade e grau de maturidade, a fantasia tende a misturar-se com a realidade, ocorrendo não raras vezes, o fenómeno das memórias falsas¹⁰.

Assim, em processo penal existe a possibilidade de submeter as crianças (menores de 18 anos de idade) a perícia sobre a personalidade, nos termos do disposto no artigo 131.º, n.º 4, do Código de Processo Penal. Tal perícia não visa demonstrar se o depoimento da criança é verdade ou mentira, mas tão só se essa criança em particular, dadas as suas características, tem capacidade para testemunhar.

Noutras situações, a criança a inquirir em processo penal, como testemunha ou como vítima, dada a sua relação familiar de proximidade com o suspeito ou arguido, pode ser confrontada com a possibilidade de exercer o direito de recusa de depoimento, consagrado no artigo 134.º do Código de Processo Penal.

A este respeito, concordamos na íntegra com RUI DO CARMO, quando refere que: *“Na prática judiciária, a aplicação do n.º 2 do artigo 134.º CPP a testemunhas menores de idade tem revelado, não raramente, a existência de entendimentos que, a nosso ver, exorbitam o sentido da norma – de um lado, a exigência de que aquela advertência seja sempre feita independentemente da idade e maturidade da criança; do outro, a atribuição da decisão sobre a recusa a depor ao seu representante legal. Pelas fortes repercussões negativas que tais entendimentos podem ter na afirmação dos direitos da criança no processo penal, em particular quando se encontram na posição de vítimas, e para a prova, importa que a lei seja, neste ponto, clarificada”*¹¹.

Assim sendo, na esteira do entendimento sufragado *supra*, devemos separar claramente o conceito de capacidade para testemunhar do conceito de capacidade para exercício do direito de recusar testemunhar, sendo este um acto puramente pessoal, não cabendo aqui o direito

¹⁰ A este respeito ANABELA PEREIRA: *“As singularidades da memória infantil devem ser contempladas aquando do depoimento, pois para além das questões fisiológicas existem também as cognitivas, nomeadamente a capacidade de comunicação, a aptidão para lidar com momentos de stress, a competência para distinguir a realidade da fantasia, o conhecimento que a criança tem sobre o acontecimento, entre outros elementos que determinarão a forma como a informação será armazenada na memória. De salientar ainda o fenómeno da sugestionabilidade que influi decisivamente na narrativa da criança, uma vez que esta está mais vulnerável a interferências externas quando comparada a um adulto. A criança é sensível no que respeita à sua posição de inferioridade e é comum um adulto impor a sua visão ao menor, abrindo-se assim a possibilidade para a criação de uma falsa memória”* (PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO INFANTIL: Verdades e mentiras na cena judicial, 2014, disponível em: www.recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/6305/DM_Anabela%20Pereira.pdf).

¹¹ *“AS CRIANÇAS COMO TESTEMUNHAS – APLICAR E CLARIFICAR A LEI [AS DECLARAÇÕES ÚNICAS DA CRIANÇA; O ESTATUTO DE VÍTIMA; RECUSA A DEPOR]”*, in: Revista do CEJ, 2.º Semestre, 2016, Número 2, página 105.

de representação da criança, pelo que apenas deve ser transmitido à criança, quando esta possua idade e maturidade suficiente para a sua compreensão¹².

Quanto à realização da diligência, o n.º 4 do artigo 271.º do Código de Processo Penal, consagra que “a tomada de declarações é realizada em ambiente informal e reservado”, pretendendo-se proteger a criança do chamado fenómeno de vitimização secundária, mas também de forma a alcançar um depoimento espontâneo e sincero.

Neste contexto, consagra-se ainda na referida norma que a vítima menor de idade deverá ser assistida por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito, sendo que, nos termos do disposto no artigo 160.º, n.º 2, e 160.º-A, n.º 1, ambos do Código de Processo Penal, 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.

É consabido que, no nosso país, a maioria dos edifícios destinados aos tribunais não dispõe de locais adequados para a realização de uma diligência como a tomada de declarações para memória futura de uma vítima menor de idade¹³. Apesar disso, a realização de tal diligência deverá ocorrer em ambiente o mais informal possível, pelo que é aconselhável que não se realize nas habituais salas de audiências de julgamento, dado o seu mobiliário austero e disposição que imprime distanciamento entre os vários intervenientes. Outrossim, tal diligência deve realizar-se em um espaço privado, tranquilo, que seja capaz de transmitir à criança segurança e confiança, pelo que deve conter poucos elementos de distração e algum material facilitador de comunicação (folhas de papel em branco, lápis de cor, legos, etc.). Por outro lado, os diversos intervenientes (Juiz, Ministério Público, advogados e funcionário) deverão abster-se da utilização de traje profissional.

A este propósito, realça-se a importância de instrumentos como o *Guia de Boas Práticas para a Audição das Crianças*¹⁴, de autoria de RUTE AGULHAS e de JOANA ALEXANDRE, no qual se estabelecem directrizes a seguir quanto à audição da crianças, nomeadamente quanto às suas variáveis fundamentais, a saber: variáveis ambientais, relacionadas com o espaço (espaço físico e materiais) onde decorre a audição; variáveis relacionadas com a entrevista, e que remetem para a forma como esta é estruturada e conduzida (p. ex., tipo de questões que são formuladas); variáveis relacionadas com o entrevistador, que dizem respeito às suas crenças e aos erros de processamento de informação, que se reflectem no seu comportamento verbal e não verbal e influenciam os processos de tomada de decisão; variáveis relacionadas com a

¹² Neste sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 26 de Junho de 2002, no âmbito do processo n.º 1868/2002, cujo relator foi PIRES SALPICO, cujo sumário é citado por RUI DO CARMO no artigo “AS CRIANÇAS COMO TESTEMUNHAS – APLICAR E CLARIFICAR A LEI [AS DECLARAÇÕES ÚNICAS DA CRIANÇA; O ESTATUTO DE VÍTIMA; RECUSA A DEPOR]”, in: Revista do CEJ, 2.º Semestre, 2016, Número 2, páginas 106 e 107.

¹³ A este respeito, indicam-se, como exemplos a seguir, as chamadas “Câmaras de Gesell”, utilizadas na Justiça alemã, foram projectadas pelo psicólogo e pediatra americano Arnold Gesell, e são salas em que uma das paredes é de vidro unidireccional, nas quais os depoentes não se apercebem que estão a ser observados por outros que não os profissionais que estão consigo no interior da sala.

¹⁴ “Audição da criança: guia de boas práticas”, 1.ª edição, Lisboa, Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, 2017.

criança, nomeadamente, o seu nível de desenvolvimento (cognitivo, emocional, motivacional, social, moral) e o peso que algumas variáveis podem ter no processo de audição.

1.5. A tomada de declarações para memória futura prévias à constituição de arguido

A questão de saber se a prestação de declarações para memória futura pressupõe ou não a prévia constituição de arguido é controversa, quer na Doutrina, quer na Jurisprudência, sendo uma situação em que surge claramente a tensão entre o respeito pelo princípio do contraditório pleno e os interesses da realização da justiça e descoberta da verdade material.

De um lado da “barricada” esgrimem-se argumentos contra a tomada de declarações para memória futura antes da constituição de arguido, já que tal lesa os direitos de defesa do arguido, porquanto fica impossibilitado de contradizer tal depoimento¹⁵.

Do outro lado, o oposto, argumenta-se que a diligência de tomada de declarações para memória futura pode ser realizada numa fase inicial do Inquérito, mesmo quando não existe, ainda, arguido constituído enquanto tal ou até quando não se conhece a identidade do(s) suspeito(s)¹⁶.

Adiantamos, desde já, que perfilhamos o segundo entendimento *supra* exposto, na esteira dos ensinamentos de ANTÓNIO GAMA e CRUZ BUCHO¹⁷, isto porque, desde logo, o artigo 271.º do Código de Processo Penal não consagra como pressuposto da tomada de declarações para memória futura a prévia constituição de arguido ou que o inquérito corra contra pessoa determinada, pelo que a obrigatoriedade da convocatória e presença referidas no seu n.º 3 só existe nessas situações.

Estes serão, porém, casos excepcionais, nos que se possa aceitar como proporcional e razoável sacrificar o respeito pelo princípio do contraditório pleno aos interesses da realização da justiça e descoberta da verdade material, o que apenas é possível aferir casuisticamente.

¹⁵ São defensores deste entendimento, entre outros: DAMIÃO DA CUNHA, “O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento: arts. 356.º e 357.º do CPP”, in: *Revista portuguesa de ciência criminal - Coimbra*. - A. 7, n.º 3 (Julho-Setembro 1997), página 409; MOURAZ LOPES, «O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: “as declarações para memória futura”» in: Sub judice, Lisboa, (26), Out.- Dez., 2003, página 16; JOAQUIM MALAFAIA, “O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos actos de instrução e nas declarações para memória futura”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14, n.º 4, Outubro-Dezembro de 2004, páginas 532 a 533. No que toca à Jurisprudência: Acórdão da Relação de Évora, datado de 29 de Março de 2005, no qual foi relator JOSÉ MAGALHÃES (in: *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXX, tomo 2, páginas 269 a 271) e o Acórdão da Relação do Porto, datado de 18 de Abril de 2001, no qual foi relator MANSO RAINHO (*Colectânea de Jurisprudência*, ano XXVI, tomo 2, páginas 229 a 230).

¹⁶ São defensores deste entendimento PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (“Comentário do Código de Processo Penal”, 2.ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa – 2008, página 702); ANTÓNIO GAMA, “Reforma do Código Processo Penal: Prova Testemunhal, Declarações para memória futura e reconhecimento”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 19, 2009); CRUZ BUCHO, “Declarações para Memória Futura - elementos de estudo”, 2012, disponível em: www.trg.pt/ficheiros/estudos/declaracoes_para_memoria_futura.pdf. Já na Jurisprudência este entendimento é o maioritário, indicando-se, a título exemplificativo: o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 25 de Março de 2009, no qual foi relator FERNANDO FRÓIS; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 4 de Maio de 2017, no qual foi relator ABRUNHOSA DE CARVALHO – ambos disponíveis para consulta em: www.dgsi.pt.

¹⁷ Obras já citadas.

No entanto, e apesar do que se acaba de referir, sempre que seja admissível tomar declarações para memória futura antes da constituição de arguido, torna-se necessária a nomeação de defensor e a sua notificação e comparência no acto, para estar presente na diligência de tomada de declarações para memória futura e exercer os direitos que a lei reconhece à pessoa que pode vir a assumir a qualidade de arguido. Esta é a interpretação que decorre da leitura da conjugação das disposições dos artigos 271.º n.ºs 3 e 5, e 64.º, n.º 1, alínea f), ambos do Código de Processo Penal.

Esta solução permite resolver o conflito em causa e a garante o respeito pelos princípios da defesa efectiva num processo equitativo, que estão consagrados nos artigos 20.º, n.ºs 1 e 2, e 32.º n.ºs 1, 3 e 5, ambos da Constituição da República Portuguesa, 6.º, n.º 3, alínea c), da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e 47.º e 48.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

1.6. A repetição da inquirição em audiência de julgamento

A questão da possibilidade da repetição da inquirição da pessoa anteriormente inquirida no âmbito das declarações para memória futura, em audiência de julgamento está regulada na norma constante do artigo 271.º, n.º 8, do Código de Processo Penal, segundo a qual: *“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”*.

Neste sentido, mediante o fundamento que tenha estado na base do requerimento para a tomada de declarações para memória futura, a saber: a doença grave, a deslocação para o estrangeiro ou a investigação de um dos crimes de catálogo, designadamente os casos de vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual e tráfico de pessoas, a ponderação da repetição da inquirição deve ser mais ou menos fundamentada, devendo-o ser mais no caso das vítimas dos crimes do catálogo.

Pelo que, nos casos em que a vítima de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual e tráfico de pessoas tenha sido inquirida, não se pode olvidar que aquela primeira diligência visou salvaguardar os seus interesses, designadamente evitar a vitimização secundária, protegendo-a de reviver a factualidade de que foi alvo.

No entanto, seja qual for o fundamento invocado no requerimento para a tomada de declarações para memória futura, a repetição da produção da prova em audiência de julgamento apenas pode operar em situações de carácter excepcional, advertindo o legislador que tal repetição não pode colocar em causa a saúde física ou psíquica da pessoa que deva prestar o depoimento.

Este condicionalismo dá ênfase à importância da realização da diligência de tomada de declarações para memória futura (que abordaremos adiante), nomeadamente ao tipo de questões que serão colocadas à pessoa a inquirir, que não podem ser sugestivas, devendo

deixar a pessoa confortável, capaz de prestar um depoimento espontâneo e genuíno, sem nunca esquecer que devem ser explorados todos os factos que resultem dos elementos probatórios coligidos nos autos até então. Caso contrário, as declarações para memória futura serão inúteis, não alcançando o fim a que se propuserem e existindo real necessidade de repetir a inquirição em audiência de julgamento.

1.7. A leitura e valoração das declarações para memória futura em audiência de julgamento

Nos termos do disposto no artigo 355.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, não são válidas, para efeitos de *formação de convicção do Tribunal*, quaisquer provas que não tenham sido produzidas ou examinadas em sede de audiência de julgamento, sendo esta norma um afloramento dos princípios da imediação, concentração e oralidade, que regem o processo penal português, subjacentes ao princípio do contraditório constitucionalmente consagrado (artigo 32.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa).

No entanto, não podemos olvidar a ressalva do n.º 2 do referido artigo 355.º, para a prova que se encontra em peças processuais cuja leitura é permitida, nos termos do disposto nos artigos 356.º e 357.º, ambos do Código de Processo Penal.

No caso das declarações para memória futura, dispõe o artigo 356.º, n.º 2, alínea a), do Código de Processo Penal que a sua leitura é permitida em audiência de julgamento e assim valorada e tida em conta na formação da convicção do Tribunal. Mas a questão que se coloca é a seguinte: é ou não obrigatória a leitura/audição das declarações para memória futura em audiência de julgamento?

A este respeito, o Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 8/2017, datado de 11 de Outubro de 2017¹⁸ veio responder da seguinte forma: *“As declarações para memória futura, prestadas nos termos do artigo 271.º, do CPP, não têm de ser obrigatoriamente lidas em audiência de julgamento para que possam ser tomadas em conta e constituir prova validamente utilizável para a formação da convicção do tribunal, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 355.º e 356.º, n.º 2, al. a), do mesmo Código”* (sublinhado nosso).

No referido acórdão são expostas, de forma exaustiva, as duas correntes que quer na Doutrina, quer na Jurisprudência respondem de forma antagónica a tal questão, apesar de a corrente maioritária em ambos os meios defender a exigência da leitura das declarações para memória futura em sede de audiência de julgamento, para que possam ser submetidas ao contraditório e consequentemente valoradas¹⁹.

¹⁸ Processo n.º 895/14.OPGLRS.L1-A.S1, no qual foi relator MANUEL AUGUSTO DE MATOS - disponível para consulta em www.dgsi.pt.

¹⁹ Neste sentido: ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *“Notas sobre o âmbito e a natureza dos depoimentos (ou declarações) para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais (ou da razão de ser de uma aparente “insensibilidade judicial” em sede de audiência de julgamento)”*, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 19, n.º 1, Janeiro-Março de 2009, Coimbra Editora, páginas 101 a 121; ANTÓNIO GAMA, *“Reforma do Código de Processo Penal: Prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento”*, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 19, Julho-Setembro de 2009, página 399; CRUZ BUCHO, *“Declarações Para Memória Futura, Elementos de Estudo”*, 2002, disponível em: www.trg.pt/ficheiros/estudos/declaracoes_para_memoria_futura.pdf; GERMANO

No entanto, tal acórdão acaba por defender a posição minoritária²⁰ que advoga não ser necessária a leitura dessas declarações para que possam ser valoradas e formar a convicção relativa à matéria de facto, na medida em que, desde que sejam prestadas com respeito pelos princípios do contraditório e da imediação da prova, não necessitam de ser lidas em audiência de julgamento.

É avançado, desde logo o elemento textual, já que o disposto no artigo 356.º, n.º 2, alínea a), conjugado com o disposto no artigo 355.º, n.º 2, ambos do Código de Processo Penal, não consagra a obrigatoriedade da leitura das declarações para memória futura em audiência de julgamento, apenas a permite.

Por outro lado, as últimas alterações legislativas ao regime legal das declarações para memória futura, previsto no Código de Processo Penal, nomeadamente a Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto e a Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, vieram reforçar o respeito pelos referidos princípios, daí a decisão do acórdão de uniformização de jurisprudência.

Assim sendo, com a Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, passou a ser obrigatória a comparência, na inquirição, do Ministério Público e do defensor do arguido (artigo 271.º, n.º 3, do Código de Processo Penal), sendo que a inquirição é feita pelo Juiz, podendo os intervenientes processuais (Ministério Público, advogados do assistente e das partes civis e o defensor) formular perguntas adicionais directamente, sem prévia solicitação/autorização, ou intermediação do juiz (artigo 271.º, n.º 5, do Código de Processo Penal). Já com a Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, consagrou-se a regra da documentação das declarações através de registo áudio ou audiovisual (artigo 271.º, n.º 6, do Código de Processo Penal).

Concordamos com a decisão proferida no referido acórdão de fixação de jurisprudência, segundo o qual: *“Temos consciência de que uma realidade é a produção antecipada de prova (v.g. em inquérito), com observância do contraditório, e outra é o exame dessa prova na audiência de julgamento. Contudo, entendemos que essas declarações, em audiência de*

MARQUES DA SILVA, “Produção e valoração da prova em processo penal”, in: *Revista do CEJ*, 1.º semestre 2006, n.º 4, páginas 44 e 45; JOAQUIM MALAFAIA, “O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos actos de instrução e nas declarações para memória futura”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14, n.º 4, Outubro-Dezembro de 2004, páginas 537 a 539; JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, “O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento: arts. 356.º e 357.º do CPP in: [Revista portuguesa de ciência criminal](#) - Coimbra - A. 7, n.º 3 (Jul.- Setembro 1997), páginas 403 a 443; PAULO DÁ MESQUITA, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento – estudo sobre a prova no processo penal português à luz do sistema norte-americano*, Coimbra Editora, páginas 596 a 615 e nota n.º 286; SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, Coimbra Editora, 2007, página 246. Na Jurisprudência, indicam-se, a título exemplificativo acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, cujos sumários estão disponíveis em www.stj.pt, datados de: 22 de Setembro de 2005 (processo n.º 2239/05 - 5.ª Secção); 9 de Maio de 2007 (processo n.º 247/07 - 3.ª Secção); 17 de Maio de 2007 (processo n.º 1608/07 - 5.ª Secção).

²⁰ Neste sentido, MAIA COSTA, “Código de Processo Penal” Comentado, 2016, 2.ª Edição Revista, Almedina, páginas 917, 919 e 920”; OLIVEIRA MENDES, “Código de Processo Penal” Comentado, 2016, 2.ª Edição Revista, Almedina, página 1071; FERNANDO GAMA LOBO, *Código de Processo Penal Anotado*, Almedina, página 496. Na Jurisprudência, indicam-se, a título exemplificativo, acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, cujos sumários estão disponíveis em www.stj.pt, datados de: 20 de Junho de 2012 (processo n.º 258/01.8JELSB.C1.S1 - 3.ª Secção); 23 de Abril de 2014 (processo n.º 68/08.1GABNV.L1.S1 - 3.ª Secção). [O Tribunal Constitucional também se pronunciou a este respeito no Acórdão n.º 367/2014, publicado no](#) Diário da República, II Série, de 27 de Novembro de 2014: segundo o qual: “Não julga inconstitucional o artigo 271.º, n.º 8, do Código de Processo Penal, no segmento segundo o qual não é obrigatória, em audiência de discussão e julgamento, a leitura das declarações para memória futura”, disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/59068812/details/normal?perPage=100&q>.

juízo, também podem ser contraditadas, no exercício do contraditório, na medida em que podem ser discutidas e contestadas, através de outra prova arrolada./ Assim, consideramos que a leitura/audição das declarações para memória futura, em audiência de julgamento, não aporta um reforço do princípio do contraditório, porque apenas se ouve/reproduz o que já está documentado no processo”.

1.8. A previsão de tomada de declarações para memória futura em diplomas avulsos

O instituto das declarações para memória futura, além de estar previsto no artigo 271.º do Código de Processo Penal, está ainda previsto noutros diplomas legais avulsos²¹, nos quais se visa essencialmente a protecção de certas testemunhas ou vítimas, que dada a sua vulnerabilidade, exigem uma outra atenção por parte da prática judiciária, pelo que de seguida iremos expor tais disposições, ainda que de forma sintética.

1.8.1. O Estatuto da Vítima

O Estatuto da Vítima – Lei n.º 130/2015, de 04 de Setembro – prevê no seu artigo 24.º que a requerimento da vítima especialmente vulnerável ou do Ministério Público a inquirição da vítima especialmente vulnerável para os fins e efeitos previstos no regime legal das declarações para memória futura.

No referido artigo 24.º do Estatuto da Vítima é plasmado um regime legal de tomada de declarações para memória futura em tudo semelhante ao que está consagrado no artigo 271.º do Código de Processo Penal²².

Por vítimas especialmente vulneráveis entende-se *“a vítima cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua idade, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do facto de*

²¹ No entanto, a nosso ver esta dispersão legislativa e até sobreposição não facilita a uniformização e eficiência da prática judiciária.

²² “Artigo 24.º

Declarações para memória futura

1 - O juiz, a requerimento da vítima especialmente vulnerável ou do Ministério Público, pode proceder à inquirição daquela no decurso do inquérito, a fim de que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento, nos termos e para os efeitos previstos no artigo 271.º do Código de Processo Penal.

2 - O Ministério Público, o arguido, o defensor e os advogados constituídos no processo são notificados da hora e do local da prestação do depoimento para que possam estar presentes, sendo obrigatória a comparência do Ministério Público e do defensor.

3 - A tomada de declarações é realizada em ambiente informal e reservado, com vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e a sinceridade das respostas.

4 - A tomada de declarações é efetuada, em regra, através de registo áudio ou audiovisual, só podendo ser utilizados outros meios, designadamente estenográficos ou estenotípicos, ou qualquer outro meio técnico idóneo a assegurar a reprodução integral daquelas, ou a documentação através de auto, quando aqueles meios não estiverem disponíveis, o que deverá ficar a constar do auto.

5 - A inquirição é feita pelo juiz, podendo em seguida o Ministério Público, os advogados constituídos e o defensor, por esta ordem, formular perguntas adicionais, devendo a vítima ser assistida no decurso do ato processual por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado pelo tribunal.

6 - Nos casos previstos neste artigo só deverá ser prestado depoimento em audiência de julgamento se tal for indispensável à descoberta da verdade e não puser em causa a saúde física ou psíquica de pessoa que o deva prestar”.

o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social”, sendo que “As vítimas de criminalidade violenta e de criminalidade especialmente violenta são sempre consideradas vítimas especialmente vulneráveis”, nos termos do disposto no artigo 67.º-A, n.ºs 1, alínea b), e 3, do Código de Processo Penal, por força do conceito de criminalidade violenta consagrado no artigo 1.º, alínea j), do Código de Processo Penal²³.

Na senda de protecção destas vítimas, por forma a evitar o fenómeno da vitimização secundária, logo aquando da apresentação da denúncia e não existindo fortes indícios de que a mesma é infundada, as autoridades judiciais ou os órgãos de polícia criminal competentes devem atribuir-lhes o estatuto de vítima especialmente vulnerável, devendo também informá-las dos seus direitos, nomeadamente, do direito de ser inquiridas no âmbito das declarações para memória futura (artigos 20.º, 21.º, n.ºs 1 e 2, alínea d), e 24.º, todos do Estatuto da Vítima).

A este respeito importa também referir o disposto no artigo 23.º, n.º 1, do Estatuto da Vítima, segundo o qual: *“Os depoimentos e declarações das vítimas especialmente vulneráveis, quando impliquem a presença do arguido, são prestados através de videoconferência ou de teleconferência, por determinação do Ministério Público, oficiosamente ou a requerimento da vítima, durante a fase de inquérito, e por determinação do tribunal, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público ou da vítima, durante as fases de instrução ou de julgamento, se tal se revelar necessário para garantir a prestação de declarações ou de depoimento sem constrangimentos”.*

1.8.2. A Lei de Protecção de Testemunhas

No âmbito da Lei de Protecção de Testemunhas - Lei n.º 93/99, de 14 de Julho - é consagrado que: *“Sempre que possível, deverá ser evitada a repetição da audição da testemunha especialmente vulnerável durante o inquérito, podendo ainda ser requerido o registo nos termos do artigo 271.º do Código de Processo Penal”* (artigo 28.º, n.º 2).

Nos termos do disposto nos artigos 2.º, alínea a), e 26.º, n.º 2, ambos da Lei de Protecção de Testemunhas, testemunha especialmente vulnerável 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 objecto do processo, de cuja utilização resulte um perigo para si ou para outrem”* e cuja vulnerabilidade resulta, *“nomeadamente, da diminuta ou avançada idade, do seu estado de saúde ou do facto de ter de depor ou prestar declarações contra pessoa da própria família ou de grupo social fechado em que esteja inserida numa condição de subordinação ou dependência”.*

²³ Segundo o qual: *“Criminalidade violenta' as condutas que dolosamente se dirigirem contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual ou a autoridade pública e forem puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 5 anos”.*

O recurso ao instituto das declarações para memória futura propõe-se, nestes casos, a garantir a espontaneidade e a sinceridade das respostas dadas por estas testemunhas (artigo 27, n.º 1, da Lei de Protecção de Testemunhas) aquando da sua inquirição e evitar a sua fragilização emocional, dada a sua vulnerabilidade.

Também no disposto no artigo 29.º e 30.º da referida Lei são avançadas estratégias de protecção da testemunha especialmente vulnerável, que devem ser conjugadas com o regime legal disposto no artigo 271.º do Código de Processo Penal, a saber: *“O juiz que presida a acto processual público ou sujeito ao contraditório, com vista à obtenção de respostas livres, espontâneas e verdadeiras, pode: a) Dirigir os trabalhos de modo que a testemunha especialmente vulnerável nunca se encontre com certos intervenientes no mesmo acto, designadamente com o arguido; b) Ouvir a testemunha com utilização de meios de ocultação ou de teleconferência, nomeadamente a partir de outro local do edifício do tribunal, aplicando-se devidamente adaptado o disposto nos artigos 4.º a 15.º; c) Proceder à inquirição da testemunha, podendo, depois disso, os outros juizes, os jurados, o Ministério Público, o defensor e os advogados do assistente e das partes civis pedir-lhe a formulação de questões adicionais”*. Além disso, *“Sempre que tal se lhe afigure útil, o juiz que presida a acto processual público ou sujeito a contraditório poderá notificar o acompanhante para que compareça perante si com a testemunha especialmente vulnerável para fins exclusivos de apresentação e para que lhe sejam previamente mostradas as instalações onde decorrerá o acto em que deva participar”*.

1.8.3. Regime Jurídico Aplicável à Prevenção da Violência Doméstica e à Protecção e Assistência suas Vítimas

A Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro consagra o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica e à protecção e assistência suas vítimas, sendo que no seu artigo 33.º²⁴ consagra que, a requerimento da vítima do crime de violência doméstica ou do Ministério Público, pode ser requerido a tomada de declarações da referida vítima para memória futura,

²⁴ “Artigo 33.º

Declarações para memória futura

1 - O juiz, a requerimento da vítima ou do Ministério Público, pode proceder à inquirição daquela no decurso do inquérito, a fim de que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento.

2 - O Ministério Público, o arguido, o defensor e os advogados constituídos no processo são notificados da hora e do local da prestação do depoimento para que possam estar presentes, sendo obrigatória a comparência do Ministério Público e do defensor.

3 - A tomada de declarações é realizada em ambiente informal e reservado, com vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e a sinceridade das respostas, devendo a vítima ser assistida no decurso do ato processual pelo técnico de apoio à vítima ou por outro profissional que lhe tenha vindo a prestar apoio psicológico ou psiquiátrico, previamente autorizados pelo tribunal.

4 - A inquirição é feita pelo juiz, podendo em seguida o Ministério Público, os advogados constituídos e o defensor, por esta ordem, formular perguntas adicionais.

5 - É correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 352.º, 356.º, 363.º e 364.º do Código de Processo Penal.

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

7 - 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”.

sendo o regime aí plasmado em tudo idêntico ao disposto no artigo 271.º do Código de Processo Penal.

No entanto, assinala-se a exigência também para as vítimas de violência doméstica (e não só para as vítimas menores de idade de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, conforme previsto no artigo 271.º, n.º 4 do Código de Processo Penal), de a realização da diligência ser levada a cabo em ambiente reservado e informal, por forma a permitir a espontaneidade e a sinceridade das respostas.

Também neste âmbito, a *ratio* do legislador foi a protecção da vítima do crime de violência doméstica, evitando o fenómeno da vitimização secundária. Por outro lado, existe ainda uma importante preocupação prática de preservação da prova, na medida em que os depoimentos das vítimas de violência doméstica são, na maioria das vezes, os únicos elementos que sustentam a factualidade denunciada, dado o seu carácter familiar e reservado, aliado ao facto de as vítimas poderem lançar mão da prerrogativa de não prestar declarações, tendo em conta o disposto no artigo 134.º do Código de Processo Penal, em fases posteriores do Processo.

Refira-se ainda que a vítima do crime de violência doméstica sempre teria direito a prestar declarações para memória futura, na medida em que, além do mais, também é considerada uma vítima especialmente vulnerável, nos termos do disposto no artigo 67.º-A, n.º 3, do Código de Processo Penal, por força do conceito de criminalidade violenta consagrado no artigo 1.º, alínea j) do Código de Processo Penal, pelo que sempre seria de aplicar o disposto nos artigos 21.º, n.º 2, alínea d), e 24.º, ambos do Estatuto da Vítima.

2. Prática e Gestão Processual

2.1. Um exemplo de requerimento apresentado pelo Ministério Público

No âmbito do 2.º Ciclo da Formação para Magistrados do Ministério Público²⁵, deparamo-nos com um Inquérito cuja investigação visava factualidade susceptível de integrar a prática de um crime de abuso sexual de crianças, previsto e punido pelo artigo 171.º, n.º 2, agravado pelo disposto no artigo 177.º, n.º 1, alínea a), ambos do Código Penal.

O referido Inquérito teve início com a denúncia apresentada pela CPCJ, na qual dava conta que a criança em questão tinha relatado tais factos a uma das técnicas da referida comissão, pelo que, visando evitar a duplicação de inquirições à criança, o que aumentaria a sua fragilização, e perante a obrigatoriedade da realização da tomada de declarações para memória futura, optamos, logo na fase inicial da investigação, por requer a realização da dita diligência, o que se fez, nos seguintes termos:

²⁵ 33.º Curso Normal de Formação – CEJ.

Processo n.º xxx/18.8JABRG

Conclusão a 30/04/2019

*

No presente Inquérito investiga-se facticidade que, em abstracto, consubstancia a prática de um crime de abuso sexual de crianças, previsto e punido pelo artigo 171.º, n.º 2, agravado pelo disposto no artigo 177.º, n.º 1, alínea a), ambos do Código Penal, por parte do denunciado xxx, na pessoa da sua filha, yyy, nascida a 27 de Outubro de 2010.

Segundo o disposto no artigo 271.º, n.º 1, do Código de Processo Penal: *“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 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”*.

Nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, *“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**”*.

Na referida diligência de inquirição da vítima menor de idade, esta deverá ser assistida por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito, conforme o disposto no artigo 271.º, n.º 4 do Código de Processo Penal.

Pelo exposto, cumpre proceder à realização da tomada de declarações para memória futura à menor yyy – melhor identificada a fls. 37.

Remeta os autos ao Mm.º Juiz de Instrução, a quem se requer que sejam tomadas declarações para memória futura a yyy, nos termos do disposto no artigo 271.º do Código de Processo Penal, com observância do n.º 4 do referido artigo.

*

(processei e revi - artigo 94.º, n.º 2, do Código de Processo Penal)

Felgueiras, 30/04/2019,

A Procuradora-Adjunta,

2.2. A importância do papel do Ministério Público

Ao Ministério Público, enquanto detentor da acção penal, compete-lhe a direcção efectiva do inquérito, pelo que cabe-lhe, em primeiro lugar, aferir da necessidade de proceder à realização da tomada de declarações para memória futura, seja qual o for o seu fundamento, mas, principalmente no caso de existirem vítimas menores de idade de crimes contra a autodeterminação e liberdade sexual, para as quais a lei impõe tal realização (artigo 271.º, n.º 2, do Código de Processo Penal), dado o seu dever estatutário de representação dos incapazes, mormente das crianças (artigos 3.º, n.º 1, alínea a), e 5.º, n.º 1, alínea a), ambos do Estatuto do Ministério Público).

O Ministério Público deve estar principalmente atento aos casos em que o crime ocorre no seio familiar, nos quais existe necessidade de intervenção ao nível da promoção e protecção da criança. Nestes casos, a pedra de toque é o superior interesse da criança, pelo que a interacção entre os magistrados responsáveis por cada jurisdição (Criminal e Família e Menores) deve ser o mais estreita possível, por forma a compatibilizar decisões, nomeadamente quanto às medidas de coacção e às medidas de promoção e protecção a aplicar em cada Processo e quanto ao aproveitamento das diligências realizadas, evitando-se a sua duplicação²⁶.

Neste sentido, o legislador consagrou no artigo 5.º, n.º 7, alínea d), do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (Lei n.º 141/2015, de 08 de Setembro) que *“quando em processo-crime a criança tenha prestado declarações para memória futura, podem estas ser consideradas como meio probatório no processo tutelar cível”*, sendo que tal disposição é aplicável no âmbito dos Processos de Promoção e Protecção, nos termos do disposto no artigo 84.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro).

Também a alteração legislativa de 2007 (Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto), que tornou obrigatória, no caso de processo por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, a inquirição do ofendido no decurso do inquérito, desde que a vítima não seja ainda

²⁶ No entanto, a necessidade de estreita cooperação entre os magistrados do Ministério Público responsáveis pela jurisdição penal e pela jurisdição de família e menores não se cinge aos casos de promoção e protecção, já que também no âmbito dos Inquéritos Tutelares Educativos essa necessidade se faz sentir, nomeadamente em casos de prática de crimes em co-autoria por um imputável em razão da idade e por um jovem com idade compreendida entre os doze e os dezasseis anos, nos quais haja necessidade ou obrigatoriedade de inquirir vítima ou testemunha em declarações para memória futura. A este respeito, ma senda do entendimento de JÚLIO BABOSA E SILVA (*“Por quem os sinos dobram as declarações para memória futura, a sua (des)necessidade no âmbito da Lei Tutelar Educativa e o contraditório no âmbito da jurisprudência nacional e do TEDH”*, in: [Julgar](#) – Coimbra, Coimbra Editora, n.º 19 (Jan.- Arbil 2013), páginas 177 e 178): *“Outra alternativa para quem não concorde com algumas das soluções adiantadas poderia passar por um indispensável diálogo próximo e conjunto entre ambas as jurisdições (crime e família) organizando-se a diligência em conjunto, dessa forma permitindo que a vítima apenas fosse ouvida por uma vez, com aproveitamento em ambos os processos. Não vemos qualquer óbice a que assim se possa proceder, permitindo-se que o defensor do jovem pudesse estar presente na diligência (declarações para memória futura) e aí pudesse exercer aquele contraditório, já que apenas artificialmente tivemos um tratamento processual diferenciado à nascença (os factos são os mesmos, a vítima é a mesma mas os actores e tratamento processual são diferentes) que não deve ser feito pesar na intervenção da vítima, já que a organização do sistema não deve funcionar em seu prejuízo, sendo a sua protecção, por aqui, também um direito a preservar pelos Estados. Para tal parece-nos que o carácter sui generis e raro destes casos apenas convocará conformação de procedimentos e práticas, não exigindo alterações legislativas, as quais, como se sabe, muitas vezes não convocam, elas próprias e por si só, alterações de práticas judiciais”*.

maior, nos termos do disposto no artigo 271.º, n.º 2, do Código Penal, veio incrementar a protecção da vítima menor de idade.

No entanto, entendemos, na esteira do pensamento de RUI DO CARMO²⁷, que esta disposição normativa não é suficiente para acautelar de forma efectiva os direitos e interesses das crianças vítimas de crime, dada a dispersão de dispositivos legais acerca desta temática (Código de Processo Penal, Regime Geral do Processo Tutelar Cível, Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, Estatuto da Vítima, Lei de Protecção de Testemunhas), pelo que urge em sistematizar as coordenadas a seguir pelos magistrados do Ministério Público, quando deparados com este tipo de situações.

A este respeito, refira-se a exemplar Instrução n.º 1/2016, datada de 29 de Fevereiro de 2016, emitida pelo Procurador-Geral Distrital de Coimbra e dirigida aos magistrados do Ministério Público da área do Tribunal da Relação de Coimbra, segundo a qual:

“1. As declarações para memória futura de criança vítima de crime contra a liberdade ou a autodeterminação sexual devem ser tendencialmente as primeiras declarações a prestar pela criança no âmbito do inquérito, e devem realizar-se em tempo próximo daquele em que houve a notícia do crime.

2. Logo que lhe seja transmitida a notícia do crime, o magistrado do Ministério Público titular do inquérito, tendo em vista a recolha e troca de informação relevante, contacta o responsável pela investigação no órgão de polícia criminal, verifica se corre termos processo de protecção e promoção dos direitos da criança e, em caso afirmativo, contacta o magistrado que representa o Ministério Público no processo judicial ou que é interlocutor da Comissão de Protecção de Crianças e Jovens. Após o que decidirá quanto ao tempo e aos termos do requerimento a apresentar ao juiz de instrução criminal para efeitos do disposto no n.º 2 do artigo 271.º do Código de Processo Penal.

3. Se decidir que só requererá a tomada de declarações para memória futura em momento posterior da investigação, o magistrado titular do inquérito deve fazer constar dos autos despacho em que justifique sucintamente essa opção.

4. O contacto entre o titular do inquérito e o magistrado que representa o MP no processo de promoção e protecção dos direitos da criança ou que é interlocutor da CPCJ, para além da recolha e troca de informação relevante, terá por objetivos:

4.1. Aferir os fundamentos da concentração da audição da criança, em benefício dos objetivos de ambos os processos, no ato das declarações para memória futura, a requerer pelo Ministério Público à luz do disposto na alínea d) do n.º 7 do artigo 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (cf. artigo 84.º LPCJP), e a preparação da diligência;

4.2. Avaliar a existência de conflito de interesses entre a criança, os seus pais, representante legal ou quem tem a guarda de facto e, havendo conflito, o acordo sobre quem a deverá representar no procedimento criminal;

4.3. Identificar o técnico de acompanhamento da criança na inquirição, previsto no n.º 4 do artigo 271.º CPP, cuja nomeação deverá ser proposta ao juiz de instrução.

²⁷ “AS CRIANÇAS COMO TESTEMUNHAS – APLICAR E CLARIFICAR A LEI [AS DECLARAÇÕES ÚNICAS DA CRIANÇA; O ESTATUTO DE VÍTIMA; RECUSA A DEPOR]”, in: Revista do CEJ, 2.º Semestre, 2016, Número 2, página 105.

5. O magistrado do Ministério Público titular do inquérito deve, em função do resultado desse contacto:

5.1. Propor justificadamente ao juiz de instrução o técnico que deve ser nomeado nos termos do n.º 4 do artigo 271.º CPP;

5.2. Opor-se a que os pais, representante legal ou guardião de facto acompanhem a criança na diligência (cf. artigo 22.º, n.º 2 do Estatuto da Vítima):

(i) – quando existir conflito de interesses,

(ii) – quando se mostrar adequado em razão do interesse da investigação,

(iii) – quando essa presença se revelar, por qualquer razão, perturbadora para a criança.

5.3. Requerer ao juiz de instrução, havendo conflito de interesses, a nomeação de pessoa que represente a criança no processo penal, nos termos do artigo 7.º n.º 6 do Estatuto da Vítima.

6. Nos casos em que deva ser nomeado patrono à criança:

6.1. O Ministério Público providencia pela sua nomeação nos termos do artigo 22.º, n.º 3 do Estatuto da Vítima;

6.2. Se existir já patrono nomeado em processo a correr termos na jurisdição de família e menores, o Ministério Público deve requerer à Ordem dos Advogados a substituição do patrono nomeado no inquérito pelo que já representa a criança naquele procedimento, nos termos dos artigos 19.º.b) e 32.º da Lei n.º 34/2004, de 29 de Setembro (alterada pela Lei n.º 47/2007, de 28 de Agosto), 3.º, n.º 1, a), do EMP e 7.º, n.º 1, da Portaria n.º 10/2008, de 3 de Janeiro, com nota de urgência e indicação da data provável de realização da diligência em que deverá estar presente.

7. O magistrado do Ministério Público deve opor-se a que, nas situações previstas no artigo 134.º CPP, seja válida recusa de depoimento a prestar pela criança formulada pelos pais, representante legal ou guardião de facto em representação da criança, considerando que se trata de um ato pessoalíssimo que só pode ser praticado pela mesma, desde que para tal tenha discernimento.

8. Nos casos em que haja lugar à prestação de depoimento em audiência de julgamento, nos termos do n.º 8 do artigo 271.º CPP, o Ministério Público requererá que a criança seja acompanhada pelo mesmo técnico que a assistiu nas declarações para memória futura e, por regra, que seja utilizada videoconferência ou teleconferência, em conformidade com o artigo 23.º do Estatuto da Vítima”.

Trata-se de um instrumento fundamental capaz de dotar os magistrados do Ministério Público de coerência nas suas acções e de uniformização de procedimentos, sempre na esteira do respeito pelo superior interesse da criança, pelo que, na humilde nossa opinião, a sua abrangência deveria ser alargada a nível nacional.

IV. Hiperligações e referências bibliográficas

Hiperligações

- www.dgsi.pt
- www.stj.pt
- www.recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/6305/DM_Anabela%20Pereira.pdf
- www.trg.pt/ficheiros/estudos/declaracoes_para_memoria_futura.pdf
- <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/59068812/details/normal?perPage=100&q>
- <http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/427/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Pedro%20Nunes.pdf>

Referências bibliográficas

- AGULHAS, Rute e ALEXANDRE, Joana - “*Audição da criança: guia de boas práticas*”, 1.ª edição, Lisboa: Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, 2017;
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto - “*Comentário do Código de Processo Penal*”, 2.ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008;
- _____ - “*Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, Universidade Católica Editora, Lisboa – 2008;
- BUCHO, Cruz - “*Declarações Para Memória Futura, Elementos de Estudo*”, 2002, disponível em: www.trg.pt/ficheiros/estudos/declaracoes_para_memoria_futura.pdf;
- CARMO, Rui do – *Declarações para memória futura: crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*, in: [Revista do Ministério Público](#). - Lisboa. - A. 34, n.º 134 (Abril-Junho 2013), páginas 117 a 147;
- _____ - “*Declarações para memória futura e a Convenção de Lanzarote*”, in: [Boletim da Ordem dos Advogados](#). - Lisboa: O.A. - n.º 127 (Junho 2015), páginas 16 a 18;
- _____ - “*AS CRIANÇAS COMO TESTEMUNHAS – APLICAR E CLARIFICAR A LEI [AS DECLARAÇÕES ÚNICAS DA CRIANÇA; O ESTATUTO DE VÍTIMA; RECUSA A DEPOR]*”, in: *Revista do CEJ*, 2.º Semestre, 2016, Número 2;
- COSTA, Maia, *et al*, - “*Código de Processo Penal Comentado*”, 2016, 2.ª Edição Revista, Almedina;
- CUNHA, José Damião – “*O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento: arts. 356.º e 357.º do CPP*”, in: [Revista portuguesa de ciência criminal](#) - Coimbra. - A. 7, n.º 3 (Julho-Setembro 1997), páginas a 403 a 443;
- GAMA, António - “*Reforma do Código de Processo Penal: Prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento*”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 19, Julho-Setembro de 2009, página 399;
- LOBO, Fernando Gama - *Código de Processo Penal Anotado*, 2017, 2.ª Edição, Almedina;
- LOPES, José Mouraz – “*O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: declarações para memória futura*”, in: *Sub judice*, Lisboa, (26), Outubro-Dezembro, 2003, páginas 13 a 19;

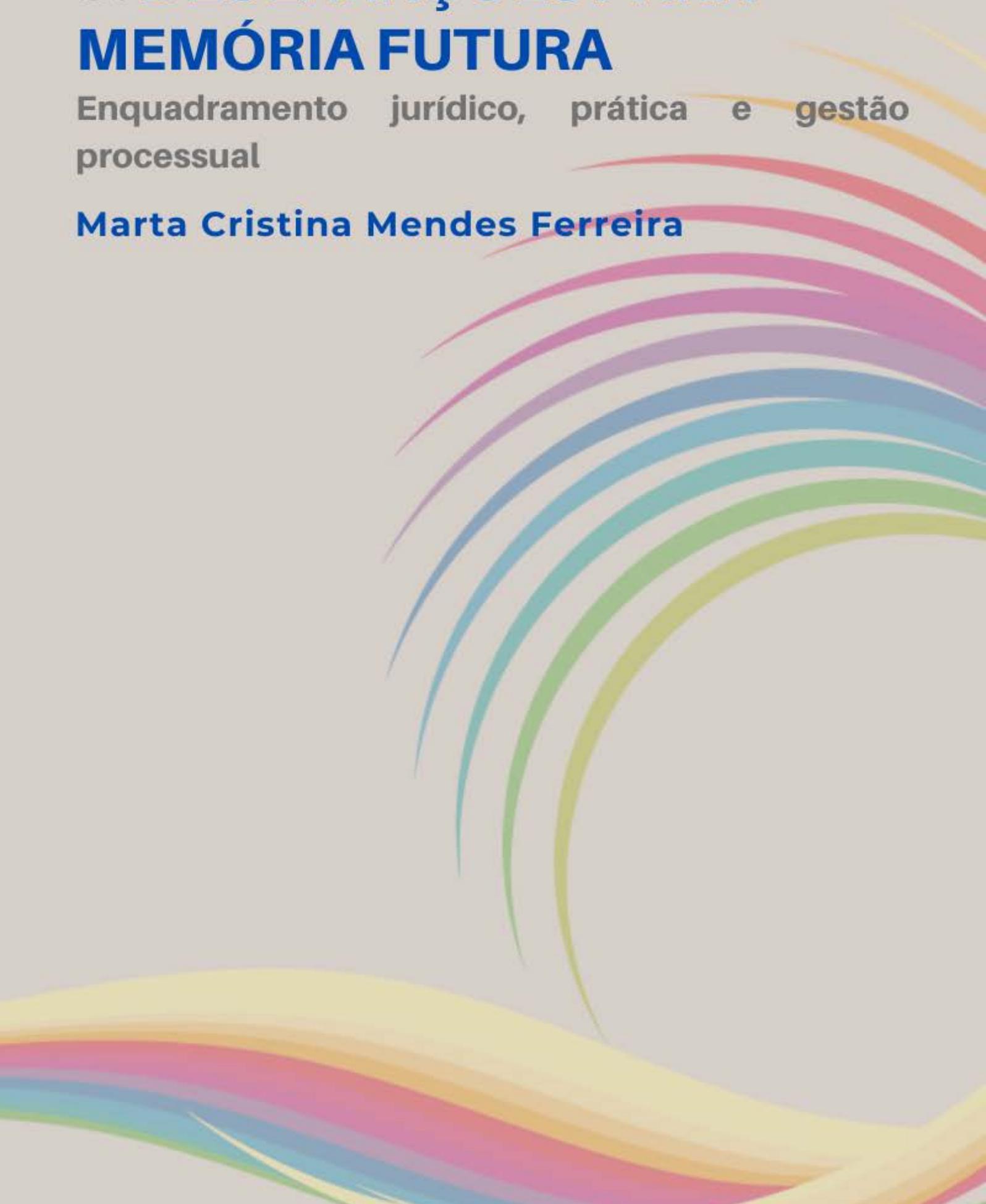
- MALAFAIA, Joaquim – “O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos actos de instrução e nas declarações para memória futura”, *in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14, n.º 4, Outubro-Dezembro de 2004, páginas 537 a 539;
- MENDES, Oliveira - “Código de Processo Penal” Comentado, 2016, 2.ª Edição Revista, Almedina;
- MESQUITA, Paulo Dá - *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento – estudo sobre a prova no processo penal português à luz do sistema norte-americano*, Coimbra Editora;
- NUNES, Pedro - *DEPOIMENTOS PARA MEMÓRIA FUTURA: CONTEÚDO DOGMÁTICO E APLICAÇÃO PRÁTICA*, 2014, Universidade Autónoma de Lisboa, disponível em: <http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/427/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Pedro%20Nunes.pdf>;
- RIBEIRO, Catarina - “A Criança na Justiça. Trajectórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar”, 2009, Almedina;
- PEREIRA, Anabela - *PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO INFANTIL: Verdades e mentiras na cena judicial*, 2014, disponível para consulta em www.recil.grupolusofona.pt;
- SILVA, Germano Marques da - “Produção e valoração da prova em processo penal”, *in: Revista do CEJ*, 1.º semestre 2006, n.º 4, páginas 44 e 45;
- SILVA, Júlio Barbosa e – “Por quem os sinos dobram as declarações para memória futura, a sua (des)necessidade no âmbito da Lei Tutelar Educativa e o contraditório no âmbito da jurisprudência nacional e do TEDH”, *in: Julgar* – Coimbra, Coimbra Editora, n.º 19 (Janeiro-Arbil 2013), páginas 149 a 178;
- SILVA, Sandra Oliveira - *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, Coimbra Editora, 2007;
- VEIGA, António Miguel – “Notas sobre o âmbito e a natureza dos depoimentos (ou declarações) para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais (ou da razão de ser de uma aparente "insensibilidade judicial" em sede de audiência de julgamento)”, *in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 19, n.º 1, Janeiro-Março de 2009, Coimbra Editora, páginas 101 a 121.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3. DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA

Enquadramento jurídico, prática e gestão
processual

Marta Cristina Mendes Ferreira



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3. DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Marta Cristina Mendes Ferreira

1. Introdução
2. Objectivos
3. Resumo
4. Enquadramento jurídico
 - 4.1. As finalidades da tomada de declarações para memória futura
 - 4.2. O objecto das declarações para memória futura
 - 4.3. Os pressupostos da tomada de declarações para memória futura
 - 4.3.1. Da prévia constituição como arguido
 - 4.4. Do regime processual
 - 4.5. A diligência
 - 4.6. A valoração das declarações para memória futura e a necessidade da sua leitura em sede de audiência de discussão e julgamento
5. Gestão processual
 - 5.1. O momento em que devem ser tomadas declarações para memória futura
6. Da uniformização de procedimentos
7. Conclusão
8. Hiperligações e referências bibliográficas

I. Introdução

As declarações para memória futura são um instituto jurídico essencial para o direito processual penal actual. Com efeito, atento o hiato temporal que pode existir entre a verificação de um determinado facto com relevância criminal e a audiência de discussão e julgamento respectiva, na qual, idealmente, se procede à inquirição de todas as testemunhas, a memória pode ser grandemente afectada, ou até corrompida, fazendo com que uma testemunha, à partida essencial à descoberta da verdade material, se torne totalmente irrelevante.

Acresce que a inquirição em sede de audiência de discussão e julgamento é, frequentemente, precedida de inúmeras outras diligências de inquirição (realizadas, por exemplo, por órgãos de polícia criminal, peritos médicos e até por magistrados do Ministério Público em diferentes jurisdições), situação que, não só, contamina o depoimento, como é ainda susceptível de resultar na revitimização dos ofendidos, os quais, por motivos que lhes são totalmente alheios, são forçados a reviver as situações por si vivenciadas vezes sem conta.

Ora, se por um lado, os objectivos do direito processual penal são a investigação dos factos tipificados pela lei penal como crime e a condenação (com vista à posterior reintegração na sociedade) dos seus agentes, estes objectivos não podem ser atingidos a todo o custo, sendo que, além dos direitos do arguido, os quais têm necessariamente de ser sempre salvaguardados, o legislador tem vindo a assegurar, de forma gradual, que também os interesses e direitos das vítimas são acautelados.

As declarações para memória futura, tal como se encontram hoje previstas no nosso ordenamento jurídico, traduzem essa intenção do legislador, daí a sua cada vez maior relevância.

2. Objectivos

Com o presente trabalho pretendemos, não só analisar o regime legal das declarações para memória futura, como também estudar qual a melhor forma de o enquadrar no âmbito do inquérito, cuja direcção cabe, nos termos do disposto no artigo 263.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, ao Ministério Público.

Tentaremos ainda analisar a possibilidade das declarações prestadas de acordo com o procedimento previsto nos artigos 271.º e 294.º do Código de Processo Penal serem utilizadas fora do processo penal em que foram tomadas e as especiais cautelas que, com esse propósito, a diligência deve revestir.

Atentos os objectivos a que nos propomos, o presente trabalho visa funcionar como um ponto de partida para uma melhor e mais profunda compreensão do instituto das declarações para memória futura e é direccionado a todos aqueles profissionais que trabalham com o mesmo, sejam eles magistrados, advogados, juristas ou especialistas de outras áreas que, em alguma fase, têm intervenção a este nível e, por esse motivo, querem ter um conhecimento mais abrangente do seu âmbito.

3. Resumo

Com o objectivo de preservar a prova, bem como de proteger determinadas vítimas, o legislador veio a estabelecer no Código de Processo Penal, como noutros diplomas avulsos, a possibilidade da produção antecipada de prova, através das declarações para memória futura.

Este instituto jurídico corresponde a uma antecipação parcial da audiência de discussão e julgamento, motivo pelo qual se impõe o integral e mais completo respeito pelos direitos de defesa do arguido.

Na sua aplicação prática levantam-se, no entanto, inúmeras questões, as quais têm vindo a ser tratadas quer pela jurisprudência, quer pela doutrina, nem sempre com soluções consentâneas.

Tentaremos, neste trabalho, não só, apresentar uma esquematização do instituto tal como se encontra actualmente previsto na lei, como também sistematizar as questões mais frequentemente levantadas, de forma a possibilitar ao leitor uma compreensão simplificada e integrada deste meio de produção de prova.

4. Enquadramento Jurídico

A Constituição da República Portuguesa enquanto Lei Fundamental estabelece os princípios pelos quais se rege Portugal, enquanto Estado de Direito Democrático que é. Tal premissa aplica-se, claro está, também ao direito penal e ao direito processual penal. Assim, o legislador ordinário parte, necessariamente, da Constituição, da qual retira, não só, os princípios fundamentais por que se deve reger o ordenamento jurídico-penal, mas também os direitos fundamentais de que todos os cidadãos gozam, tendo sempre por objectivo a concordância prática entre uns e outros.

O processo penal possui duas finalidades: por um lado, a investigação penal, com a consequente condenação dos culpados e reafirmação dos valores e normas vigentes na sociedade e, por outro lado, a garantia do respeito pela liberdade e dignidade dos cidadãos, sendo, por isso, proibida a perseguição de pessoas inocentes e a sua condenação¹.

Num Estado de Direito Democrático como o nosso, ambas as finalidades supra identificadas possuem idêntico valor, subsistindo, assim, numa constante tensão, de forma a garantir que ambas têm igual campo de aplicação. Como doutamente refere FIGUEIREDO DIAS *“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 afectadas 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 (...)”*².

Atento o supra exposto, necessário se torna que o direito penal e o direito processual penal se rejam por um conjunto de princípios que, por um lado, permitam a actividade investigatória e a acção penal e, por outro lado, salvaguardem todos e quaisquer cidadãos da perseguição penal infundada.

O processo penal português é então, e por referência à matéria ora analisada, um processo de natureza acusatória, em que há uma clara distinção entre quem investiga e quem, posteriormente, decide. É também um processo sujeito ao princípio da imediação e do contraditório, princípios esses que atingem o seu esplendor máximo em sede de audiência de

¹ CANOTILHO, J.J. Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 5.ª ed. Coimbra, Livraria Almedina.

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

discussão e julgamento, altura em que a prova é produzida, perante o tribunal que a irá valorar e em que ao arguido é dada a oportunidade de contraditar, não só, a versão dos factos constantes da acusação proferida, como também, a totalidade dos meios de prova em que a mesma se funda (os quais podem não lhe ser totalmente dados a conhecer durante o inquérito).

Tais pressupostos poderiam, numa primeira leitura, ser colocados em crise pela existência, no nosso ordenamento jurídico, de um instituto como o das declarações para memória futura, o qual, em suma, se consubstancia na inquirição de determinadas pessoas (ou não produção de outros meios de obtenção de prova, sempre realizados com a prestação, pelos visados, de declarações), em momento prévio ao da audiência de discussão e julgamento e na posterior valoração dessas mesmas declarações na decisão a proferir pelo tribunal.

Todavia, assim não acontece, tendo o legislador acautelado, de forma tendencialmente perfeita, como veremos *infra*, todos os interesses em causa, mormente aqueles relacionados com os direitos de defesa do arguido.

4.1. As finalidades da tomada de declarações para memória futura

As declarações para memória futura, consagradas, actualmente, nos artigos 271.º e 294.º do Código de Processo Penal, surgem, no âmbito processual penal, pela primeira vez, com o Código de Processo Penal de 1987 (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro).

Até então, no processo penal, apenas o Decreto-Lei n.º 605/75, de 3 de Novembro previa a possibilidade da produção antecipada de prova, quando fosse de pressupor a futura impossibilidade, ou grande dificuldade, em inquirir determinadas pessoas (artigo 15.º), sendo que, até à entrada em vigor deste normativo legal, se entendia ainda ser possível recorrer ao regime da produção antecipada de prova prevista no Código de Processo Civil (artigos 520.º e 521.º)³.

Como bem ensinava ALBERTO DOS REIS relativamente à possibilidade de produção antecipada de prova no âmbito do processo civil, *“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”*, referindo-se, inclusivamente, este autor à existência de um *“periculum in mora”*, o qual, no caso concreto da produção antecipada de prova, se consubstanciava no risco de um determinado meio de prova desaparecer, ou a sua produção se tornar extremamente difícil com o decorrer do tempo e o andamento normal do processo⁴.

³ CARMO, Rui do *“Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual”*, n.º 134, Ano 34 – Abril-Julho, 2013.

⁴ REIS, Alberto dos, Código de Processo Civil Anotado, vol. III, 3.ª ed., Coimbra Editora, 1981, pág. 336.

O artigo 271.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, na sua redacção inicial⁵, previa que *“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”*.

Ou seja, conforme resulta da letra da lei, inicialmente, as declarações para memória futura pretendiam tão só acautelar situações excepcionais nas quais, em virtude de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro, uma determinada pessoa não pudesse, previsivelmente, ser ouvida pelo juiz, em sede de audiência de discussão e julgamento.

Nestas situações, de cariz excepcional, o legislador permitia, então, que fossem tomadas, pelo juiz de instrução, declarações para memória futura a testemunhas, ao assistente, às partes civis, a peritos, a consultores e técnicos, bem como fossem realizadas acareações (n.º 4 da mesma norma), quer no decurso do inquérito, quer no decurso da instrução.

Em 1998, o legislador decidiu ampliar o campo de aplicação do instituto das declarações para memória futura, o qual passou a ser admissível para os depoimentos das vítimas de crimes sexuais. Ou seja, a partir de então o legislador assumiu que o instituto por si criado, além de possuir finalidades processuais, tinha ainda a susceptibilidade de proteger determinadas vítimas. Assim, a Lei n.º 58/98, de 25 de Agosto alterou a redacção do artigo 271.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, o qual passou a prever especificamente a possibilidade de serem tomadas declarações para memória futura *“nos casos de vítimas de crimes sexuais”*.

A revisão do Código de Processo Penal de 2007 (operada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto), por sua vez, trouxe significativas alterações às declarações para memória futura tal como até então se encontravam previstas⁶.

Com efeito, o legislador ampliou o campo de aplicação deste instituto, o qual passou a ser admissível, não só, em caso de doença grave e de deslocação para o estrangeiro de uma testemunha (que previsivelmente a impeça de ser ouvida em julgamento), como também, em caso de vítimas de crime de tráfico de pessoas, contra a liberdade e autodeterminação sexual (relativamente às quais não é necessária a previsibilidade do impedimento de serem ouvidas em audiência e discussão e julgamento - *ex vi* artigo 271.º, n.º 1, do Código de Processo Penal)⁷.

⁵ Redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro.

⁶ CARMO, Rui do, *“Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual”*, n.º 134, Ano 34 – Abril-Julho, 2013.

⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *“Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”*, Editora Universidade Católica, 3.ª edição, 2009, p. 702. No mesmo sentido, também Maia Costa (Código de Processo Penal Comentado, 2016, 2.ª Edição Revista, Almedina, pp. 917-918) refere que *“inicialmente pensado pelo legislador como meio preventivo de recolha de prova susceptível de perder-se ou inviabilizar-se antes do julgamento, o âmbito de recolha das declarações para memória futura foi posteriormente ampliado, já não para prevenir o perigo de perda da prova, mas para protecção das vítimas, especialmente das menores”*, continuando o referido autor a explicar que nos *“(…) crimes de tráfico de pessoas e contra a liberdade e autodeterminação sexual, a recolha antecipada de declarações funciona como meio de protecção da vítima, procedendo-se portanto a essa recolha mesmo que não seja previsível a impossibilidade de*

Acresce que, a partir da entrada em vigor da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, a inquirição em sede de declarações para memória futura de menores vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual passou a ser obrigatória, nos termos do disposto no artigo 271.º, n.º 2, do Código de Processo Penal⁸, devendo, ainda, a diligência ser realizada em local adequado e de forma a garantir um ambiente informal e reservado e encontrando-se o menor acompanhado por um técnico especialmente habilitado (artigo 271.º, n.º 4, do Código de Processo Penal).

Foi também em 2007 que passou a ser obrigatória a presença, na referida diligência, do magistrado do Ministério Público e do defensor do arguido⁹. Com efeito, apenas desta forma é possível assegurar, de forma efectiva, ao arguido, o exercício do seu direito de defesa, em especial do contraditório (*cf.* artigos 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e 32.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa).

O artigo 271.º, n.º 6, do Código de Processo Penal passou ainda a prever a possibilidade de o tribunal ordenar o afastamento do arguido da sala, tal como previsto para a audiência de discussão e julgamento. Assim, actualmente, quando existam razões para crer que a presença do arguido inibiria o declarante de dizer a verdade; quando o declarante seja menor de 16 anos e houver razões para crer que a sua audição na presença do arguido poderia prejudicá-lo gravemente; ou quando deva ser ouvido um perito e houver razão para crer que a sua audição na presença do arguido poderia prejudicar gravemente a integridade física ou psíquica deste, o juiz de instrução pode ordenar o afastamento do arguido da sala, nos exactos termos previstos no artigo 352.º do Código de Processo Penal.

Foi igualmente a partir da revisão operada em 2007 que a documentação destas declarações passou a ser realizada de forma idêntica à das declarações prestadas em sede de audiência de discussão, sendo-lhes aplicáveis as regras previstas nos artigos 363.º e 364.º do Código de Processo Penal, *ex vi* artigo 271.º, n.º 6, do Código de Processo Penal.

Por último, o legislador de 2007 entendeu ainda ser necessário prever expressamente a possibilidade das inquirições realizadas em sede de inquérito, ou de instrução, ainda que com integral respeito do formalismo previsto nos referidos artigos 271.º e 294.º do Código de Processo Penal poderem ser novamente efectuadas em sede de audiência de discussão e julgamento, o que apenas deverá acontecer quando possível, não ponha em causa a saúde

comparência das vítimas em audiência de julgamento. Nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, a antecipação das declarações de vítima menor de 18 anos, nos termos deste artigo, é sempre obrigatória (n.º 2). (...) A norma é evidentemente ditada por uma especial preocupação do legislador na protecção da vítima menor". Igualmente no mesmo sentido, GASPARGASPAR, António Henrique, CABRAL, José António Henriques dos Santos, COSTA, Eduardo Maia, MENDES, António Jorge de Oliveira, MADEIRA, António Pereira, GRAÇA, António Pires Henriques da, "Código de Processo Penal Comentado", Editora Almedina, 2016, 2.ª edição revista, p. 917.

⁸ No mesmo sentido, o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 9 de Novembro de 2009, proferido no âmbito do processo n.º 371/07.8TAFAG1, disponível em www.dgsi.pt, no qual se defendeu que "De acordo com o artigo 271.º do Código de Processo Penal, na redacção conferida pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, as declarações para memória futura de menor vítima de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual em inquérito constituem acto obrigatório e a documentar através de registo áudio ou audiovisual, valendo como prova de julgamento, independentemente do menor vir a ser novamente ouvido durante a audiência".

⁹ *Ex vi* artigo 271.º, n.º 3, do Código de Processo Penal.

física ou psíquica de pessoa que as deva prestar novamente (artigo 271.º, n.º 8, do Código de Processo Penal).

Perante o caminho que tem vindo, neste âmbito, a ser traçado pelo legislador, dúvidas inexistem de que, actualmente, além da finalidade estritamente processual que visavam acautelar, através das declarações para memória futura, o legislador pretende ainda salvaguardar interesses relacionados com as próprias pessoas a inquirir, em especial as vítimas de crimes. Isto porque, o facto de as vítimas serem obrigadas a repetir, por inúmeras vezes, aquilo que vivenciaram, perante entidades diversas, não só contamina as declarações prestadas, como fá-las reviver a situação vivenciada tantas vezes quantas aquelas que as contam, o que resulta, nas mais das vezes, na sua revitimização, situação que, sabe-se hoje, deve ser evitada a todo o custo, em especial quando estamos perante menores de idade¹⁰.

4.2. O objecto das declarações para memória futura

As declarações para memória futura e o respectivo regime processual encontram-se previstos nos artigos 271.º e 294.º do Código de Processo Penal.

De acordo com as referidas normas legais, as declarações para memória futura apenas podem ter por objecto os actos processuais taxativamente previstos, os quais, actualmente, são os seguintes:

- i. A inquirição de testemunhas, assistentes ou de partes civis, quando padeçam de doença grave ou venham a deslocar-se para o estrangeiro, sendo, nessa medida, previsível a impossibilidade de serem ouvidas em sede de audiência de discussão e julgamento ou quando sejam vítimas dos crimes de catálogo.
- ii. A tomada de declarações de peritos e consultores técnicos, quando os mesmos padeçam de doença grave ou venham a deslocar-se para o estrangeiro e, por esse motivo, seja previsível a impossibilidade de serem ouvidos em sede de audiência de discussão e julgamento;
- iii. Acareações entre testemunhas, assistentes ou partes civis, desde que um dos intervenientes na diligência sofra de doença grave ou venha a ser previsível a sua deslocação para o estrangeiro, inviabilizando a realização da diligência em sede de audiência de discussão e julgamento ou quando algum dos intervenientes seja vítima dos crimes previstos nos supra referidos normativos legais.

Sem prejuízo do carácter excepcional destas normas e, nessa medida, da impossibilidade da sua aplicação analógica, alguns autores defendem que a mesma pode ainda ser aplicada às seguintes situações:

¹⁰ Neste sentido, refere CATARINA JOÃO CAPELA RIBEIRO que "(...) a repetição de inquéritos acerca do mesmo assunto, para além de ser penosa para a criança, leva a distorções da informação e, conseqüentemente, a alterações da percepção e relato do facto vivido, o que dificulta claramente a investigação judicial e a integração psicológica da situação por parte da criança" (in "A criança na justiça: trajectórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar", Almedina, 2009, p. 121).

- i. Reconhecimentos feitos por testemunhas, assistentes ou partes civis, quando sofram de doença grave ou venha a ser previsível a sua deslocação para o estrangeiro, inviabilizando a sua presença na audiência de discussão e julgamento ou quando a referida testemunha, assistente ou parte civil tenha sido vítima de algum dos crimes mencionados no artigo 271.º, n.º 1, do Código Penal (tráfico de pessoas, crimes contra a liberdade ou autodeterminação sexual);
- ii. Reconstituições de factos com participação de testemunha, assistente ou parte civil, que padeça de doença grave ou que venha a deslocar-se para o estrangeiro, inviabilizando, assim, a sua presença em julgamento ou quando tenha sido vítima de crimes do catálogo.

Sobre esta questão, Paulo Pinto de Albuquerque esclarece que as declarações prestadas em sede de reconhecimentos e reconstituições são, efectiva e objectivamente, declarações, podendo, nessa medida e com os mesmos fundamentos, justificar-se a sua tomada de forma antecipada¹¹.

Opinião diversa tem Cruz Bucho o qual defende que *“A circunstância de no reconhecimento e de na reconstituição do facto serem ou poderem ser produzidas declarações pelas testemunhas, assistentes ou partes civis não permite reconduzir aqueles meios de prova à natureza de prova testemunhal ou de prova por declarações do assistente e das partes civis.*

E, diferentemente do que sucede com a acareação, aqueles meios de prova não foram expressamente inseridos no n.º 7 do artigo 271º, ao contrário do que sucede em Itália, onde o Codice de Procedura Penal de 1988 - cujo Progetto Preliminare inspirou manifestamente o legislador penal português - prevê expressamente que o incidente probatorio tenha por objecto para além da prestação do testemunho a realização de exames de pessoas, de perícias, de reconstituição de facto e do reconhecimento [artigo 392.º, alíneas c), e), f) e g)].

Conclui-se, deste modo, que nem o reconhecimento nem a reconstituição de facto podem ser objecto de produção antecipada de prova ao abrigo do disposto nos artigos 271.º e 294.º, ambos do CPP”, acabando, no entanto, este autor por admitir que à “(...)testemunha, ao assistente ou à parte civil, em caso de doença grave ou deslocação para o estrangeiro, que a impeça de ser ouvida em julgamento, ou se ela for vítima dos crimes do catálogo legal, possam ser tomadas declarações para memória futura sobre o reconhecimento ou a reconstituição de factos já realizadas e em que interveio”¹².

¹¹ “Com efeito, em todos os casos referidos a prestação de declarações pela testemunha, pelo assistente ou pela parte civil é registada para memória futura porque valem as particulares razões de urgência expressamente previstas na lei e só estas. As declarações prestadas em reconhecimento ou em reconstituição do facto são também “declarações” e, por isso, aquelas declarações estão incluídas no âmbito literal da disposição do artigo 271.º” (in, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, Editora Universidade Católica, 3.ª edição, 2009, p. 701), mas também GASPARG, António Henriques, CABRAL, José António Henriques dos Santos, COSTA, Eduardo Maia, MENDES, António Jorge de Oliveira, MADEIRA, António Pereira, GRAÇA, António Pires Henriques da, “Código de Processo Penal Comentado”, Editora Almedina, 2016, 2.ª edição revista, p. 919.

¹² BUCHO, Cruz, “Declarações para memória futura (elementos de estudo)”, 02-04-2012, pp. 21 e 22.

4.3. Os pressupostos da tomada de declarações para memória futura

Conforme supra referimos e como decorre do respectivo regime processual, as declarações para memória futura constituem uma excepção ao princípio da imediação, na medida em que o juiz do julgamento pode tomar em consideração, na sua tomada de decisão, provas que não foram produzidas perante o próprio e, nessa medida, não foram directamente contraditadas em sede de audiência de discussão e julgamento.

Apesar de inicialmente terem sido pensadas com fins puramente processuais, relacionados com a descoberta da verdade material e a preservação da prova, as declarações para memória futura visam hoje também (e em nosso entender de forma preponderante) a protecção das vítimas de crimes, em especial quando estas sejam menores de idade.

Ora, consoante o fim visado, as declarações para memória futura podem ser de carácter facultativo, ou obrigatório.

Com efeito, o Ministério Público estará obrigado a promover junto do Juiz de Instrução Criminal, sob pena de nulidade sanável (*ex vi* artigo 120.º, n.º 2, al. d), do Código de Processo Penal¹³), a tomada de declarações para memória futura quando esteja em causa a prática de crime contra a liberdade ou autodeterminação sexual e a vítima seja menor de idade. Obrigação essa que cessa quando a vítima atinja a maioridade (*cf.* artigo 271.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal).

Não decorre daqui, frise-se, a possibilidade de o Ministério Público protelar no tempo a referida diligência, a fim de permitir que a vítima atinja a maioridade. Com efeito, além de contrário à lei e à descoberta da verdade material (fim último do processo crime), também o artigo 28.º, n.º 1, da Lei de Protecção de Testemunhas (Lei n.º 93/99, de 14 de Julho), prevê que *“o depoimento ou as declarações da testemunha especialmente vulnerável deverão ter lugar o mais brevemente possível após a ocorrência do crime”* (*cf.* artigo 26.º, n.º 2, do citado diploma legal), previsão que, em nosso entendimento, inviabiliza tal possibilidade.

Nas demais situações, a tomada de declarações para memória futura é facultativa e dependerá, em primeira linha, da estratégia processual adoptada pelo Ministério Público em sede de investigação criminal, mas não só, na medida em que o requerimento pode ser também formulado pelo arguido, pelo assistente ou pelas partes civis, nos termos do disposto no artigo 271.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, sendo que, em nosso entender, quando legalmente admissível será sempre benéfica a sua realização.

Com efeito, a prova testemunhal, muitas vezes fulcral para a descoberta da verdade, é uma prova que tende a deteriorar-se com o passar do tempo. Sendo certo que a investigação criminal pode alongar-se no tempo (e muitas vezes alonga-se), fazendo com que entre os

¹³ LOBO, Fernando Gama, *“Código de Processo Penal Anotado”*, Editora Almedina, 2015, p. 495 e GASPAR, António Henrique, CABRAL, José António Henriques dos Santos, COSTA, Eduardo Maia, MENDES, António Jorge de Oliveira, MADEIRA, António Pereira, GRAÇA, António Pires Henriques da, *“Código de Processo Penal Comentado”*, Editora Almedina, 2016, 2.ª edição revista, p. 918.

factos e a audiência de discussão e julgamento medeie um período de tempo alargado. Tais circunstâncias fazem com que, por vezes, o recurso às declarações para memória futura seja essencial à preservação da prova. Acresce que, actualmente, inexistem quaisquer outros interesses que justifiquem a recusa ao recurso a esta produção antecipada de prova, isto porque, em primeiro lugar, o contraditório do arguido é assegurado pela obrigatoriedade da presença do defensor na diligência e, por outro lado, a pessoa visada pode ser notificada para, em sede de audiência de discussão e julgamento, ser, novamente, inquirida, excepto se tal puser em causa a sua saúde física ou psíquica (artigo 271.º, n.º 8, do Código de Processo Penal).

Nas situações em que as declarações para memória futura assumem carácter facultativo, as mesmas dependem do preenchimento de um de três pressupostos:

- i. A testemunha (assistente, parte civil, perito ou consultor técnico) sofrer de doença, física ou psíquica, grave e actual que previsivelmente a impeça de comparecer e ser ouvida em sede de audiência de discussão e julgamento¹⁴. Como refere PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE a “gravidade” medir-se-á pelo efeito inibidor da doença na pessoa, podendo, por isso, aqui incluir-se a doença física permanente, a doença psíquica crónica ou degenerativa e ainda a “doença de efeito intermitente em que haja risco considerável de ocorrência de um novo episódio da doença”¹⁵;
- ii. A testemunha (assistente, parte civil, perito ou consultor técnico) ter de se deslocar para o estrangeiro e estar, nessa medida, previsivelmente impedida de ser ouvida em sede de audiência de discussão e julgamento. Resulta daqui que a deslocação justificadora do recurso à produção antecipada da prova há-de ser por tempo indeterminado ou superior àquele durante o qual é de supor que o julgamento decorrerá¹⁶. Importa ainda a este respeito notar que as deslocações no interior da União Europeia tendem a ser excluídas do campo de aplicação deste instituto, atenta, desde logo, a existência de inúmeros instrumentos de cooperação entre os Estados-Membros;
- iii. A testemunha em questão ter sido vítima de crimes de tráfico de pessoas e/ou contra a liberdade e autodeterminação sexual (cfr. artigo 271.º, n.º 1, do Código de Processo Penal).

O Regime Jurídico da Violência Doméstica (introduzido pela Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro) veio também ele prever, no seu artigo 33.º, a possibilidade de serem tomadas declarações para memória futura às vítimas de violência doméstica, ao assistente e partes civis

¹⁴ Como resulta da letra da lei, a tomada de declarações para memória futura em caso de doença ou deslocação para o estrangeiro depende da formulação de um juízo de prognose sobre a impossibilidade futura de audição da testemunha. Já nas situações em que a impossibilidade de comparência é imprevisível (em virtude de falecimento, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade duradoira), o Código de Processo Penal, prevê a possibilidade de leitura das declarações prestadas perante autoridade judiciária (artigo 356.º, n.º 4, do Código de Processo Penal).

¹⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, in, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, Editora Universidade Católica, 3.ª edição, 2009, p. 701.

¹⁶ GASPAR, António Henrique, CABRAL, José António Henriques dos Santos, COSTA, Eduardo Maia, MENDES, António Jorge de Oliveira, MADEIRA, António Pereira, GRAÇA, António Pires Henriques da, “Código de Processo Penal Comentado”, Editora Almedina, 2016, 2.ª edição revista, p. 918.

dos referidos processos e, bem assim, aos peritos e de consultores técnicos. Todavia, a iniciativa para a realização da diligência apenas pode partir do Ministério Público ou da própria vítima (n.º 1 da referida norma).

No mesmo sentido, o artigo 28.º, n.º 2, da Lei de Protecção de Testemunhas (Lei n.º 93/99, de 14 de Julho) estabelece que *“Sempre que possível, deverá ser evitada a repetição da audição da testemunha especialmente vulnerável durante o inquérito, podendo ainda ser requerido o registo nos termos do artigo 271.º do Código de Processo Penal”*.^{17 18}

Ou seja, quando confrontado com a existência de uma testemunha tida por especialmente vulnerável nos termos do disposto no artigo 26.º, n.º 2, do referido diploma legal¹⁹, o Ministério Público deverá, sempre que possível, requerer que lhes sejam tomadas declarações para memória futura, desde logo com vista a evitar a sua vitimização secundária, bem como a distorção das declarações a serem prestadas, situação que habitualmente tenderá a acontecer quanto maior for o hiato temporal decorrido entre os factos presenciados e a sua inquirição.

4.3.1. Da prévia constituição como arguido

Durante algum tempo, a melhor jurisprudência e doutrina discutiram a necessidade de, previamente à tomada de declarações para memória futura, o suspeito ter sido já constituído como arguido. Com efeito, entendia-se que apenas desta forma poderia o contraditório ser efectivamente exercido, na medida em que somente o arguido, porque interveniente directo nos factos, teria conhecimento da verdade dos mesmos e, nessa medida, podia colocar em causa a versão apresentada pela testemunha, assistente ou parte civil ou até mesmo as declarações prestadas pelos peritos ou consultores técnicos.

Entendemos, tal como a maioria da jurisprudência actual²⁰, que a realização e a admissibilidade da tomada de declarações para memória futura não está (e ainda que em oposição com doutíssima doutrina²¹) dependente da prévia constituição como arguido de

¹⁷ Também o Estatuto da Vítima (aprovado pela Lei n.º 130/2015, de 04 de Setembro), veio estabelecer, no seu artigo 24.º a possibilidade de serem tomadas declarações para memória futura à vítima especialmente vulnerável.

¹⁸ Com a entrada em vigor desta norma, a tomada de declarações para memória futura deixou de ter uma mera função cautelar e de proteger as vítimas de certo tipo de crimes, passando a abranger todas as pessoas que se incluam no amplo conceito de testemunha, tal como ele se encontra definido pelo artigo 2.º, al. a), da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, e a abarcar qualquer tipo legal de crime.

¹⁹ A especial vulnerabilidade pode decorrer designadamente *“(…) da sua diminuta ou avançada idade, do seu estado de saúde ou do facto de ter de depor ou prestar declarações contra pessoa da própria família ou de grupo social fechado em que esteja inserida numa condição de subordinação ou dependência”* (cfr. artigo 26.º, n.º 2, do referido diploma legal).

²⁰ Neste sentido, exemplificativamente podem mencionar-se os seguintes arestos: acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25 de Março de 2009, proferido no âmbito do processo n.º 09P0486 e relatado pelo Desembargador Fernando Fróis; de 16 de Junho de 2004, proferido no âmbito do processo n.º 049721 e relatado pelo Desembargador Henriques Gaspar; o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 1 de Fevereiro de 2006, no âmbito do processo n.º 0515949, relatado pelo Desembargador Jorge França; de 12 de Outubro de 2005, proferido no âmbito do processo n.º 0544648 e relatado pelo Desembargador Pinto Monteiro todos disponíveis em www.dgsi.pt.

²¹ Meramente a título de exemplo veja-se, os acórdãos do Tribunal da Relação do Porto, de 18 de Abril de 2001, na Colectânea de Jurisprudência, ano XXVI, tomo 2, p. 229 e do Tribunal da Relação de Évora, de 29 de Março de 2005, também na Colectânea de Jurisprudência, ano XXX, tomo 2, p. 269, mas também Damião da Cunha (“O regime

qualquer suspeito, ou sequer a existência de um suspeito determinável (ainda que tenhamos por certo que, mesmo nestas situações, é essencial a nomeação de defensor ao futuro arguido – *cf.* artigos 64.º, n.º 1, al. f), e 271.º, n.º 3, última parte, do Código de Processo Penal²²) desde logo porque, no caso concreto, podem verificar-se circunstâncias que se sobreponham à delonga inerente à investigação criminal e que, nessa medida, importem, desde logo acautelar.

Neste sentido importa, desde logo, notar que a letra da lei não impõe a presença do arguido na diligência, mas tão-somente do defensor. Com efeito, nos termos do disposto no artigo 271.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, são comunicados, ao Ministério Público, ao arguido, ao defensor e aos advogados do assistente e das partes civis, o dia, a hora e o local da prestação do depoimento, sendo apenas obrigatória a comparência do Ministério Público e do defensor.

Em primeiro lugar, entendemos que daqui não podemos retirar que a diligência apenas poderá ser realizada depois da constituição como arguido, mas antes que, tendo-se esta já verificado, ao mesmo deve ser dado conhecimento do despacho que autorizou a realização da diligência e que procedeu ao respectivo agendamento.

Acresce que a obrigatoriedade da presença do defensor decorre, em primeira linha, da necessidade de assegurar ao arguido (encontre-se ele já constituído no processo, ou não) o exercício pleno do contraditório²³, enquanto garantia elementar do seu direito de defesa constitucionalmente garantido (*cf.* artigo 32.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa). E isto porque, constituindo as declarações para memória futura uma exceção ao princípio da imediação (artigo 355.º do Código de Processo Penal) e da produção de prova em sede de audiência de discussão e julgamento, sempre terá de ser assegurado ao arguido a possibilidade de contraditar o ali declarado, podendo, inclusivamente, formular questões que pretenda ver esclarecidas pela testemunha, tal como aconteceria se a mesma viesse a ser inquirida em sede de audiência de discussão e julgamento (artigo 271.º, n.º 5, do Código de Processo Penal).

Sem prejuízo, a verdade é que, no caso concreto, podem verificar-se circunstâncias que não permitam, em tempo útil, a constituição de determinada pessoa como arguido, ou sequer a identificação, em concreto, de um qualquer suspeito, mas que, ainda assim, impliquem, sob pena de perda da prova, por exemplo, a realização da referida diligência processual.

processual de leitura de declarações na audiência de julgamento – artigos 356.º e 357.º do CPP – algumas reflexões à luz de uma recente evolução jurisprudencial”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n.º 7, 1997, p. 405), Mouraz Lopes (“O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para memória futura”, Sub Júdice, n.º 26, 2003, p. 16) e Joaquim Malafaia (“O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos actos de instrução e nas declarações para memória futura”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n.º 14, 2004, pp. 532-533).

²² Sob pena de uma compressão desproporcionada do direito ao defensor e ao exame contraditório das provas, decorrentes do princípio da defesa efectiva num processo equitativo (*ex vi* artigos 20.º, n.ºs 1 e 2 e 32.º, n.ºs 1, 3 e 5, da Constituição da República Portuguesa, artigo 6.º, n.º 3, al. c), da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e artigos 47.º e 48.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia).

²³ O qual, nas palavras de António Gama se traduz na “*estruturação da audiência de julgamento e dos actos instrutórios que a lei determinar em termos de um debate ou discussão entre a acusação e a defesa*” (Reforma do Código de Processo Penal: Prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 19, N.º 3, Julho-Setembro, 2009, p. 398).

Sobre esta questão em particular, o Tribunal da Relação do Porto pronunciou-se já tendo, em nossa opinião, com integral correcção, defendido a admissibilidade da tomada de declarações para memória futura, em momento prévio à constituição como arguido, desde logo, porque assim o pode aconselhar “(...) a protecção dos interesses na realização da justiça e da descoberta da verdade material (...)”²⁴, sendo apenas necessário que ao arguido posteriormente constituído (sem prejuízo da sua representação na diligência através do defensor nomeado), seja dada a real possibilidade de contraditar as declarações assim prestadas.

E continua o douto aresto a esclarecer que tal solução decorre, não só, da letra do artigo 271.º do Código de Processo Penal, o qual não define como pressuposto das declarações para memória futura, a prévia constituição de arguido, ou que o inquérito corra contra pessoa determinada; como também do facto de as referidas declarações não serem “uma antecipação parcial da audiência de julgamento, apesar do que consta na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 109/X, que esteve na base da norma, dado que a prova aí recolhida pode nem vir a ser utilizada no julgamento, por exemplo por se ter tornado desnecessária, e que há outros desvios importantes em relação às regras da audiência” e ainda do facto de, não correndo contra pessoa determinada o inquérito, não ter sentido falar em contraditório, desde logo, por inexistir qualquer interesse em confronto e também por existirem outras situações em que a produção de prova pode verificar-se sem a presença do arguido, seja a seu pedido, seja por imposição^{25 26}.

4.4. Do regime processual

Como supra referimos, o regime processual geral aplicável às declarações para memória futura encontra-se previsto, em termos genéricos, nos artigos 271.º e 294.º do Código de Processo Penal, donde resulta que as mesmas podem ser prestadas quer em sede de inquérito, quer em sede de instrução. Contudo, existem ainda outros diplomas que prevêm tomada de tais

²⁴ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23 de Novembro de 2016, relatado pelo Desembargador Manuel Soares e proferido no âmbito do processo n.º 382/15.0T9MTS.P1. No mesmo sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25 de Março de 2009 (proferido no âmbito do processo n.º 09P0486) e de 16 de Junho de 2004 (proferido no âmbito do processo n.º 049721); o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 1 de Fevereiro de 2006 (proferido no âmbito do processo n.º 0515949), bem assim como o de 12 de Outubro de 2005 (proferido no âmbito do processo n.º 0544648); o do Tribunal da Relação de Coimbra, de 29 de Outubro de 2010 (proferido no âmbito do processo n.º 380/08.0TACTB-C.C1) e o do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de Fevereiro de 2012 (proferido no âmbito do processo n.º 3610/10.4TAALM.L1.5), todos disponíveis em www.dgsi.pt.

²⁵ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23 de Novembro de 2016, relatado pelo Desembargador Manuel Soares e proferido no âmbito do processo n.º 382/15.0T9MTS.P1 (no mesmo sentido, também o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4 de Maio de 2017, relatado pelo Desembargador Abrunhosa de Carvalho e proferido no âmbito do processo n.º 12/15.0JDLSB.L1-9, disponível em www.dgsi.pt).

²⁶ No referido Acórdão, o Tribunal da Relação do Porto foi ainda mais longe, tendo defendido ser possível “(...) a realização daquela diligência antes da constituição de arguido, em situações em que o inquérito já determinou a sua identidade e o mesmo é localizável, mas em que o Ministério Público, por razões de discricionariedade tática na investigação, opta por retardar o interrogatório e constituição de arguido. Estas serão, porém, situações muito excepcionais, a ver casuisticamente, nas que se possa aceitar como proporcional e razoável sacrificar o respeito pelo princípio do contraditório pleno aos interesses da realização da justiça e descoberta da verdade material” (Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23 de Novembro de 2016, relatado pelo Desembargador Manuel Soares e proferido no âmbito do processo n.º 382/15.0T9MTS.P1).

declarações, por vezes, com requisitos ou formalidades distintas daquelas estabelecidas no Código de Processo Penal.

Dito isto, importa, em primeiro lugar, notar que sendo a fase de inquérito presidida pelo Ministério Público, as declarações para memória futura quando prestadas nesta sede, têm de ser impulsionadas, não podendo ser oficiosamente determinadas pelo juiz de instrução (como pode acontecer em sede de instrução), cuja intervenção é pontual (artigos 268.º e 269.º do Código de Processo Penal).

Assim, em regra, as declarações para memória futura podem ser requeridas pelo Ministério Público, pelo arguido, pelo assistente ou pelas partes civis ou, na fase de instrução, determinadas oficiosamente pelo juiz de instrução (artigo 294.º do Código de Processo Penal).

A este elenco de possíveis requerentes, o regime jurídico da violência doméstica (aprovado pela Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro) veio ainda prever a possibilidade de a vítima (não necessariamente assistente, nem parte civil) requerer, na fase de inquérito, a tomada de declarações para memória futura (artigo 33.º, n.º 1, do citado diploma legal)²⁷, sendo, por isso, de entender que, tal como acontece com as vítimas dos crimes de catálogo elencados no artigo 271.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, também as vítimas de violência doméstica podem ser ouvidas para memória futura, ainda que não seja previsível qualquer futuro impedimento de comparência na audiência de discussão e julgamento. Importa, no entanto, notar que, neste âmbito, o legislador restringiu a legitimidade para a formulação do requerimento ao Ministério Público e à vítima, excluindo, assim, o arguido, o assistente ou as partes civis que não assumam a qualidade de vítimas.

Também o Estatuto da Vítima (aprovado pela Lei n.º 130/2015, de 04 de Setembro) veio prever, no seu artigo 24.º, a possibilidade de serem tomadas declarações para memória futura à vítima especialmente vulnerável, podendo o respectivo requerimento ser apresentado pela própria vítima. Daqui resulta a possibilidades de outras vítimas, que não apenas as de violência doméstica, possam vir aos autos requerer que lhes sejam tomadas declarações para memória futura.

Sem prejuízo da sua determinação oficiosa em sede de instrução, o requerimento para a tomada de declarações para memória futura não necessita de cumprir quaisquer requisitos formais, na medida em que a lei assim não o determina. Todavia, o mesmo deverá conter os elementos essenciais que permitam ao tribunal decidir de forma consciente e fundamentada.

Assim, o requerimento apresentado deverá, pelo menos, especificar qual a prova a produzir, quais as razões pelas quais se mostra relevante a sua produção, bem como justificar a

²⁷ A exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 248/X/4.^a que esteve na base da citada Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro clarificou que “*Sendo a prevenção da vitimização secundária um aspecto axial das políticas hodiernas de protecção da vítima, estabelece-se, sempre que tal se justifique, a possibilidade de inquirição da vítima no decurso do inquérito a fim de que o depoimento seja tomado em conta no julgamento, ou ainda, no caso da vítima se encontrar impossibilitada de comparecer em audiência, a possibilidade de o tribunal ordenar, oficiosamente, ou a requerimento, que lhe sejam tomadas declarações no lugar em que se encontra, em dia e hora que lhe comunicará*” (in, Diário da Assembleia da República, II série A, n.º 58/X/4, de 22 de Janeiro de 2009, pp. 30-53).

necessidade da sua antecipação, excepto quando a pessoa a inquirir seja menor de idade e vítima de qualquer um dos crimes de catálogo. Com efeito, entendemos que não é necessário o elenco dos factos sobre os quais serão tomadas declarações, desde logo porque a lei assim não o exige²⁸.

4.5. A diligência

Depois de admitida a realização da diligência, o juiz determina a data, hora e local para a mesma, devendo notificar os sujeitos processuais do seu despacho a fim de os mesmos, querendo, estarem presentes, sendo que apenas é obrigatória a presença do Ministério Público e do defensor (artigo 271.º, n.º 3, do Código de Processo Penal).

Sem prejuízo de a lei apenas exigir a presença do Ministério Público e do defensor na diligência, a verdade é que, além destes, também os assistentes e as partes civis têm, não só, o direito a estarem presentes, como também o direito a intervir na diligência (direito que é actualmente diverso daquele que previsto antes da reforma de 2007).

A reforma do processo penal operada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto veio reforçar o princípio do contraditório no âmbito das declarações para memória futura, desde logo, por esta diligência corresponder a uma antecipação da audiência de discussão e julgamento²⁹.

Assim, a partir de 2007, a presença do Ministério Público e do defensor tornou-se obrigatória (artigo 271.º, n.º 3, do Código de Processo Penal), sob pena de nulidade insanável, nos termos do disposto no artigo 119.º, al.s b) e c), do Código de Processo Penal.

Actualmente os sujeitos processuais presentes na diligência têm ainda o direito a formular directamente as questões que entendam pertinentes e que queiram ver esclarecidas (*ex vi* artigo 271.º, n.º 5, do Código de Processo Penal), excepto quando o inquirido seja menor de 16 anos, assistente, parte civil, perito ou consultor técnico, situação em que a formulação de perguntas, ainda que sugeridas pelos demais intervenientes processuais, cabe ao juiz.

Foi também a partir de 2007 que se tornaram aplicáveis às declarações para memória futura as normas referentes ao afastamento do arguido da sala (artigo 352.º do Código de Processo Penal), à leitura de autos e declarações (artigo 356.º do Código de Processo Penal), à documentação das declarações orais (artigo 363.º do Código de Processo Penal) e à documentação da própria diligência (artigo 364.º do Código de Processo Penal).

Do supra exposto resulta que foi intenção do legislador aproximar esta forma de produção antecipada de prova daquela habitualmente realizada em audiência de discussão e julgamento, todavia as diferenças entre ambas são ainda substanciais, começando, desde logo,

²⁸ Neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 29 de Junho de 2011, relatado pelo Desembargador José Carreto e proferido no âmbito do processo n.º 13391/08.6TDPRT-A.P1.

²⁹ Exposição de Motivos da Lei n.º 109/X, *in* Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º 31, de 23 de Dezembro de 2006.

pela ausência de publicidade das declarações para memória futura, às quais apenas podem assistir os sujeitos processuais, ao invés do que se verifica nas audiências de discussão e julgamento, as quais, via de regra, são abertas ao público.

Também a forma de inquirição da testemunha (assistente, parte civil, etc.) é diversa, na medida em que em sede de declarações para memória futura a inquirição é levada a cabo, inicialmente, sempre pelo juiz de instrução que preside, podendo, posteriormente, os demais presentes formular questões adicionais (ao invés do que habitualmente acontece em sede de audiência de discussão e julgamento, em que a testemunha é inicialmente inquirida por quem a tiver indicado).

Acresce que relativamente a vítimas de crimes contra a autodeterminação e liberdade sexual menores de idade, com o propósito de evitar que a diligência surta, na criança e no seu desenvolvimento, um impacto mais negativo do que aquele estritamente necessário, o legislador estabeleceu que a diligência deve acontecer *“num 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”* (ex vi artigo 271.º, n.º 4, do Código de Processo Penal).

4.6. A valoração das declarações para memória futura e a necessidade da sua leitura em sede de audiência de discussão e julgamento

Durante algum tempo, discutiu-se a necessidade de as declarações para memória futura serem lidas em sede de audiência de discussão e julgamento, a fim de poderem ser valoradas na decisão a proferir pelo tribunal (*cfr.* artigo 271.º, 355.º e 356.º, n.º 2, al. a), do Código de Processo Penal).

Com efeito, parte da jurisprudência (talvez a maioritária) entendia que os depoimentos prestados para memória futura tinham de ser, obrigatoriamente, lidos, analisados e contraditados em sede de audiência de discussão e julgamento, sob pena de não poderem ser tidos em consideração na decisão que o tribunal viesse a tomar.

Por outro lado, existia uma outra corrente jurisprudencial que defendia que tendo sido cumprido o contraditório aquando da tomada das declarações para memória futura, se tornava desnecessária a sua leitura em sede de audiência de discussão e julgamento.

Em 2017, o Supremo Tribunal de Justiça veio fixar jurisprudência no sentido seguinte: *“As declarações para memória futura, prestadas nos termos do artigo 271.º do Código de Processo Penal, não têm de ser obrigatoriamente lidas em audiência de julgamento para que possam ser tomadas em conta e constituir prova validamente utilizável para a formação da convicção do*

tribunal, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 355.º e 356.º, n.º 2, alínea a), do mesmo Código”.^{30 31}

Com efeito, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que, sem prejuízo de, em regra, a audiência de discussão e julgamento ser o local para a realização do debate sobre prova produzida, essa mesma regra comporta excepções, entre as quais se incluem as declarações para memória futura, cujo regime encontrou, em especial desde 2007, um equilíbrio entre todos os interesses e valores envolvidos, procedendo à sua concordância prática.

O Supremo Tribunal de Justiça notou igualmente que, desde a entrada em vigor da Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, a documentação das declarações oralmente prestadas passou a ser efectuada através do respectivo registo áudio e audiovisual, consignando-se na acta o seu início e termo (artigo 364.º, n.º 1, do Código de Processo Penal).

Mais esclareceu que, sem prejuízo da possibilidade de leitura das declarações prestadas para memória futura na audiência de discussão e julgamento, a lei não impõe a mesma (artigos 356.º, n.º 2, al. a), do Código de Processo Penal), constituindo, antes, essa leitura uma faculdade atribuída aos sujeitos processuais.

O Supremo Tribunal de Justiça analisou ainda na sua decisão, as implicações que a leitura (ou não) das declarações para memória futura teriam nos princípios da imediação e oralidade, do contraditório e da publicidade, tendo concluído que atento o regime por que se rege tal meio de prova, *“o núcleo essencial do princípio da imediação mantém-se enquanto forma de obter a decisão”, continuando por esclarecer, com total correcção, que “a leitura/audição das declarações, em audiência de julgamento não implica nem determina uma relação directa e próxima com a fonte da prova (...)”, pelo que “(...) a leitura, em audiência de julgamento, das declarações para memória futura em nada reforça o princípio da imediação, na medida em que apenas permite ao juiz de julgamento o contacto directo com as declarações (prova) e não com quem as prestou (fonte da prova)”.*

Relativamente ao princípio do contraditório, o tribunal defendeu que o debate ocorre quer as declarações sejam, ou não, lidas em audiência de discussão e julgamento, sendo ainda de atender à circunstância da tomada de declarações de forma antecipada ser sempre sujeita ao contraditório, desde logo por, na mesma, ser obrigatória a presença do defensor.

No que concerne ao princípio da publicidade, por seu turno, o tribunal entendeu que, efectivamente, a exclusão da leitura destas declarações constitui uma limitação ao mesmo. Todavia, não deixou de notar que este não é um princípio absoluto, mas, pelo contrário, é um princípio que, por vezes, é limitado, desde logo no interesse das vítimas. Assim, entendeu que *“(...) caso não seja requerida a sua leitura, ou caso tenha sido requerida, tenha sido indeferida, e o tribunal não considere necessário a ela proceder, o princípio da publicidade da audiência*

³⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/2017, publicado no Diário da República n.º 224/2017, Série I, de 21 de Novembro de 2017.

³¹ Sobre as declarações para memória futura já o Tribunal Constitucional se havia já pronunciado nos acórdãos n.º 399/2015, 367/2014 e 110/2011.

não exige que, obrigatoriamente, se proceda à leitura das declarações para memória futura para que elas possam ser valoradas pelo julgador”.

Em suma, o Supremo Tribunal de Justiça conclui que, sem prejuízo da possibilidade das declarações para memória futura serem lidas no decurso da audiência de discussão e julgamento, essa leitura não é obrigatória, nem a sua omissão constrangem de forma inadmissível os princípios por que se rege o direito processual penal e, em especial, o direito de defesa do arguido.

5. Gestão processual

Como supra expusemos, a iniciativa para a tomada de declarações para memória futura pode partir, não só do Ministério Público, enquanto autoridade judiciária responsável pela direcção do inquérito e, conseqüentemente, pela investigação criminal (*ex vi* artigo 263.º, n.º 1, do Código de Processo Penal), como também dos sujeitos processuais, nomeadamente, do arguido, do assistente e das partes civis (*cfr.* artigo 271.º, n.º 1, do Código de Processo Penal) e da vítima de crime de violência doméstica.

Sem prejuízo, dúvidas inexistem de que, na maioria das vezes, a iniciativa parte do Ministério Público, desde logo com vista a preservar a prova, mas também com o objectivo de proteger as vítimas dos crimes sob investigação.

Ora, é exactamente por esse motivo que se impõe cada vez mais aos magistrados do Ministério Público um cuidado redobrado na condução de todos os processos de inquérito que lhes sejam confiados e não só naqueles em que se investigue a prática de crimes do catálogo elencado no artigo 271.º, n.º 1, do Código de Processo Penal (desde logo porque, como já referimos, as declarações para memória futura podem justificar-se noutras situações, não só em caso de doença ou deslocação para o estrangeiro, como também quando estivermos perante vítimas tidas por especialmente vulneráveis, ou quando estiver sob investigação a prática de crimes de violência doméstica).

Ao Ministério Público impõe-se, cada vez com maior acuidade, uma análise cuidada de toda a factualidade que lhe seja participada e que possua, ou possa possuir, relevância criminal, de forma a que, desde o primeiro momento da sua intervenção processual, defina uma estratégia de investigação adequada a salvaguardar todos os interesses que se contrapõem, sejam aqueles relacionados com a acção penal e a preservação da prova, sejam outros directamente relacionados com as vítimas e até aqueles concernentes ao suspeito ou arguido.

Exactamente por este motivo entendemos que, sem prejuízo da sobrecarga de trabalho que todos os magistrados possuem actualmente, desde logo devido à carência de meios humanos sentida, em especial, na magistratura do Ministério Público, devem evitar-se delegações genéricas de competências nos órgãos de polícia criminal.

Com efeito, como decorre da lei, os órgãos de polícia criminal devem coadjuvar o Ministério Público, enquanto autoridade judiciária a quem cabe a direcção efectiva do inquérito (artigo 263.º do Código de Processo Penal), e não conduzir o inquérito de acordo com o seu livre arbítrio.

Acresce que, cabendo ao Ministério Público a direcção do inquérito, os magistrados devem ter especial cuidado nos despachos por si proferidos, os quais devem ser, não só, auto-suficientes, como devem ainda ser o mais exaustivos possível, concentrando, se e quando for possível, as diligências probatórias tidas por necessárias à descoberta da verdade material no menor número de despachos possível, de forma a evitar que os mesmos se alonguem mais no tempo, do que aquele estritamente necessário (atitude que terá, igualmente, repercussões ao nível da estatística).

A opção pela delegação de competências nos órgãos de polícia criminal mais limitada (sem prejuízo de as autoridades policiais poderem, também elas, propor e realizar, por sua iniciativa, as diligências que entendam necessárias e que não tenham sido, desde logo, ordenadas) imporá ao magistrado titular do inquérito um maior controlo sobre o andamento da investigação criminal e sobre o resultado das diligências probatórias em curso. Tendo o magistrado um conhecimento mais aprofundado do processo, da factualidade participada, das diligências já realizadas, do seu resultado e, bem assim, daquelas que ainda importará realizar, mais facilmente poderá obviar à sua repetição³².

5.1. O momento em que devem ser tomadas declarações para memória futura

As declarações para memória futura podem ser realizadas quer em sede de inquérito, quer em sede de instrução, sendo que na primeira hipótese não podem ser oficiosamente determinadas pelo juiz de instrução, mas antes têm de ser requeridas por algum dos sujeitos processuais a quem a lei atribua legitimidade para o efeito (artigos 271.º, n.º 1, e 294.º *a contrario* do Código de Processo Penal e ainda 33.º, n.º 1, da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro).

Ora, a grande maioria das vezes, a iniciativa para a tomada de declarações para memória futura parte do Ministério Público, o qual, no decurso da investigação, entende ser obrigatória, ou conveniente aos interesses em causa, a sua realização, pelo que promove a sua realização junto do juiz de instrução criminal, a quem a incumbirá autorizar (*cf.* artigo 269.º, n.º 1, al. f), e 268.º, n.º 1, al. f), e 271.º, n.º 1, todos do Código de Processo Penal) e, posteriormente, presidir.

³² Por exemplo, na maioria das situações, as vítimas de crimes sexuais mesmo quando são ouvidas para memória futura, foram já inquiridas anteriormente inúmeras vezes, por inúmeros profissionais diferentes (quando participaram os factos, posteriormente perante a autoridade policial em que foi delegada a competência para a investigação, perante peritos médicos, etc.), situação que poderia, no nosso entendimento, ser parcialmente evitável se o magistrado do Ministério Público promover, desde logo, a sua inquirição perante o próprio e, posteriormente, perante o juiz de instrução, nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 271.º e 294.º do Código de Processo Penal. Acresce ainda que a reinquirição das testemunhas tende a corromper as suas declarações, as quais são tão mais fidedignas quanto mais próximas dos factos (especialmente quando estamos perante vítimas de tenra idade).

Importa, no entanto, tentar perceber, sem prejuízo das circunstâncias concretas da situação que nos é apresentada, qual o momento ideal para a realização desta diligência, desde logo porque o Código de Processo Penal não fornece quaisquer elementos nesse sentido.

A Lei de Protecção de Testemunhas³³, por seu turno, no seu artigo 28.º, prevê que a testemunha especialmente vulnerável deve ser inquirida *“o mais brevemente possível após a ocorrência do crime”*.

Atendendo a que a lei é omissa quanto ao momento ideal para a tomada de declarações para memória futura, na prática judiciária têm vindo a ser adoptadas diferentes formas de actuação.

Na maioria das situações, as vítimas de crimes tendem a ser inquiridas inúmeras vezes não só no âmbito do mesmo processo, como também em vários processos diferentes (por exemplo, quando se trata de um menor de idade, correm simultaneamente quer processos crimes, quer processos de promoção e protecção de crianças e jovem em perigo), sendo que a tomada de declarações perante autoridade judiciária acontece, também na maioria das vezes, numa fase já muito avançada da investigação. Ora, estas diligências, além de abordarem de forma repetitiva, os factos pelos quais a vítima passou, são, na grande maioria das vezes também, realizadas em ambientes e contextos diferentes, com a intervenção de profissionais também eles diversos e guiados por objectivos totalmente díspares, situação que, além de agravar o estado emocional da vítima e prolongar o seu sofrimento, tem igualmente implicações importantes ao nível da fiabilidade das declarações prestadas³⁴, especialmente quando nos referimos a vítimas menores de idade.

Em especial no caso concreto das vítimas menores de idade, entendemos que o Ministério Público (esteja ele a exercer no âmbito da acção penal ou, por exemplo, no âmbito do direito das crianças) não pode deixar de agir com redobrada atenção e cuidado, desde logo por fazer parte das suas competências, em qualquer caso, a defesa do superior interesse da criança.

É exactamente com este propósito que a Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais (Lanzarote 2007, à qual Portugal se encontra vinculado), determina que as audições das crianças *“tenham lugar sem atrasos injustificados após a denúncia dos factos às autoridades competentes”*, que *“o número de audições seja limitado ao mínimo e na estrita medida da necessário à evolução do processo”* e que, *“se possível e apropriado, as audições da criança sejam efectuadas pelas mesmas*

³³ Lei n.º 93/99, de 14 de Julho.

³⁴ Como doutamente refere Rui do Carmo *“As declarações para memória futura realizadas numa fase avançada, ou mesmo final, da investigação contrariam a evidência científica de que “a entrevista mais exacta é a primeira” e de que “um intervalo de tempo curto entre o acontecimento e o relato diminui o risco de enviesamento e erros, enquanto um longo intervalo de tempo e entrevistas múltiplas tornam difícil uma inquirição adequada”*[28]. Além de que *“são as declarações da criança no estado bruto que devem ser colhidas e não as que a autoridade policial ou judicial gostaria de ouvir”* – in, *“Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual”*, n.º 134, Ano 34 – Abril-Julho, 2013, p. 162.

peças”. Audições que devem “*ser gravadas em vídeo*” e “*ser aceites em tribunal como elemento de prova, segundo as regras previstas no direito interno (...)*”³⁵.

Resulta do supra exposto que as declarações para memória futura devem ser realizadas assim que se descortina a sua obrigatoriedade, ou conveniência, por um lado, de forma a acautelar devidamente a prova a produzir e, por outro lado, para salvaguardar os interesses das pessoas que nas mesmas deverão intervir (em especial a vítima).

Acresce que quando a vítima seja menor de idade, além da inquirição para memória futura dever ter lugar no mais curto espaço de tempo após a ocorrência dos factos (e ainda que não exista sequer um suspeito identificado), a mesma deve ocorrer num espaço adequado e com o acompanhamento de técnico especializado (excepto se a criança a tal prescindir). Deve ainda tal inquirição ser realizada nos termos previstos no artigo 349.º do Código de Processo Penal, ou seja, a inquirição é realizada pelo juiz, podendo os demais sujeitos processuais solicitar outros esclarecimentos à testemunha, todavia sempre por intermédio do juiz de instrução (esta disciplina pode ser aplicada à inquirição de vítima com idade superior a 16 anos, nos termos do disposto no artigo 29, al. c), da Lei de Protecção de Testemunhas³⁶).

Por fim, apenas uma breve nota no que à renovação do depoimento da vítima concerne.

Nos termos do disposto no artigo 271.º, n.º 8, do Código de Processo Penal “*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*”.

Sem prejuízo de parecer resultar do supra referido normativo legal, a possibilidade da renovação do depoimento acontecer sempre que assim for requerido, ou oficiosamente determinado pelo tribunal, e desde que tal renovação não ponha em causa a saúde física e psíquica da pessoa que o deva prestar, entendemos que a norma deve ser interpretada de forma cuidadosa.

Com efeito, não poderá o intérprete olvidar-se dos objectivos que estão na base da previsão das declarações para memória futura, os quais, por um lado, se relacionam com a preservação da prova, por outro, têm igualmente a ver com interesses de protecção da própria vítima, em especial da vítima menor de idade³⁷.

³⁵ CARMO, Rui do - “*Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*”, n.º 134, Ano 34 – Abril-Julho, 2013, p. 163.

³⁶ A referida norma legal dispõe que “*O juiz que preside a acto processual público ou sujeito ao contraditório, com vista à obtenção de respostas livres, espontâneas e verdadeiras, pode:*

a) Dirigir os trabalhos de modo que a testemunha especialmente vulnerável nunca se encontre com certos intervenientes no mesmo acto, designadamente com o arguido;

b) Ouvir a testemunha com utilização de meios de ocultação ou de teleconferência, nomeadamente a partir de outro local do edifício do tribunal, aplicando-se devidamente adaptado o disposto nos artigos 4.º a 15.º;

c) Proceder à inquirição da testemunha, podendo, depois disso, os outros juizes, os jurados, o Ministério Público, o defensor e os advogados do assistente e das partes civis pedir-lhe a formulação de questões adicionais”.

³⁷ Relativamente à renovação os depoimentos das crianças, a Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais (Lanzarote, 2007), determina, no seu artigo 35.º, n.º 1,

Assim, tendemos a defender que a renovação do depoimento deve ter sempre carácter excepcional e apenas poderá ser ordenada se não colocar em causa a saúde (física ou psíquica) do visado, o que deve ser analisado casuisticamente, atendendo, nomeadamente, à sua idade, à sua condição de saúde, à sua maturidade (quando estiver em causa a renovação do depoimento de uma criança), à vontade manifestada em renovar o seu depoimento e colaborar com o tribunal na descoberta da verdade, bem como às circunstâncias concretas do caso.

Importante seria ainda neste aspecto, por exemplo, garantir sempre a gravação audiovisual das declarações prestadas, desde logo porque a mesma *“apresenta a vantagem incontestável de reproduzir integralmente não só os seus dizeres, mas também todas as perguntas feitas, bem como as circunstâncias da entrevista. Permite recuperar as atitudes não-verbais do menor, as hesitações ou os silêncios, por vezes cheios de significado, as variações de tom (...), as respostas gestuais, os olhares, as mímicas e posturas, os estados emocionais (...). Na escrita estes não-ditos estão apagados ou só podem ser recuperados pelo inquiridor através de um trabalho de investigação sempre sujeito a prova. A gravação exprime mais fielmente as interações entre inquiridor e menor interrogado e permite pôr em evidência as interferências e as induções entre estes actores”*.³⁸

5.2. A articulação entre os Magistrados do Ministério Público que actuam nas diferentes jurisdições

Reportemo-nos agora apenas à inquirição de crianças, às quais podem ser tomadas declarações para memória futura, não só, quando forem vítimas dos crimes de catálogo (artigo 271.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal), como também quando sejam testemunhas, ou vítimas, e sejam tidas por especialmente vulneráveis, nos termos do disposto nos artigos 26.º, n.º 2, e 28.º, n.º 2, da Lei de Protecção de Testemunhas.

Nos casos em que as crianças (ou jovens menores de idade) sejam vítimas de crimes, a intervenção judicial acontecerá, não só no âmbito criminal, como também ao nível da promoção de protecção de crianças e jovens em perigo (*ex vi* artigos 1.º e 3.º, n.ºs 1 e 2, als. b) e f) da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo³⁹), donde resulta que a criança, além de ser ouvida no processo-crime, terá igualmente de ser inquirida no âmbito do processo de promoção e protecção de crianças e jovens em perigo (artigos 4.º, al. j), e 84.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo).

Ora, de forma a evitar sucessivas inquirições da criança e tal como já havia sido estabelecido pela Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais (Lanzarote, 2007), a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em

al. e), que os Estados devem acautelar que *“o número de audições seja limitado ao mínimo e na estrita medida do necessário à evolução do processo”*.

³⁸ SOMERS, Paule VANDERMEERSCH, Damen – *“O registo das audições dos menores vítimas de abuso sexual: primeiros indicadores de avaliação da experiência de Bruxelas”*, *Infância e Juventude* n.º 1/1998, p. 114.

³⁹ Aprovada pela Lei n.º 147/99, de 01 de Setembro.

Perigo⁴⁰ determina que a audição da criança deverá ser realizada nos termos previstos nos artigos 4.º e 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de Setembro.

O Regime Geral do Processo Tutelar Cível, entrado em vigor em 2015, veio adoptar, efectivamente, um regime de audição da criança que, em nosso entendimento vai ao encontro do que era já determinado pelos instrumentos internacionais a que Portugal se encontra vinculado.

Assim, se por um lado a tomada de declarações é realizada em moldes muito semelhantes àqueles previstos no Código de Processo Penal para a tomada de declarações para memória futura (regime para o qual, inclusivamente, remete), por outro lado, a lei veio prever que quando em processo-crime a criança preste declarações para memória futura ou quando tal aconteça em processo de natureza cível e as declarações tenham sido prestadas perante o juiz ou Ministério Público, com observância do princípio do contraditório, as declarações podem ser consideradas como meio probatório no processo tutelar cível (artigo 5.º, n.º 7, als. d) e e) do Regime Geral do Processo Tutelar Cível).

Resulta daqui que as declarações para memória futura assumem actualmente uma centralidade relativamente às demais declarações que sejam tomadas a estas crianças, donde se tem necessariamente de concluir que, cada vez mais, se exige que os magistrados do Ministério Público, que exercem funções no âmbito criminal e no âmbito da família, actuem de forma articulada⁴¹.

Será esta articulação que permitirá alcançar satisfatoriamente os objectivos do legislador de 2015, desde logo porque idealmente, numa única diligência e por um único conjunto de técnicos, a criança poderá ser ouvida sobre todas as questões que importem, sejam elas directamente relacionadas com a acção penal, sejam já direccionadas com a actuação judicial com vista à sua protecção.

5.3. O requerimento do Ministério Público

Apesar de a lei não estabelecer quais os requisitos formais do requerimento a apresentar, neste âmbito, pelo Ministério Público (ou por outro sujeito processual), entendemos que o mesmo deve, pelo menos, elencar qual a prova a produzir (se a inquirição de alguma testemunha, a tomada de declarações ao assistente ou às partes civis, acareação, etc.), qual o

⁴⁰ Artigo 84.º, na redacção aprovada pela Lei n.º 142/2015, de 08 de Setembro.

⁴¹ Neste sentido, já a Circular n.º 6/2006 do Procurador-Geral da República, sobre a Intervenção do Ministério Público nas Comissões de Protecção de Crianças e Jovens, ao abrigo do disposto no artigo 72.º, n.º 2, da Lei 144/79, de 1 de Setembro prevê que quando corram, paralelamente, processo-crime e a processo de promoção e protecção, deve ser garantida a rápida articulação entre ambas as intervenções, nomeadamente “o magistrado interlocutor da CPCJ deve interagir com o magistrado titular do inquérito, tendo em vista avaliar a adequação das medidas de protecção, tendo em conta a situação processual do arguido”, devendo existir ainda a transmissão de informação e uma articulação entre as intervenções. Também no mesmo sentido foi a orientação formulada no encontro da Rede de Magistrados do Ministério Público dos Tribunais de Família e Menores de 27 de Novembro de 2008 (disponível em www.pgdlisboa.pt).

motivo da sua relevância e ainda as razões que justificam a sua antecipação (excepto se estivermos perante crimes de catálogo, em que as declarações para memória futura assumem natureza obrigatória), desde logo atento o carácter excepcional das declarações para memória futura.

Assim, e sendo certo que a elaboração do requerimento em causa estará sempre dependente da situação concreta com que nos deparamos, apresentamos *infra* um exemplo do que pensamos poder ser a peça processual a submeter à apreciação do juiz de instrução criminal.

Processo n.º ...

Conclusão em ...

=CLS=

(...)

I. Das Declarações para memória Futura

Via de regra, a prova a valorar em processo penal é aquela produzida na audiência de discussão e julgamento (*ex vi* artigo 355.º do Código de Processo Penal). Todavia, pode “suceder que a produção de determinada prova apresente carácter de urgência incompatível com a espera do momento normal e oportuno da audiência de discussão de julgamento (...)” (in, Alberto dos Reis, Código de Processo Civil Anotado, Vol. III, 3.ª Edição, p. 332).

Assim, de forma a acautelar, por um lado, a preservação da prova e a descoberta da verdade e, por outro, em algumas situações, os interesses das próprias vítimas, a lei veio prever, que, em determinadas situações, possam ser tomadas declarações para memória futura (artigos 271.º e 294.º do Código de Processo Penal), perante juiz e com salvaguarda do direito ao contraditório por parte dos intervenientes processuais.

No caso concreto dos crimes de violência doméstica, a Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro (Regime Jurídico da Violência Doméstica), no seu artigo 33.º, prevê um regime formalmente autónomo (a expressão é da autoria do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de Janeiro de 2012, proc. n.º 689/11.5PBPD, disponível em www.dgsi.pt), para produção antecipada de prova.

Também a lei de protecção de testemunhas (Lei n.º 93/99, de 14 de Julho) prevê, no seu artigo 28.º, n.º 2 que “Sempre que possível, deverá ser evitada a repetição da audição da testemunha especialmente vulnerável durante o inquérito, podendo ainda ser requerido o registo nos termos do artigo 271.º do Código de Processo Penal”, sendo que, nos termos do referido diploma legal a vulnerabilidade da vítima pode decorrer, designadamente, da sua tenra idade (artigo 26.º, n.º 2).

Nestes casos em concreto, o objectivo do legislador foi o de proteger a vítima, prevenindo situações de vitimização secundária e a eventual sujeição a pressões desnecessárias (*cf.* a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 248/X/4.ª que esteve na base da citada Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro).

No caso concreto os autos, os factos denunciados são susceptíveis de consubstanciar a prática de um crime de violência doméstica. Acresce ainda que a vítima tem apenas 12 anos de idade.

Sem prejuízo de termos por certo que toda a situação por si experienciada terá repercussões no desenvolvimento deste jovem, importa, nesta fase, evitar que o mesmo reviva sucessivamente a situação participada.

Interessa igualmente recolher, desde já, as suas declarações, de forma a garantir que as mesmas são o relato mais fidedigno possível dos factos por si vivenciados.

Assim, de forma a evitar a vitimização secundária de (...), bem como com vista à preservação da prova, promovo, nos termos do disposto nos artigos 33.º, n.º 1 da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro (Regime Jurídico da Violência Doméstica), 26.º, n.º 2 e 28.º, n.º 2 da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho (Lei de Protecção de Testemunhas) e 271.º, n.º 1 do Código de Processo Penal, se designe dia e hora para que lhe sejam tomadas declarações para memória futura.

Mais promovo que o menor seja assistido, no acto, por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, a ser designado sob prévia indicação da Segurança Social, nos termos do disposto no artigo 271.º, n.º 4 do Código de Processo Penal.

Promovo ainda que, nos termos do artigo 352.º, n.º 1, al. b) do Código de Processo Penal (*ex vi* artigo 271.º, n.º 6 do mesmo diploma legal), seja vedada a presença do arguido em tal acto.

Para análise e apreciação do supra promovido, conclua-se, de imediato, os autos ao Mmo. Juiz de Instrução.

Data

A Magistrada do Ministério Público

(processado em computador e integralmente revisto, artigo 94.º, n.º 2, do Código de Processo Penal)

6. Da uniformização de procedimentos

As declarações para memória futura constituem um meio de obtenção de prova que, em nosso entendimento, deve ser, sempre que possível, promovido. Com efeito, se por um lado permite a preservação da prova com vista à descoberta da verdade material, por outro tem benefícios inigualáveis ao nível da protecção das vítimas. Acresce que, caso se entenda necessário e não coloque em causa a integridade física ou psíquica da vítima, pode ser sempre determinada a renovação do depoimento, em sede de audiência de discussão e julgamento.

Todavia, a verdade é que actualmente o recurso a este meio de prova não é obrigatório (excepto no caso de vítimas de crimes de catálogo menores de idade), sendo que a prática judiciária é muito variável, dependendo, desde logo, do magistrado que preside ao inquérito, da comarca onde o mesmo corre termos e, claro está, das circunstâncias concretas do caso (situações existem em que se torna inviável a tomada de declarações para memória futura ou a tomada de declarações para memória futura em determinada fase do processo).

Tendemos, no entanto, a concluir que urge uniformizar procedimentos, de forma a melhor acautelar todos os interesses e valores em questão.

Nesse sentido, foram já adoptadas pelos magistrados do Ministério Público, algumas orientações, bem como, em algumas comarcas existem já ordens de serviço relativas a estas questões, as quais determinam a tomada de declarações para memória futura quando estiver sob investigação a prática de determinados crimes, quando as vítimas forem tidas por especialmente vulneráveis, quando tiverem sido aplicadas aos arguidos determinadas medidas de coacção (em especial as privativas da liberdade), etc⁴².

⁴² Nomeadamente a orientação adoptada no encontro da Rede de Magistrados do MP dos Tribunais de Família e Menores de 27/11/2008, disponível em www.pgdlisboa.pt; a Directiva n.º 1/2017, da PGR, de 13 de Outubro de 2017; a Ordem de Serviço n.º 11/17, de 9 de Junho de 2017, do Procurador-Geral Adjunto Coordenador da comarca de Braga; a Ordem de Serviço n.º 32/18, de 02 de Novembro de 2018, emitida pelo Procurador da República Coordenador do D.I.A.P. da Comarca de Viana do Castelo; a Ordem de Serviço n.º 1/2019, emitida pelo Procurador da República Coordenador do D.I.A.P. da Comarca de Lisboa Oeste.

Tais instrumentos hierárquicos são, em nosso entendimento, de louvar, na medida em que auxiliam os magistrados do Ministério Público que diariamente se debatem com situações pouco líquidas, nas quais têm dúvidas sobre a viabilidade e a necessidade de ouvir as vítimas ou testemunhas para memória futura, na sua tomada de decisão.

De forma praticamente unânime tais documentos hierárquicos tendem a determinar:

- A articulação entre os magistrados das diferentes jurisdições, em especial quando na presença de crimes de violência doméstica, maus tratos, contra a liberdade e autodeterminação sexual e bem assim quando existam vítimas menores de idade;
- A tomada de declarações para memória futura, de forma a evitar fenómenos de revitimização;
- A preferência pela inquirição das testemunhas em termos que permitam, no futuro, o seu aproveitamento em sede de audiência de discussão e julgamento, nos termos do disposto nos artigos 356.º do Código de Processo Penal.

7. Conclusão

Chegados ao fim do nosso trabalho, concluímos necessariamente que, apesar das declarações para memória futura serem um tema muito abordado por todos os profissionais da área, continuam a subsistir algumas dúvidas relativamente às mesmas e ao seu regime processual, bem como no que à sua valoração concerne.

Sem prejuízo das dúvidas lançadas dos diversos quadrantes, entendemos que o actual regime processual das declarações para memória futura acautela, de forma satisfatória, todos os interesses que no mesmo se contrapõem, isto é, por um lado, os interesses relacionados com a descoberta da verdade material, a prossecução da acção penal e a preservação da prova e, por outro lado, não só os interesses e direitos do arguido (em especial o direito ao contraditório), como também os interesses das próprias testemunhas inquiridas.

Com efeito, o actual regime processual aplicável às declarações para memória futura, aproximando-se da produção de prova em sede de audiência de discussão e julgamento, permite ao arguido (esteja ou não já constituído no processo) o exercício do seu direito de defesa, porquanto não só exige a presença, na referida diligência, do respectivo defensor, como lhe permite intervir, colocando questões e solicitando esclarecimentos directamente ao depoente.

Por outro lado, a produção desta prova nas fases iniciais do processo-crime acautela a fidedignidade da prova produzida, desde logo por ser demais sabido que a memória tende a esmorecer ao longo do tempo e que não se coaduna com o tempo normalmente necessário à investigação criminal, em especial quando nos referimos a testemunhas mais novas.

Sem prejuízo do supra exposto, somos obrigados a concluir que a grande mais-valia das declarações para memória futura se relaciona com a própria testemunha (seja ela a vítima de

crime, ou não). De facto, a inquirição da testemunha para memória futura permite-lhe, na grande maioria das vezes, afastar-se do processo-crime, com vista à sua recuperação, em especial psicológica e emocional.

Concluimos também, e por último, que o Ministério Público deve continuar a perseguir o caminho que até agora vem trilhando, com vista, por um lado, à articulação, cada vez mais perfeita, dos seus magistrados e, por outro lado, à uniformização de procedimentos, a qual trará, certamente, uma melhor imagem para a justiça e os seus actores.

8. Hiperligações e referências bibliográficas

8.1. Hiperligações

www.dgsi.pt

www.pgdlisboa.pt

www.ministeriopublico.pt

8.2. Referência bibliográficas

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto De, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, Editora Universidade Católica, 3.ª edição, 2009.

ALFAIATE, Ana Rita, “A relevância penal da sexualidade dos menores”, Coimbra Editora, 2009.

ALFAIATE, Ana Rita, “Crimes sexuais contra menores: questões de promoção processual”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 2009.

BUCHO, Cruz, “Declarações para memória futura (elementos de estudo)”, 2012, disponível em: http://www.trg.pt/ficheiros/estudos/declaracoes_para_memoria_futura.pdf

CANOTILHO, J.J. Gomes – “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 5.ª edição, Coimbra, Almedina.

CARMO, Rui Do, “Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual”, Revista do Ministério Público, n. 9134, Ano 34 – Abril – Julho, 2013.

CORREIA, João Conde, “O papel do Ministério Público no crime de abuso sexual de crianças”, in Revista Julgar, n.º 12 – edição especial, Coimbra Editora, 2010.

COSTA, Maia – *“Código de Processo Penal Comentado”*, 2016, 2.ª Edição Revista, Almedina.

DIAS, Jorge Figueiredo - *“Direito Processual Penal”*, Primeiro Volume, Reimpressão, 1984, § 2, II, 1.

GAMA, António – *“Reforma do Código de Processo Penal: Prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento”*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 19, N.º3, Julho-Setembro, 2009.

GASPAR, António Henrique, CABRAL, José António Henriques dos Santos, COSTA, Eduardo Maia, MENDES, António Jorge de Oliveira, MADEIRA, António Pereira, GRAÇA, António Pires Henriques da, *“Código de Processo Penal Comentado”*, Editora Almedina, 2016, 2.ª edição revista.

LOBO, Fernando Gama, *“Código de Processo Penal Anotado”*, Editora Almedina, 2015.

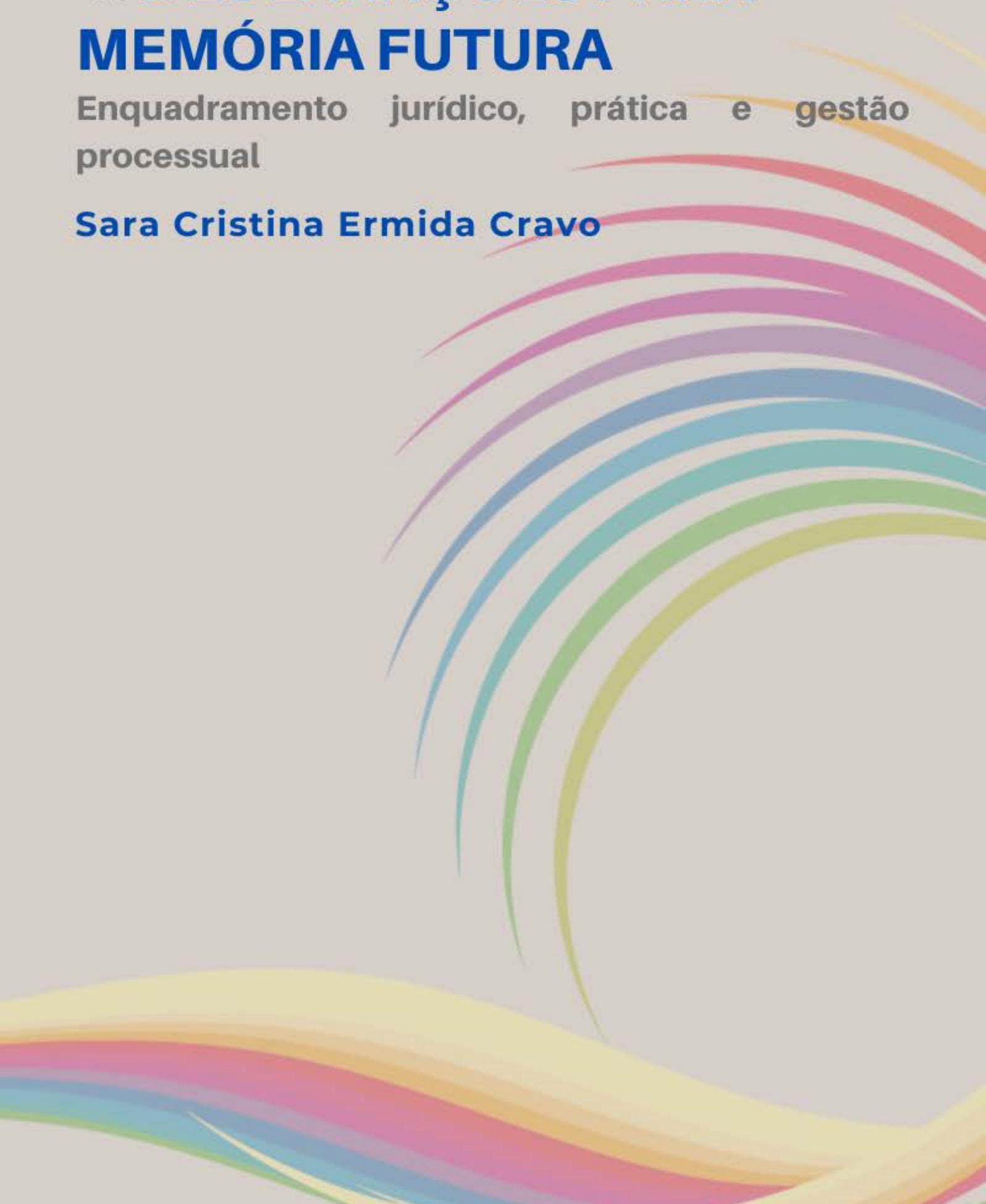
REIS, Alberto dos – *“Código de Processo Civil Anotado”*, vol. III, 3.ª ed., Coimbra Editora, 1981.

RIBEIRO, Catarina João Capela - *“A criança na justiça: trajectórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar”*, Almedina, 2009.

4. DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA

Enquadramento jurídico, prática e gestão
processual

Sara Cristina Ermida Cravo



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

4. DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Sara Cristina Ermida Cravo

- I. Introdução
- II. Objectivos
- III. Resumo
 - 1. Enquadramento jurídico
 - 1.1. Finalidades e natureza excepcional das declarações para memória futura
 - 1.2. O regime jurídico: génese e evolução
 - 1.3. O objecto das declarações para memória futura
 - 1.4. Os fundamentos do Código de Processo Penal
 - 1.4.1. A doença grave
 - 1.4.2. A deslocação para o estrangeiro
 - 1.4.3. A vítima de crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual
 - 1.4.4. O caso particular da vítima menor de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual
 - 1.5. A Lei de protecção de testemunhas
 - 1.6. A Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro
 - 1.7. O estatuto da vítima
 - 1.8. Traços gerais do procedimento e da realização da diligência
 - 1.8.1. A questão particular das declarações para memória futura prévias à constituição de arguido
 - 1.9. Leitura e valoração das declarações para memória futura em audiência de julgamento
 - 2. Prática e gestão processual
 - 2.1. Considerações introdutórias: a importância do papel do Ministério Público
 - 2.2. O requerimento do Ministério Público
 - 2.3. A diligência
 - 2.3.1. O “ambiente informal e reservado”
 - 2.3.2. O papel do técnico especialmente habilitado para acompanhar a vítima
 - 2.3.3. A possibilidade de recusa do menor em depor
 - 2.4. A articulação entre o magistrado do Ministério Público titular do inquérito e o magistrado junto do Juízo de Família e Menores
 - 2.5. As declarações para memória futura e o processo tutelar educativo
- IV. Hiperligações e referências bibliográficas

I. Introdução

O presente trabalho versa sobre o tema das declarações para memória futura, quer, num primeiro momento, numa vertente teórica sobre o mesmo, quer, em seguida, ao nível da prática e gestão processual, o que tem convocado questões particulares e, por vezes, de difícil resposta.

Tem-se vindo a assistir à mudança de paradigma das razões que estiveram na base da previsão, pelo legislador, do regime processual das declarações para memória futura que, em boa verdade, se tem afastado gradualmente da sua génese e motivações que se prendiam apenas com as dificuldades de obtenção da prova, acolhendo outras preocupações atinentes à protecção das vítimas. Assim, a preocupação central de todos os intervenientes judiciais relaciona-se, muito em especial, com os casos em que as necessidades que fundamentam a realização da diligência se prendem com a salvaguarda dos interesses das vítimas menores, os das vítimas especialmente vulneráveis e, com especial relevo e discussão na actualidade, os das vítimas do crime de violência doméstica.

De facto, os propósitos da lei configuram um enorme desafio para o magistrado do Ministério Público que, no seu percurso de descoberta da verdade material, por vezes navega entre a lógica inerente ao inquérito e à recolha de prova em ordem à prolação de uma decisão final de inquérito e uma outra lógica que se prende com a protecção dos interesses da vítima, incumbindo-lhe encontrar soluções que possam servir, da melhor maneira, uns e outros interesses.

II. Objectivos

Dirigindo-se aos aplicadores e pensadores do Direito em geral, embora centrado, em particular, na actuação e papel da magistratura do Ministério Público, o presente trabalho pretende analisar criticamente o actual regime processual das declarações para memória futura, introduzindo uma pequena reflexão sobre a prática judiciária hodierna, mediante a recolha das diferentes perspectivas doutrinárias e jurisprudenciais.

Visa-se, pois, após uma breve exposição sobre os traços gerais das declarações para memória futura, suscitar as questões mais prementes na prática judiciária hodierna e, sem a pretensão de alcançar soluções estanques, colocar alternativas e procurar abrir portas para o debate, despertando, no leitor, uma reflexão sobre o tema.

III. Resumo

Em síntese, a vertente exposição iniciar-se-á com um breve estudo sobre a génese e evolução das declarações para memória futura, seguindo-se uma análise acerca do respectivo objecto e fundamentos, quer no seio do Código de Processo Penal, quer no âmbito da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, da Lei de Protecção de Testemunhas e, ainda, do Estatuto da Vítima. Após, prosseguir-se-á com uma alusão aos traços gerais do procedimento, convocando algumas questões particulares objecto de controvérsia no seio da doutrina e jurisprudência e, ainda, ao regime da leitura e valoração das declarações para memória futura em sede de julgamento.

No capítulo que se seguirá, destinado a uma abordagem incidente na prática e gestão processual, pretende-se suscitar questões e problemas com que o magistrado do Ministério Público se tem deparado no quotidiano da sua vida prática, concitando possíveis soluções com alusão a exemplos práticos e jurisprudência, em especial no que se refere aos casos das vítimas menores de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

1. Enquadramento Jurídico

1.1. Finalidades e natureza excepcional das declarações para memória futura

O regime das declarações para memória futura enquanto modo de produção antecipada da prova em qualquer fase do processo penal representa uma clara excepção ao comando

normativo ínsito no artigo 355.º, n.º 1, do Código de Processo Penal que estatui que *“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”*.

O processo penal de estrutura acusatória, entre nós constitucionalmente consagrada, impõe que a produção de prova que fundamenta a convicção do tribunal tenha lugar em audiência à luz de três princípios norteadores: os princípios da imediação, oralidade e contraditório.¹

Assim, embora no plano estritamente doutrinário as declarações para memória futura pareçam contender com os princípios referidos *supra*, o legislador, na consagração do respectivo regime impôs a observância de determinadas garantias e procedimentos no sentido de impedir uma significativa alteração da estrutura do processo e, bem assim, garantindo a salvaguarda dos direitos de defesa do arguido, admitindo um meio cautelar de conservação da prova de elevado pragmatismo susceptível de elevar os níveis de eficácia probatória em matéria penal, de inestimável importância mormente para quem leva a cabo e dirige a investigação como seja o Ministério Público.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Penal de 87², a finalidade originária do regime das declarações para memória futura fundou-se no justo receio da dificuldade ou impossibilidade da produção de prova em audiência, o que redundou na previsão da possibilidade de produção antecipada de prova nos casos de doença grave ou deslocação da testemunha para o estrangeiro. Todavia, o legislador veio, ulteriormente, com a entrada em vigor da Lei n.º 58/98, de 25 de Agosto, estender a possibilidade de recorrer às declarações para memória futura quando fosse necessário inquirir as vítimas dos crimes de tráfico de pessoas e crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

O alargamento nos termos referidos deveu-se, contudo, a uma ordem bem diferente de razões. O que esteve na sua base não foi, pois, o perigo da perda da prova mas, antes, a protecção das vítimas de determinados tipos de crime, em especial as vítimas menores de idade, atenta a sua especial vulnerabilidade, evitando-se os sucedâneos contactos revitimizadores com a justiça, o que justificou a previsão de um fundamento autónomo que dispensa o requisito da previsível impossibilidade de comparência das vítimas em audiência de julgamento.

As declarações para memória futura surgem, assim, como uma verdadeira excepção ao princípio da imediação, na medida em que a prova recolhida sob a égide do juiz de instrução pode ser tomada em conta em sede de audiência, pelo que, no fundo, se está perante *“uma antecipação parcial do julgamento”*³, o que justifica a atribuição do carácter contraditório pela lei à diligência, com a obrigatoriedade da presença quer do Ministério Público, quer do defensor.

¹ Assim, CUNHA, Damião, *“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, Julho-Setembro 1997, pp. 404 e 405.

² Operada pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro.

³ Vide, COSTA, Maia, *“Código de Processo Penal Comentado”* – anotação ao artigo 271.º, 2.ª edição revista, Almedina, 2016, p. 917.

Quanto a nós, cremos que com o regime vigente logrou-se o equilíbrio entre os interesses em confronto, mormente entre as garantias de defesa do arguido constitucionalmente consagradas nos n.ºs 1 e 5 do artigo 32.º da Lei Fundamental e o interesse da comunidade na descoberta da verdade e realização da justiça.

1.2. O regime jurídico: génese e evolução

O regime jurídico das declarações para memória futura encontra-se consagrado nos artigos 271.º (na fase de inquérito), no artigo 294.º (na fase de instrução) e no artigo 320.º (já após o início formal da fase de julgamento, mas antes da audiência propriamente dita), todos do Código de Processo Penal. Também o artigo 356.º, n.º 2, alínea a), do mesmo diploma legal lhes faz referência ao permitir, em sede de julgamento, a leitura das declarações prestadas nos termos dos artigos 271.º e 294.º, elencando-as como excepção ao regime geral do artigo 355.º a que acima aludimos.

Em boa verdade, a possibilidade de antecipação da prova com fundamento em doença ou deslocação para o estrangeiro não constitui novidade no ordenamento jurídico português remontando às Ordenações Filipinas.⁴

O texto originário inserto no Código de Processo Penal de 87 previa apenas os dois fundamentos referidos para o recurso ao mecanismo que ora nos ocupa, apenas tendo nascido a preocupação com as vítimas dos crimes sexuais já após a entrada em vigor da Lei n.º 58/98, de 25 de Agosto.

Contudo, foi apenas com a Lei n.º 48/2007 que a redacção originária do artigo 271.º do Código de Processo Penal sofreu numerosas e profundas alterações, desenhando-se, assim, o actual e vigente regime das declarações para memória futura, tendo o segmento que convoca os fundamentos que justificam o recurso ao mecanismo sob análise acrescentado os casos em que a testemunha é *“vítima de crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual”*.

1.3. O objecto das declarações para memória futura

Nos termos do preceituado no artigo 271.º, n.ºs 1 e 7, do Código de Processo Penal são admissíveis, taxativamente, os seguintes actos processuais para memória futura: a inquirição de testemunha, a tomada de declarações ao assistente e a tomada de declarações às partes civis, no caso de doença grave ou deslocação para o estrangeiro que as impeçam de ser ouvidas em julgamento ou, se forem vítimas dos crimes do catálogo; a tomada de declarações ao perito ou consultor técnico em caso de doença grave ou deslocação para o estrangeiro que os impeçam de ser ouvidos em julgamento; acareações entre testemunhas, assistentes ou partes civis, desde que se verifique quanto a um dos participantes doença grave ou deslocação

⁴ Cfr. BUCHO, Cruz, “Declarações para memória futura (elementos de estudo), 2012, disponível em https://www.trg.pt/ficheiros/estudos/declaracoes_para_memoria_futura.pdf, p. 28.

para o estrangeiro que os impeçam de ser ouvidos em julgamento ou se ele for vítima do crime do catálogo.⁵

Todavia, tem sido alvo de discussão na doutrina a admissibilidade do reconhecimento (artigo 147.º e seguintes) e da reconstituição do facto (artigo 150.º) como actos processuais para memória futura. Paulo Pinto de Albuquerque admite que o regime do artigo 271.º e 294.º possa ter por objecto “o reconhecimento feito por testemunha, assistente ou parte civil com doença grave ou deslocação para o estrangeiro, que o impeça de ser ouvido em julgamento, ou se ele for vítima dos crimes do catálogo legal” e “a reconstituição do facto com participação de testemunha, assistente ou parte civil com doença grave ou deslocação para o estrangeiro, que o impeça de ser ouvido em julgamento, ou se ele for vítima do catálogo legal”, com o principal argumento de que as declarações prestadas nessa sede inserem, igualmente, “declarações”, pelo que integrantes do teor literal das disposições referidas.⁶

De outra parte, refutando semelhante entendimento, Cruz Bucho sustenta que quer o reconhecimento quer a reconstituição consubstanciam meios probatórios autónomos, não reconduzíveis à natureza da prova testemunhal ou da prova por declarações do assistente ou das partes civis, não obstante a circunstância de poderem, no seu âmbito, ser produzidas declarações.^{7 8}

1.4. Os fundamentos do Código de Processo Penal

São três as circunstâncias alternativas que, no âmbito do actual Código de Processo Penal, fundamentam a tomada de declarações para memória futura que passaremos a analisar em seguida:

- a. Doença grave que previsivelmente impeça a testemunha, o assistente, a parte civil, o perito ou o consultor técnico de ser inquirido/prestar declarações em julgamento;
- b. Deslocação para o estrangeiro que previsivelmente impeça a testemunha, o assistente, a parte civil, o perito ou o consultor técnico de ser inquirido/prestar declarações em julgamento;
- c. Crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual (crime do catálogo).

⁵ Parecendo admitir a intervenção do arguido na qualidade de acareado, vide ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4.ª edição actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, p. 727. Em sentido divergente, cfr. BUCHO, Cruz, *op. cit.*, pp. 24 a 27, que entende que o arguido nunca pode ser ouvido em declarações para memória futura. No sentido de fundamentar o seu entendimento convoca o direito ao silêncio do arguido e o seu direito e dever de comparecer em julgamento. Argumenta, ainda, com a distinção clara da lei entre a leitura (visualização ou audição) de prova contida em inquirição de testemunhas e tomada de declarações do assistente e das partes civis (artigo 356.º), onde se inclui a leitura de declarações tomadas nos termos do 271.º e 294.º e a leitura de declarações anteriormente prestadas pelo arguido (artigo 357.º).

⁶ Vide, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p. 727.

⁷ Cfr. BUCHO, Cruz, *op. Cit.*, p. 17.

⁸ Tanto é que no seio do ordenamento jurídico vigente já vem consagrada a regra geral da reprodução e valoração dos autos que não contenham declarações do arguido, assistente, partes civis e testemunhas pelo que perante tal solução, não se afigura necessário que o acto processual para memória futura possa ter por objecto o reconhecimento e a reconstituição do facto.

1.4.1. A doença grave

A doença que fundamenta o recurso ao mecanismo da produção antecipada da prova sob análise pode ser de ordem física ou de ordem psíquica, o que é compaginável com a previsão ínsita no artigo 271.º, n.º 8, segundo a qual a tomada de declarações 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 da pessoa que o deva prestar, devendo, ademais, ser actual, ou seja, tem de verificar-se “à data da decretação do acto processual e da sua realização”.⁹

Por outro lado, a doença terá de ser *grave*, em termos de tornar previsível, pela sua evolução ou agravamento, a impossibilidade de comparência da testemunha em audiência, tornando, nessa medida, urgente a recolha do depoimento.¹⁰

Em face do que antecede é fácil de ver que a lei exige, como pressuposto da antecipação, a formulação de um juízo de prognose sobre a impossibilidade de audição da testemunha – assistente, parte civil, perito ou consultor técnico – em audiência de julgamento.¹¹

1.4.2. A deslocação para o estrangeiro

No que se refere à deslocação da testemunha, assistente, parte civil, perito ou consultor técnico para o estrangeiro, sublinhe-se que a mesma para servir de fundamento à tomada de declarações para memória futura, há-de verificar-se por tempo indeterminado ou, pelo menos, por tempo superior ao previsível para a realização do julgamento, sendo igualmente necessária a formulação do juízo de prognose a que se aludiu aquando da análise do pressuposto anterior.

1.4.3. A vítima de crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual

O terceiro requisito, ao prever a possibilidade de recurso das declarações para memória futura tendo em atenção a natureza dos crimes em investigação, veio alargar substancialmente o campo de aplicação do instituto sob análise, dando-se, assim, um passo inovador com vista a dar respostas à preocupação premente do legislador em relação às fragilidades de determinadas vítimas.

⁹ Assim, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p. 728.

¹⁰ Como salienta Cruz Bucho, “O mero impedimento físico-motor que apenas impede a testemunha de, pelos seus meios ou acompanhada, se deslocar ao tribunal para aí participar no julgamento, mas não a impede de ser ouvida, não justifica a tomada de declarações para memória futura, apenas autorizando o recurso ao mecanismo da tomada de declarações no domicílio”, nos termos do artigo 319.º do CPP. Cfr. BUCHO, Cruz, *op. cit.*, p. 29.

¹¹ Considerando preenchido o referido pressuposto, o acórdão da Relação do Porto de 14-03-2018, proferido no processo n.º 509/17.7GDVFR-B.P1, veio decidir ser “justificada a toma de declarações para memória futura de pessoa que sofre de esclerose múltipla progressiva, por se tratar de doença de evolução progressiva que pode provocar transtornos cognitivos designadamente ao nível da memória recente, e expressão verbal”.

A revisão de 98¹² veio alargar, inicialmente, a possibilidade de serem ouvidas em declarações para memória futura também as vítimas de crimes sexuais e, posteriormente, com a revisão de 2007, incluiu, igualmente, as vítimas do crime de tráfico de pessoas.

Os argumentos e preocupações que fundamentaram o aludido alargamento, que, note-se, “*veio prescindir do requisito da previsibilidade do impedimento das vítimas comparecer em julgamento*”¹³, assentaram no vexame de ter de repetir a sua história revivendo, assim, a própria dor, vezes sem conta, diante dos órgãos de polícia criminal, do Ministério Público, do Juiz de Instrução e do Juiz de julgamento.

Destarte, se as razões que impulsionaram a previsão do instituto se prendem, no essencial, com questões de ordem probatória, na verdade, os motivos que fundaram a previsão do recurso às declarações para memória futura para um *catálogo fechado de crimes*, assentam, fundamentalmente, na protecção das vítimas.

Pese embora não sejamos alheios ao argumento de que a fiabilidade do testemunho é profundamente condicionada pela passagem do tempo, pelo que a produção de prova tardia redundará numa menor espontaneidade e maior contaminação da mesma, cremos que pesam particularmente, na origem das declarações para memória futura nestes casos, questões ligadas à vitimização secundária.

De facto, como impressivamente assevera Sandra Oliveira e Silva, as 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 sentimentos como medo, ansiedade, dor, experimentados aquando da prática dos factos, efeito este especialmente intenso e pernicioso se estiver em causa um núcleo muito restrito de intimidade pessoal, como sucede nos crimes sexuais.¹⁴

1.4.4. O caso particular da vítima menor de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual

Com a Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, foi introduzido o actual n.º 2 do artigo 271.º do Código de Processo Penal passando a prever-se que “*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*”.

Do teor do preceito citado resulta, inequivocamente, a obrigatoriedade da tomada de declarações para memória futura do menor vítima dos crimes referidos. A ser assim, não resta

¹² A inserção na previsão das vítimas deste tipo de crimes com a Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto ficou a dever-se a uma iniciativa de um grupo de Juízes do TIC de Lisboa, nas vésperas da revisão de 98. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p. 729.

¹³ Como salienta a jurisprudência – *vide*, a título de exemplo, o aresto da Relação de Coimbra de 24-04-2012, processo n.º 61/10.4TAACN-A.C1 – acompanhada pela doutrina – cfr. SILVA, Sandra Oliveira e, “*A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*”, Coimbra Editora, 2007, p. 111.

¹⁴ cfr. SILVA, Sandra Oliveira e, *op. cit.*, pp. 111 e 112.

senão concluir que a preterição da tomada de declarações para memória futura do menor constitui a nulidade sanável ínsita no artigo 120.º, n.º 2, alínea d), do Código de Processo Penal, já que se trata de acto legalmente obrigatório do inquérito.¹⁵

Tal solução legal decorre da indubitável necessidade de acautelar a vitimização secundária das vítimas menores e na particular possibilidade de contaminação da prova nestes casos, já que, uma das dificuldades latentes na obtenção de prova testemunhal junto das crianças tem que ver com “o impacto psico-emocional da própria situação de testemunho e de participação directa da criança em tribunal”.¹⁶

De outra parte, a sucessiva repetição de inquirições sobre um mesmo assunto que desperta sentimentos negativos “para além de ser penoso para a criança, leva a distorções da informação e, conseqüentemente, a alterações da percepção e relato do facto vivido, o que dificulta claramente a investigação judicial e a integração psicológica da situação por parte da criança”.

A par das razões convocadas, salienta ainda António Veiga, como deveras frequente na prática da vida judicial forense, o ascendente ou domínio do agente sobre a vítima porque entre ambos intercede uma relação familiar próxima ou de amizade ou porque o agente incute uma vivência de medo e temor na vítima conducente ao total silenciamento ou manipulação em termos de futura prestação testemunhal. Por outro lado, aponta igualmente o depoimento da vítima como absolutamente imprescindível para a produção de prova, tendo em consideração a inconcludência dos exames médico-legais, o que se prende, muitas vezes, com a tardia revelação ou denúncia dos factos ou na mera inexistência de lesões e vestígios biológicos.¹⁷

Denote-se, contudo, que o regime das declarações para memória futura, com as formalidades que *infra* melhor se analisarão, e em particular no que concerne às crianças vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, é marcado por instrumentos internacionais, com enfoque, desde logo, para a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho da União Europeia relativa ao estatuto da vítima em processo penal, com incidência nas condições do depoimento de testemunhas particularmente vulneráveis. Sobre o alcance da referida Decisão-Quadro, importa constatar a particular relevância do Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 16 de Junho de 2005, proferido no famoso *caso Maria Pupino*, em resposta a um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal italiano de Firenze cuja pretensão assentou num processo penal por ofensas corporais contra crianças de cinco anos e na questão de saber se, à luz daquele instrumento, estas podiam prestar o seu depoimento antes da realização da audiência de julgamento, uma vez que a legislação italiana não abrangia tais casos.^{18 19}

¹⁵ Neste sentido, BUCHO, Cruz, *op. cit.*, p. 43 e ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p. 730.

¹⁶ RIBEIRO, Catarina, “A Criança na Justiça – Trajectórias e Significados do Processo Judicial de Crianças Vítimas de Abuso Sexual Intrafamiliar”, Coimbra, Almedina, 2009, p. 118.

¹⁷ VEIGA, António Miguel, “Notas Sobre o Âmbito e a Natureza dos Depoimentos (ou Declarações) para Memória Futura de Menores Vítimas de Crimes Sexuais (ou da Razão de Ser de uma Aparente “Insensibilidade Judicial” em Sede de Audiência de Julgamento)”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 19.º, n.º 1, Janeiro-Março 2009, Coimbra Editora, pp. 109 e 110.

¹⁸ Sublinhe-se que, no nosso ordenamento jurídico actual, a possibilidade de inquirição da criança para memória futura, embora apenas obrigatória nos casos em que seja vítima de crimes contra a liberdade e autodeterminação

Decidiu, naquela sede, o TJUE que: “os artigos 2.º, 3.º e 8.º, n.º 4, da Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de Março de 2001, devem ser interpretados no sentido de que o órgão jurisdicional nacional deve ter a possibilidade de autorizar que crianças de tenra idade, (...) vítimas de maus tratos, prestem o seu depoimento segundo modalidades que permitam assegurar-lhes um nível adequado de protecção, por exemplo sem ser na audiência pública e antes da sua realização. O órgão jurisdicional nacional é obrigado a tomar em consideração as regras de direito internacional no seu todo e a interpretá-las, na medida do possível à luz do teor e da finalidade da referida decisão-quadro”.

Por outro lado, assume particular relevância a entrada em vigor na ordem jurídica portuguesa da Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, assinada em Lanzarote em 25 de Outubro de 2007, cujo artigo 35.º encerra um importante conjunto de preceitos relativos à “audição das crianças”.

Também a Directiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13-12-2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, que surpreendentemente ainda não foi transposta para a ordem jurídica portuguesa, se afigura de enorme relevo e inovação mormente no que respeita ao estatuído no seu artigo 20.º ao prescrever, por exemplo, que a audição da criança vítima do crime deva realizar-se sem demoras injustificadas, pelo número de vezes estritamente necessário, em instalações concebidas para o efeito, por profissionais qualificados ou por seu intermédio, sempre pelas mesmas pessoas intervenientes e com acompanhamento de um adulto da escolha da criança, aspectos que merecerão um desenvolvimento em pormenor *infra*.

1.5. A Lei de Protecção de Testemunhas

Fora do Código de Processo Penal, o artigo 28.º, n.º 1, da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, sucessivamente alterada pelas Leis n.º 29/98, de 4 de Julho e n.º 42/2010, de 3 de Setembro, que regula a aplicação de medidas para protecção de testemunhas em processo penal, prevê o recurso ao instituto das declarações para memória futura incluso no artigo 271º daquele diploma legal a *testemunhas especialmente vulneráveis*, evitando-se a repetição da sua audição.

Há, pois, que atender às hipóteses que atribuem especial vulnerabilidade da testemunha que encontram consagração no n.º 2 do artigo 26.º da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, a saber: a sua diminuta ou avançada idade, o seu estado de saúde ou o facto de ter de depor ou prestar declarações contra pessoa da própria família ou de grupo social fechado em que esteja inserida numa condição ou dependência.

sexual, está expressamente prevista, pelo menos, desde a entrada em vigor do Estatuto da Vítima, embora, quanto a nós, já possível desde 1999, ao abrigo da Lei da Protecção de Testemunhas, já que, indubitavelmente, a criança se trata, sempre, de vítima especialmente vulnerável.

¹⁹ A Directiva 2012/29/EU do PE e do Conselho, de 25, de Outubro de 2012 vem substituir aquela Decisão-Quadro, encerrando, no artigo 24.º importantes disposições relativas a direitos da crianças vítimas e que é transposta para o nosso ordenamento jurídico com o Estatuto da Vítima.

Assim, nestes casos, o Ministério Público deve providenciar para que o acto de inquirição da testemunha decorra nas melhores condições possíveis, com vista a garantir a sinceridade e espontaneidade das respostas.

Ademais, o artigo 28.º referenciado consigna que a testemunha especialmente vulnerável deve ser inquirida “*o mais brevemente possível após a ocorrência do crime*”, ao contrário do regime processual penal que nada prevê no que respeita ao momento em que devem ocorrer as declarações para memória futura. Não obstante, cremos que esta regra não deixa de ser aplicável ao regime geral do 271.º, pelo menos em relação às crianças, quanto mais não seja por interpretação e aplicação à luz da Convenção do Conselho da Europa para Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, assinada em Lanzarote em 2007, que entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa em 1 de Dezembro de 2012, vinculando o Estado Português, e que consigna previsão idêntica.

1.6. A Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro

Por seu turno, o artigo 33.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 24/2017, de 24 de Maio que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica e à protecção e à assistência das suas vítimas, vem igualmente alargar o âmbito de aplicação das declarações para memória futura.

A aludida norma estipula, como requisito único, a apresentação de um requerimento pela vítima de violência doméstica ou pelo Ministério Público, devendo a diligência ter lugar com as formalidades aí previstas, sendo certo que preceitua o artigo 16.º, n.º 2, da lei em menção que “*as autoridades apenas devem inquirir a vítima na medida do necessário e para os fins do processo penal*”.

Assim, no âmbito do crime de violência doméstica, o citado artigo 33.º prevê um *regime formalmente autónomo*²⁰ para a prestação de declarações para memória futura, conferindo, mesmo, legitimidade à vítima, ainda que não constituída assistente ou não sendo parte civil.

A consagração de um regime autónomo assenta em razões ligadas à vitimização secundária, conforme se refere na exposição de motivos da Lei n.º 112/2009 enquanto “*aspecto axial das políticas hodiernas de protecção da vítima*”.

Concluimos que, neste domínio, foi propósito da lei o de consagrar a possibilidade de inquirição antecipada da vítima de violência doméstica, conferindo-lhe um estatuto equivalente ao das vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual e de tráfico de pessoas, reforçado ao nível da sua legitimidade para requerer a sua inquirição em declarações para memória futura.

²⁰ Utilizando tal expressão, o aresto da Relação de Lisboa de 11-01-2012, processo n.º 689/11.5PBPD.L.

Todavia, não tendo o legislador optado pela obrigatoriedade da prática desse acto, é necessário procurar na lei um critério que permita determinar os casos em que ele deve ter lugar. Importa ter presente que o regime das declarações para memória futura da vítima de crime de violência doméstica tem de ser articulado com o regime geral insito no Código de Processo Penal e na Lei de Protecção de Testemunhas.

A jurisprudência sem, porém, claro está, exigir que a vítima se encontre doente ou se desloque para o estrangeiro, tem vindo a reclamar um critério assente numa ponderação entre o interesse da vítima de não ser inquirida senão na medida do estritamente indispensável à consecução das finalidades do processo e o interesse da comunidade na descoberta da verdade e na realização da justiça.²¹

Sublinhe-se, contudo, a observação da Relação de Lisboa no aresto de 11-01-2012, proferido no processo n.º 689/11.5PBPDL que alerta que a solução não deve ser encarada como um meio de obviar a que a vítima exerça o seu direito a recusar o depoimento em audiência de julgamento, por serem, tais propósitos, completamente alheios às finalidades deste instituto.

De facto, a recusa das vítimas de violência doméstica em depor à luz do artigo 134.º do Código de Processo Penal é um problema que tem vindo a preocupar os magistrados do Ministério Público, já que a tomada de declarações da vítima para memória futura durante a fase de inquérito não evita uma nova inquirição no decurso da audiência, nos termos do artigo 271.º, n.º 8, do mesmo diploma legal. E, por outro lado, a prestação de declarações para memória futura na fase de inquérito não impedem a vítima de, em julgamento, no exercício desse seu direito, se recusar a depor (por qualquer meio válido), obstando, por via dessa recusa, a que o tribunal de julgamento proceda à leitura em audiência das declarações anteriormente prestadas e que a elas atenda para a formação da sua convicção, o que resulta do teor do n.º 6 do artigo 356.º, para o qual remete expressamente o n.º 6 do artigo 271.º, ambos do Código de Processo Penal.

A questão é particularmente premente no que se refere ao crime de violência doméstica, em que é imprescindível o depoimento da vítima (não raras vezes a única testemunha dos factos), sendo certo que a lei, ao torná-lo um crime público, não permitindo à vítima que se oponha ao início e desenvolvimento do processo, é a mesma que acaba por permitir que aquela o possa votar ao insucesso.²²

²¹ Vide, neste sentido o Acórdão da Relação do Porto, de 21-03-2018, no processo n.º 199/17.7GCOAZ-A.P1 que entendeu ser justificada a tomada de declarações para memória futura a vítima de violência doméstica que se encontra retida no domicílio comum e impedida de se deslocar, ao abrigo dos artigos 33.º, n.º 1, da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, artigo 26.º da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho e artigo 271.º do Código de Processo Penal.

²² Reconhece-se ser difícil de sustentar o entendimento de que o artigo 356.º, n.º 6, não seja aplicável quando a inquirição da vítima tenha sido feita em declarações para memória futura com o argumento de que as mesmas são configuradas, já, como uma antecipação do julgamento e onde aquela, validamente advertida, não se recusou a depor. Cremos que a solução para obviar uma recusa ulterior da vítima em julgamento que prestou declarações para memória futura, teria sempre de passar por uma alteração legislativa. Esta e outras questões têm sido objecto de debate, tendo mesmo sido criado um grupo de trabalho em 2018 constituído por quatro magistrados designados pelas procuradorias-gerais distritais e um membro do gabinete da PGR, ao qual coube a tarefa de elaborar “um plano de acção que contemple a criação de documentos uniformizadores de procedimentos e boas práticas”, perspectivando-se a proposta por parte do mesmo à PGR de um conjunto de alterações legislativas, uma das quais

1.7. O Estatuto da Vítima

A Lei n.º 130/2015, de 4 de Setembro veio instituir a vítima como sujeito do processo penal, mesmo que não se tenha constituído assistente, aditando ao Código de Processo Penal o artigo 67.º-A e aprovando, ainda, o Estatuto da Vítima, por transposição da Directiva 2012/29/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25-10-2012. O legislador, cada vez mais preocupado com o papel da vítima, introduz um novo paradigma, passando esta a ter o lugar de sujeito processual no seio do processo penal.

Com especial relevo para o tema, surgem no nosso ordenamento jurídico os preceitos dos artigos 21.º, n.º 2, alínea d), e 24.º da referida Lei, que prevêem a possibilidade de prestação de declarações para memória futura pelas vítimas especialmente vulneráveis como medida especial de protecção das mesmas.

Assim, na senda da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro e com as mesmas motivações que estiveram na base da previsão deste diploma legal, consagrou-se a possibilidade de inquirição antecipada das *vítimas especialmente vulneráveis*²³ em declarações para memória futura, conferindo-lhes legitimidade para o requerer e acolhendo-se, em relação às mesmas, a solução legal já prevista desde 2009 apenas para as vítimas de violência doméstica.

1.8. Traços gerais do procedimento e da realização da diligência

A realização de declarações para memória futura em fase de inquérito, ao abrigo do artigo 271.º do Código de Processo Penal, dependem do requerimento do Ministério Público, do arguido, assistente ou partes civis. Por outro lado, quer na fase de instrução (artigo 294.º), quer na fase de julgamento (artigo 320.º), por se tratar de fases processuais dirigidas por um juiz, pode, igualmente, ser determinada a sua realização *ex officio*.

A lei processual penal não concedeu, portanto, legitimidade nem ao ofendido, que não se constituiu assistente ou que não deduziu pedido de indemnização civil, nem ao mero suspeito.²⁴

Apresentado o requerimento, o juiz apreciará a verificação do fundamento legal invocado e decidirá por despacho.

passaria pela alteração do citado artigo 134.º admitindo a possibilidade de recusa ser excepcionada para este tipo de criminalidade, como já acontece em diversos ordenamentos jurídicos.

²³ Sobre o conceito de *vítima especialmente vulnerável*, vide a alínea b) do n.º 1 do referido artigo 67.º-A do Código de Processo Penal que, de forma não taxativa, a define como “a vítima cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua idade, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social”.

²⁴ O mesmo não sucede, como vimos *supra*, em relação à vítima do crime de violência doméstica, que, nos termos do artigo 33.º, n.º 1, da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro tem legitimidade para apresentar requerimento nesse sentido e em relação à vítima especialmente vulnerável, nos termos do preceituado no n.º 1 do artigo 24.º do Estatuto da Vítima.

A decisão judicial de não realização da tomada de declarações para memória futura é, contudo, susceptível de recurso, nos termos da regra geral do artigo 399.º do Código de Processo Penal, sendo sindicável a verificação dos pressupostos legais da diligência (doença grave, deslocação para o estrangeiro, catálogo de crimes, especial vulnerabilidade da testemunha) que subirá de imediato, em separado e com efeito suspensivo da decisão recorrida, atenta a urgência.²⁵

No que respeita à realização da diligência propriamente dita, importa atentar nas soluções legais insertas no artigo 271.º do Código de Processo Penal, com aplicação também nas fases de instrução e julgamento, após a revisão de 2007, que veio alterar os contornos do regime legal até então vigente.

Quanto à participação dos sujeitos processuais na diligência, consagrou-se expressamente a obrigatoriedade da comparência do Ministério Público e do defensor do arguido no n.º 3 do preceito legal sob análise, redundando, a sua preterição na nulidade insanável prevista no artigo 119.º, alínea c), do Código de Processo Penal.

Foi, ademais, com a revisão de 2007, suprimida a mediação judicial na colocação de perguntas adicionais, através da previsão plasmada no n.º 5 do artigo 271.º. Ou seja, mantém-se a inquirição nas mãos do juiz, todavia, as perguntas adicionais são, actualmente, feitas directamente.²⁶

A doutrina tem vindo, contudo, a criticar esta solução legal com o argumento de que, sendo o formalismo da diligência de declarações para memória futura paralelo ao da audiência de julgamento, o que justifica a antecipação da produção da prova, não faz sentido estabelecer um regime diferente. Assim, tem-se entendido que os artigos 346.º, n.º 1, 347.º, n.º 1, 349.º e 350.º, n.º 1, mantêm aplicação plena na diligência em apreço.²⁷

O n.º 6 do artigo 271.º do Código de Processo Penal, ao remeter expressamente para algumas normas que regulam a disciplina da audiência de julgamento, passou a determinar a possibilidade de afastamento do arguido durante a diligência, nos termos do artigo 352.º e, bem assim, a permitir a leitura de autos e declarações constantes do processo, à luz do artigo 356.º (mas, note-se, já não das declarações do arguido, nos termos do artigo 357.º). Remete, concomitantemente, para as regras da documentação da audiência de julgamento, sendo, por via da referida remissão, as declarações para memória futura documentadas obrigatoriamente através de registo áudio ou audiovisual (363.º e 364.º).

²⁵ Contudo, entende Cruz Bucho que, se o recurso for interposto da decisão que determinou a realização das declarações para memória futura, por não estar abrangido nas diversas alíneas do n.º 2 do artigo 407.º, nem a sua retenção o tornar absolutamente inútil, tem subida diferida, assentando a sua posição no aresto da Relação de Lisboa de 19-02-2004, processo n.º 1621/2004. Vide, BUCHO, Cruz, *op. cit.*, p. 80.

²⁶ A mesma regra está prevista no n.º 3 do artigo 33.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, no n.º 1 do artigo 26.º e 27.º da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho e no n.º 5 do artigo 24.º do Estatuto da Vítima – Lei n.º 130/2015, de 4 de Setembro.

²⁷ Assim, entre outros, GAMA, António “*Reforma do CPP: prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento*”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 19, n.º 3, Julho-Setembro, 2009, pp. 405 a 407; BUCHO, Cruz, *op. cit.*, p. 93 e COSTA, Maia, *op. cit.*, p. 919.

Por último, o n.º 8 do artigo 271.º em análise, em respeito, tanto quanto possível, ao princípio da imediação de que as declarações para memória futura constituem exceção, prescreve que a realização de tal diligência 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 da pessoa que o deva prestar.

Importa assim ponderar duas situações: quando as declarações para memória futura são justificadas por doença ou deslocação para o estrangeiro, caso tal fundamento cesse no momento do julgamento, cessará, concomitantemente, o impedimento para testemunhar; por outro lado, quando aquelas se fundam em crime do catálogo, cuja *ratio* assenta, essencialmente, na protecção das vítimas, há que ponderar se, no decurso da prova em audiência, a repetição do depoimento é indispensável para o esclarecimento da verdade e se a saúde física e psíquica não é posta em causa²⁸, sob pena de risco de frustração daquelas que foram as preocupações do legislador. A acrescer, no caso particular das crianças vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, deve o julgador igualmente ter em consideração a idade, a maturidade, a vontade e as demais circunstâncias concretas.²⁹ De resto, a repetição pode ser da iniciativa do tribunal ou requerida pelas partes, ao abrigo do artigo 340.º do Código de Processo Penal.

1.8.1. A questão particular das declarações para memória futura prévias à constituição de arguido

De entre as questões que têm sido levantadas no seio da doutrina e jurisprudência no que concerne ao regime das declarações para memória futura, na impossibilidade de versar sobre todas elas, propomo-nos a abordar uma com especial relevo na intervenção do Ministério Público, que se prende com a possibilidade de o magistrado titular do inquérito poder requerer declarações para memória futura previamente à constituição de arguido, questão que tem despertado vozes antagónicas no seio da doutrina e jurisprudência.

Para quem defende que a inexistência de arguido constituído no processo impede que se proceda à recolha antecipada da prova, fundamenta um tal entendimento com a violação do princípio do contraditório.³⁰

Todavia, parte da doutrina acompanhada da jurisprudência largamente maioritária sufraga que é admissível a recolha de declarações para memória futura mesmo que o inquérito não corra contra pessoa determinada.³¹

²⁸ Eventualmente, no sentido de apurar se a saúde física e psíquica da vítima é ou não posta em causa, será necessária a realização de perícia com vista a apurar um tal perigo.

²⁹ CARMO, Rui do, “Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, Revista do Ministério Público, n.º 134, Abril-Junho, 2013, p. 139.

³⁰ Neste sentido, entre outros, vide CUNHA, José Damião da, *op. cit.*, p. 409 e o Acórdão da Relação de Évora, de 29-03-2005, in Colectânea de Jurisprudência, ano XXX, tomo 2, pp. 269-271.

³¹ Neste sentido, a título de exemplo, BUCHO, Cruz, *op. cit.*, p. 137 e ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, pp. 728 e 729 e, no seio da jurisprudência, entre muitos, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 25-03-2009, processo n.º 09P0486 e, muito recentemente, o Acórdão da Relação de Lisboa, de 4-05-2017, processo n.º 12/15.0JDLSB.L1-9.

Esta matéria assume relevo prático, normalmente no âmbito de inquéritos por crimes de tráfico de pessoas, lenocínio, auxílio à imigração ilegal, escravidão, entre outros, em que a generalidade das vítimas é estrangeira e, não raras vezes, em situação irregular no território nacional, em que se desconhece a identidade do suspeito, mas, simultaneamente, urge a tomada de declarações das mesmas para memória futura.

Assim, a antecipação da prova em declarações para memória futura sem que haja arguido constituído no processo, pode ocorrer por vários motivos, entre os quais: desconhecimento da identidade do suspeito, ausência deste, necessidade urgente de preservar prova, necessidade urgente de proteger o declarante ou outras pessoas, partida iminente ou possibilidade séria de morte daquele.

Creemos, pois, que a imposição, como pressuposto para a recolha de declarações para memória futura, da existência de arguido colidiria, de forma manifesta, com o interesse da realização da justiça. A ser assim, ter-se-ia um processo penal formal respeitador do princípio do contraditório na sua plenitude, mas com incontestáveis e desproporcionadas limitações à descoberta da verdade material.

No mais, e em boa verdade, o respeito do contraditório não exige a constituição de arguido (que, a existir, pode até ser afastado durante a diligência), exigindo-se, antes, a nomeação de defensor que assegure a defesa daquele, mesmo que a respectiva identidade não seja ainda conhecida. De resto, a falta do arguido na diligência nunca redundaria numa violação do princípio sob análise se o arguido, *a posteriori*, tiver oportunidade, adequada e suficiente, de contraditar as declarações recolhidas, já que, como é consabido e tem sido sublinhado pela jurisprudência, o respeito pelo contraditório não reclama, em termos absolutos, o interrogatório directo em *cross-examination*.

Neste conspecto, somos do entendimento que é de refutar a posição contrária que impõe, como pressuposto, a existência prévia de arguido constituído já que o adiamento das declarações para memória futura com vista a acautelar os direitos de defesa do arguido, traduzir-se-ia num injustificado desequilíbrio do processo a favor da defesa e em prejuízo, que em muitos casos irreversível, do apuramento da verdade e do interesse da vítima.³²

Em qualquer caso, a questão que merece reflexão é a de saber se, havendo um suspeito devidamente identificado e existindo já indícios de que este pode ter tido intervenção nos factos, não estando em causa, claro está, uma das situações previstas nos artigos 57.º, n.º 1, e 58.º, n.º 1, ou 59.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, não lhe assistirá, pelo menos, nos termos do artigo 59.º, n.º 2, por estar em causa a realização de diligência destinada a comprovar a imputação, que pessoalmente o afecte, o direito a ser constituído arguido, nem que seja, “apenas”, para que beneficie da possibilidade de escolher defensor.

³² Alerta-se, contudo, que o que não pode suceder é que o Ministério Público, ou o órgão de polícia criminal, caia na tentação de omitir a constituição de arguido, retardando-a com o único propósito de o arguido ser afastado da produção antecipada de prova, escudando-se no facto de a lei não o impor. Assim, BUCHO, Cruz, *op. cit.*, p. 147.

1.9. Leitura e valoração das declarações para memória futura em audiência de julgamento

O regime da reprodução ou leitura das declarações para memória futura tomadas nos termos dos artigos 271.º e 294.º do Código de Processo Penal encontra previsão nas disposições conjugadas dos preceitos ínsitos no artigo 355.º e 356.º, n.º 2, alínea a), ambos do mesmo diploma legal.

A regra é a da proibição de valoração das provas que não foram produzidas ou examinadas em audiência de julgamento, o que surge inelutavelmente ligado à ideia de contraditório, garantia de defesa do arguido que enforma o nosso direito processual penal, com consagração legal no artigo 32.º, n.º 5, da Lei Fundamental e, bem assim, à estrutura acusatória do processo e às ideias de imediação e oralidade.

No mesmo sentido, estabelece o artigo 327.º, n.º 2, do Código de Processo Penal que “*Os meios de prova apresentados no decurso da audiência são submetidos ao princípio do contraditório, mesmo que tenham sido oficiosamente produzidos pelo tribunal*”.

Todavia, a ressalva é feita pelo n.º 2 do mencionado artigo 355.º e densificada pelo artigo seguinte. Para o que ora importa, dispõe a alínea a) do n.º 2 desse comando normativo que: “*A leitura das declarações do assistente, 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*”.

Não obstante, tem feito correr rios de tinta na doutrina e jurisprudência a questão de saber se, perante o disposto nos artigos 355.º e 356.º, n.º 2, alínea a), as declarações para memória futura têm de ser lidas em audiência de julgamento para que os depoimentos possam ser tomados em conta e valorados como meio de prova para a formação da convicção do tribunal.

A maioria da doutrina, com alguma jurisprudência, maioritariamente dos Tribunais da Relação, defende que as declarações para memória futura, para que possam ser valoradas pelo tribunal, têm que ser efectivamente lidas (à leitura é equiparada a audição e a visualização) em audiência de julgamento. Entendem, *grosso modo*, que a sua leitura em audiência, visa suprir a ausência da pessoa declarante e é, assim, uma exigência inelutável dos princípios da imediação, da oralidade, do contraditório e da publicidade.³³

Segunda uma outra orientação, sobretudo jurisprudencial, a leitura e reprodução em audiência das declarações prestadas para memória futura não é absolutamente indispensável para que possam ser consideradas válidas e valoradas pelo Tribunal, desde que aquelas

³³ Vide, a título de exemplo, no seio da doutrina, entre muitos, SILVA, Sandra Oliveira e, *o.p cit.*, p. 246 que conclui que se a efectiva leitura dos protocolos escritos é requisito indispensável para que as declarações neles cristalizadas possam integrar a convicção do tribunal, na verdade só os meios de prova legalmente adquiridos no processo poderiam ser valorados, o que, no caso da aquisição dos depoimentos consignados em auto dá-se apenas com a leitura; e ainda, VEIGA, António Miguel, *op. cit.*, pp. 118 e 119; BUCHO, Cruz, *op. cit.*, p. 169. No âmbito da jurisprudência, *v.g.*, da Relação do Porto, o aresto de 22-03-2006, processo n.º 0544312, da Relação de Coimbra, o acórdão de 7-02-2011, processo n.º 224/07.0GAPTL e da Relação de Lisboa, o acórdão de 22-03-2011, processo n.º 224/07.OJDLSB.L1-5

tenham sido prestadas com respeito pela estrutura acusatória do processo, pelo princípio do contraditório e da imediação da prova.³⁴

Porém, o Supremo Tribunal de Justiça, acabou por apaziguar os ânimos em torno da querela que vinha tendo lugar, no seu aresto de 11-10-2017, proferido no processo n.º 895/14.OPGLRS.L1-A.S1, ao uniformizar jurisprudência no sentido de que: *“As declarações para memória futura, prestadas nos termos do artigo 271.º do CPP, não têm de ser obrigatoriamente lidas em audiência de julgamento para que possam ser tomadas em conta e constituir prova validamente utilizável para a formação da convicção do tribunal, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 355.º e 356.º, n.º 2, al. a), do mesmo Código”*.

Às razões da orientação jurisprudencial citada, que não desmente que o instituto em análise importa sempre uma compressão dos princípios de imediação, oralidade e contraditório, subjaz o facto de não se poder ignorar que esta compressão se encontra justificada ou legitimada perante outros interesses ou valores, também eles, fundamentais, como a protecção do interesse da vítima e/ou do interesse público da descoberta da verdade material (conservação da prova), chamando igualmente a atenção para o balanceamento gizado no n.º 8 do artigo 271.º que viabiliza 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”*.

Também o Tribunal Constitucional³⁵ já se pronunciou pela constitucionalidade do entendimento segundo o qual não é indispensável a leitura das declarações para memória futura em audiência, jurisprudência, aliás, várias vezes citada pelo AUJ acima referido.

Entende aquele Tribunal que não é seguramente a mera exibição ou leitura ritualística das declarações para memória futura que acrescenta o que quer que seja às oportunidades de defesa dos arguidos. Assim, o conteúdo essencial do princípio do contraditório está, de uma forma mais geral, em que nenhuma prova deve ser aceite em audiência, nem nenhuma decisão (mesmo interlocutória) deve ser tomada pelo juiz, sem que previamente tenha sido dada ampla e efectiva possibilidade ao sujeito processual contra o qual é dirigida de a discutir, de a contestar e de a valorar, sendo certo que o contraditório não exige, em termos absolutos, o interrogatório directo em *cross-examination*.

De resto, é indiscutível que é dada ao arguido ampla e efectiva possibilidade de discutir, contestar e valorar as declarações prestadas ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 271.º, uma vez que em cumprimento dos n.º 3 e 5 do referido preceito, não só o seu defensor esteve presente durante as inquirições (tendo nelas podido formular perguntas adicionais, conforme o previsto pelo n.º 5 do artigo 271.º), como, além disso, as declarações prestadas foram - como manda o artigo n.º 1 do artigo 364.º - documentadas através de registo áudio ou audiovisual, encontrando-se transcritas nos autos.

³⁴ Cfr., a título meramente exemplificativo, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 25-03-2009, processo n.º 486/09-3 e de 7-11-2007, processo n.º 07P3630 e, ainda, o Acórdão da Relação de Lisboa, de 19-02-2008, processo n.º 7877/07-5.

³⁵ Vide Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 367/2014, in Diário da República n.º 230/2014, Série II de 2014-11-27.

Cumpra apenas acrescentar que este entendimento não obsta à possibilidade de leitura das declarações para memória futura em audiência de julgamento, a qual pode ser requerida por qualquer interveniente processual, se o entender adequado, ou ser determinada oficiosamente pelo Tribunal, por decisão fundamentada, seja no sentido de deferir ou determinar a leitura das declarações, seja no sentido de indeferir a leitura das mesmas, decisão susceptível de ser sindicada em sede de recurso.

Assente que está o nosso entendimento no que concerne à (in)dispensabilidade da leitura ou reprodução das declarações para memória futura em sede de julgamento, importa ainda indagar da respectiva valoração.

No direito português a prova antecipada tem o mesmo valor probatório que a prova produzida ou realizada em julgamento, pelo que as declarações para memória futura são livremente valoradas pelo juiz, nos termos do 127.º do Código de Processo Penal podendo fundamentar uma condenação.

No mais, embora não seja essa a sua finalidade primeira, podem igualmente as declarações prestadas ao abrigo do artigo 271.º e 294.º ser valoradas nas fases preliminares do processo penal (inquérito e instrução) podendo fundamentar, *v.g.* a aplicação de medidas de coacção, a acusação ou arquivamento, a suspensão provisória do processo e a decisão instrutória.

2. Prática e Gestão Processual

2.1. Considerações introdutórias: a importância do papel do Ministério Público

As declarações para memória futura têm assumido uma preocupação central de todos os intervenientes judiciais, mormente quando as necessidades que fundamentam a realização da diligência se prendem com a salvaguarda dos interesses das vítimas, em particular os da vítima menor.

Assim sendo, as considerações que se tecerão ao longo do presente capítulo, pese embora algumas delas extensíveis, *mutatis mutandis*, a todos os casos que subjazem à tomada de declarações para memória futura, valem, em especial, para o caso em que se esteja perante menor vítima de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, pelas mesmas razões de particular necessidade da sua protecção que justificaram a opção legal pela obrigatoriedade da sua inquirição em declarações para memória futura nestes casos.

Na verdade, a intensidade do impacto psicológico que o processo penal e a colaboração com a justiça na descoberta da verdade implica é proporcional à vulnerabilidade e fragilidade da vítima.³⁶

³⁶ Assim, RIBEIRO, Catarina, *op. cit.*, p. 102.

Desta feita, ao Ministério Público, enquanto magistratura encarregada de exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e estatutariamente vocacionada para a protecção dos interesses dos menores, incumbe um papel delicado e, por vezes, ambíguo.

Conforme refere impressivamente Conde Correia “*o corpo e a voz da criança são constrangidos aqui a um papel difícil mas fundamental ao sucesso da investigação: sem eles o processo está destinado ao fracasso*”.³⁷ Por vezes, perante a inconclusividade dos exames médico-legais, o testemunho da criança é a única forma de reconstituir o acontecimento e, consequentemente, o único meio de prova.

Por outro lado, os riscos da vitimização secundária não são despiciendo, nem podem ser menosprezados pelos intervenientes na diligência de declarações para memória futura e, em especial, pelo Ministério Público, desde logo, por um lado, na ponderação do momento de apresentação do requerimento para o qual tem legitimidade e, por outro, na articulação com os magistrados a exercer funções junto dos Juízos de Família e Menores com vista a uma acção conjugada que pugne pela coerência na condução dos diferentes procedimentos e harmonização das decisões, sempre com vista a acautelar o superior interesse da criança que, a final, é seu papel defender.

A actuação articulada do Ministério Público é igualmente curial na diminuição do número de vezes que a criança é inquirida no âmbito do processo-crime e noutros processos como o de promoção e protecção e o tutelar cível, em face da dura realidade actual que aponta para o relato dos factos em investigação numa média de oito vezes.³⁸ Tal facto, como melhor veremos *infra*, tem desencadeado a emissão de instrumentos hierárquicos no sentido de agilizar a actuação do Ministério Público.

Por outro lado, embora a maior incidência e preocupação no presente capítulo não se prenda tanto com o tema, necessário se torna apontar os casos de violência doméstica como a questão actual mais central, que surge num contexto global de aumento do número de homicídios conjugais no mundo inteiro, o que tem inquietado as mais diversas instituições e apelado à premência de respostas.

As declarações para memória futura têm sido ponderadas como uma das possibilidades de combater o fenómeno, o que, aliás, como vimos, deu já origem à entrada em vigor da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, com a possibilidade de inquirição das vítimas de forma antecipada a quem é, inclusive, atribuída legitimidade no sentido de a requerer.

As motivações, aqui, prendem-se, primacialmente, com os interesses da vítima, embora também, actualmente, não se tenham vindo a descurar as próprias dificuldades atinentes à prova, já que, não obstante num primeiro momento as vítimas pretenderem relatar os factos por si vivenciados num contexto de violência doméstica, a verdade é que a prática diz-nos que,

³⁷ CORREIA, João Conde, “*O papel do Ministério Público no Crime de Abuso Sexual de Crianças*”, Revista Julgar, n.º 12 (especial), 2010, p. 173.

³⁸ Conclusões de um estudo pioneiro sobre processos judiciais de abuso sexual intrafamiliar levado a cabo por Catarina Ribeiro. Vide, RIBEIRO, Catarina, *op. cit.*, pp. 180 e 175.

ao abrigo da faculdade prevista no artigo 134.º do Código de Processo Penal, recusam prestar depoimento em sede de audiência de julgamento, questão que apresenta as dificuldades de solução no seio da lei processual penal portuguesa a que acima fizemos menção aquando da abordagem à Lei n.º 112/2009.

Todavia, e em bom rigor, podem cogitar-se outras motivações que abonam a favor da tomada de declarações para memória futura em fases preliminares do processo, quer atinentes à protecção da vítima, acautelando os efeitos nefastos da vitimização secundária com a vivência sucessiva da dor por si experienciada, quer na sua valoração para, por exemplo, aplicação de uma medida de coacção.

De facto, a preocupação com a questão por parte dos intervenientes judiciais, em geral, e do Ministério Público, em particular, levou mesmo, muito recentemente, no mês de Março de 2019, no âmbito de uma conferência que decorreu na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, a actual Procuradora-Geral da República a encarar a possibilidade de tomar declarações para memória futura às vítimas no âmbito de inquéritos por crimes de [violência doméstica](#), à semelhança do que já acontece nos inquéritos com vítimas menores de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, defendendo uma alteração legislativa com vista à consagração da obrigatoriedade dessa diligência em momento temporal imediatamente subsequente ao da apresentação da denúncia.

A razões que motivaram a ponderação de uma tal solução, nas palavras da Procuradora-Geral da República decorrem de *“todo um conjunto de circunstâncias – designadamente [próprias destes casos], o lapso de tempo decorrido desde a formalização das denúncias, a fragilização emocional e a [ambivalência das vítimas](#) (muito presentes neste tipo de situações), a sua dependência económica do agressor e a dificuldade em gerir com autonomia todo o quadro familiar, em particular quando existem crianças a seu cargo”*.

O certo é que, na vigência do actual regime, nos casos de crimes de violência doméstica, o Ministério Público depara-se com a necessidade de justificar a conveniência de a vítima ser inquirida em declarações para memória futura, justificação que terá de assentar no critério do interesse da vítima.

Em jeito de síntese, dir-se-á que os propósitos da lei configuram um enorme desafio para o Ministério Público que, no seu percurso de descoberta da verdade material, navega entre a lógica inerente ao inquérito e à recolha de prova em ordem à prolação de uma decisão final, seja ela de acusação ou arquivamento e uma outra lógica que se prende com a protecção dos interesses da vítima, incumbindo-lhe encontrar soluções que possam servir, da melhor maneira, uns e outros interesses.

2.2. O requerimento do Ministério Público

Vimos já que a lei confere legitimidade ao Ministério Público, verificados os pressupostos legais, para requerer que se proceda a declarações para memória da testemunha, assistente,

partes civis, peritos, consultores técnicos e, mesmo, da vítima nos casos de violência doméstica ou das vítimas especialmente vulneráveis – *vide*, os artigos 271.º, n.ºs 1 e 7, do Código de Processo Penal, 28.º, n.º 2, da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, 33.º, n.º 1, da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro e 24.º, n.º 1, do Estatuto da Vítima.

Desde logo, urge ponderar qual o momento certo para apresentar tal requerimento, sendo certo que a lei processual penal e mormente o artigo 271.º não dão resposta a tal questão.

Na verdade, a prática judiciária, como refere Rui do Carmo referindo-se em exclusivo às crianças vítimas de crimes sexuais, *“é tudo menos uniforme nesta matéria, mas por regra a inquirição judicial da criança é realizada numa fase avançada da investigação, após já ter sido ouvida diversas vezes – seja no decurso da investigação criminal, por órgãos de polícia criminal ou mesmo pelo Ministério Público (...)”*.³⁹

A referida realidade tem, contudo, implicações e efeitos potenciadores da frequentemente denominada vitimização secundária, facto que é extensível às testemunhas vítimas dos crimes do catálogo (que não sejam menores), às testemunhas especialmente vulneráveis (em razão da idade ou não) e às vítimas de violência doméstica. E, ademais, valerá também o argumento de que quanto mais próxima surja a inquirição do evento que deu origem ao processo-crime, maior será a qualidade e fidedignidade da prova a produzir.

Podemos, pois, procurar respostas quer no seio do ordenamento jurídico supranacional, quer na lei portuguesa. De facto, a já atrás referida Convenção de Lanzarote, com relevo, prescreve, no seu artigo 35.º, n.º 1, alínea a), que: *“As audições da criança tenham lugar sem atrasos injustificados após a denúncia dos factos às autoridades competentes”*. Também o artigo 28.º, n.º 1, da Lei n.º 93/99 – Lei de Protecção de Testemunhas – consigna que a testemunha especialmente vulnerável deve ser inquirida *“o mais brevemente possível após a ocorrência do crime”*.

Pelo exposto, cremos que deve o Ministério Público, como titular da acção penal e a quem incumbe a direcção do inquérito, ter em consideração as aludidas normas, muito em particular quando a vítima do crime em investigação é uma criança, o que se justifica à luz de um interesse muito especial que lhe incumbe igualmente proteger e promover – *o superior interesse da criança*.

Dito isto, vejamos agora quais as formalidades que deve conter o requerimento do Ministério Público.

Há quem entenda ser de aplicar, nesta matéria, na falta de disposição específica no âmbito do processo penal, o regime previsto no Código de Processo Civil para a forma da antecipação da prova contida no inerente artigo 420.º, à luz do artigo 4.º do Código de Processo Penal, que encerra a exigência de descrição dos factos sobre os quais há-de recair a inquirição.⁴⁰

³⁹ CARMO, Rui do, *op. cit.*, p. 129.

⁴⁰ *Vide*, BUCHO, Cruz, *op. cit.*, p. 64.

Todavia, sufragando o entendimento e os argumentos vertidos no aresto da Relação do Porto, de 29-06-2011, proferido no processo n.º 13391/08.6TDPRT-A.P1, não se perspectiva que aquela norma tenha aplicação em sede de declarações para memória futura.⁴¹

Nesta medida, cremos serem duas as formalidades essenciais que o requerimento do Ministério Público não deve olvidar:

- a) A indicação da pessoa a ser ouvida e respectiva identificação (eventualmente por remissão a identificação que já resulte dos autos);
- b) A justificação sumária da necessidade de antecipação, nos casos do n.º 1 do artigo 271.º e, ainda, nos casos dos artigos 28.º, n.º 1, por referência ao 26.º, n.º 2, da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, 33.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro e 24.º da Lei n.º 130/2015, de 4 de Setembro, com referência ao artigo 67.º-A, n.º 1, b), do Código de Processo Penal;

Acrescerá, em alguns casos em que tal se justifique, a indicação das razões por que se mostra relevante a audição de tais pessoas (v.g., por terem presenciado os factos).

No que se refere à justificação sumária da necessidade de antecipação, os argumentos variam consoante o fundamento que deu origem ao requerimento. Por exemplo, nos casos de doença grave ou deslocação para o estrangeiro, haverá que descrever as circunstâncias conducentes ao justo receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a produção de prova em audiência; já no que se refere às vítimas dos crimes do catálogo ou de violência doméstica e às testemunhas especialmente vulneráveis, a jurisprudência tem vindo a exigir a necessidade de invocar argumentos atinentes aos interesses e protecção da própria. Já tratando-se de menores vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual (artigo 271.º, n.º 2) não há, claro está, necessidade de justificação sumária da antecipação da prova, uma vez que, em face da obrigatoriedade de realização da diligência nestes casos, a lei presume *juris et de jure* a premência de tal antecipação.

2.3. A diligência

2.3.1. O “ambiente informal e reservado”

O artigo 271.º do Código de Processo Penal, no respectivo n.º 4, nos casos em que a vítima de crime contra a liberdade ou autodeterminação sexual seja menor, impõe que a tomada de declarações para memória futura seja realizada em ambiente informal e reservado com vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e sinceridade das respostas. Com a mesma

⁴¹ A decisão referida afasta a aplicação da norma mencionada, por várias ordens de razões, entre as quais por o Código de Processo Penal regular especificamente a situação e ter norma expressa sobre essa matéria no artigo 271.º e por a matéria regulada pelo Código de Processo Civil incidir sobre direitos disponíveis apenas submetidos a juízo por vontade das partes. Com relevo, acrescenta que no Código de Processo Penal a única situação que impõe a descrição dos factos sobre que deve incidir a actividade jurisdicional é a do 1.º interrogatório de arguido detido, insita no artigo 141.º, n.º 4, alínea d), sendo certo que nenhuma razão é aventada para a aplicação analógica de tal normativo à tomada de declarações para memória futura.

finalidade, tal imposição decorre do artigo 33.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, para a vítima de violência doméstica e no artigo 24.º, n.º 3, do Estatuto da Vítima, para a vítima especialmente vulnerável.

Também a Lei n.º 93/99, no n.º 1 do artigo 26.º refere que o acto processual em que deva participar vítima especialmente vulnerável deve decorrer *“nas melhores condições possíveis”*, concretizando algumas regras de execução da audição, como sejam o não encontro da testemunha com o arguido no decurso da diligência e a sua não sujeição ao confronto directo com outros participantes.

A este respeito, a Convenção de Lanzarote prescreve, também, que *“As audições da criança tenham lugar, sempre que necessário, em instalações adequadas ou adaptadas para esse efeito”*.

Desde logo, com Pinto de Albuquerque, cremos que o carácter *“reservado”* exigido pela lei se reporta à restrição do acesso do público, ao abrigo do artigo 87.º, n.ºs 2 e 3, do Código de Processo Penal.

Por seu turno, a lei exige que a diligência decorra de modo *“informal”*.

Em jeito de crítica, Rui do Carmo afirma que actualmente as instalações judiciais não estão devidamente preparadas para a realização da diligência de declarações para memória futura, em particular quando a vítima seja uma criança e tenha de testemunhar sobre situações emocionalmente perturbadoras como os abusos sexuais que, com frequência, implicam pessoas que lhes estão próximas.⁴² O ideal seria, pois, realizar a diligência em locais preparados para o efeito e que, no caso particular das crianças, sejam sóbrios, acolhedores e apropriados à sua idade, sem elementos que constituam fonte de distração. A acrescer, é premente que o local não permita um eventual encontro entre a vítima e o arguido ou outras pessoas que a possam perturbar emocionalmente, antes, durante, ou depois da diligência. Cumpre, assim, tomar em consideração a idade da vítima, no caso de ser menor, e os contornos concretos do caso.

Há quem entenda, porém, que na ausência absoluta de instalações com condições para o efeito, o mais conveniente é realizar a diligência no gabinete do Juiz ou, em alternativa, em local distinto do tribunal, mobilizando-se instalações existentes de outras entidades adequadas, o que se afigura condizente com o teor do n.º 4 do artigo 271.º do Código de Processo Penal, do n.º 3 do artigo 33.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro e, ainda, com o conteúdo do aludido n.º 1 do artigo 26.º Lei n.º 93/99, de 14 de Julho e 24.º, n.º 3, do Estatuto da Vítima.⁴³

⁴² CARMO, Rui do, *op. cit.*, p. 133.

⁴³ CARMO, Rui do, *op. cit.*, p. 134 e BUCHO, Cruz, *op. cit.*, pp. 99 e 100.

Creemos igualmente ser desaconselhável o uso do traje profissional pelos intervenientes na diligência, ponto que tem sido salientado por psicólogos forenses e magistrados⁴⁴, o que, certamente, potenciaria a vitimização secundária das vítimas, nomeadamente quando menores, e os efeitos estigmatizantes associados ao formalismo e solenidade empregue na generalidade das diligências.

Reconhece-se que o caso particular das crianças vítimas reclama um espaço que menorize, tanto quanto possível, o seu sofrimento e que, simultaneamente, permita a sua tomada de declarações para memória futura num ambiente favorável à espontaneidade das declarações. Por outro lado, especialistas em psicologia forense têm vindo a aconselhar que as instalações onde se realiza esta diligência sejam dotadas de um espelho unidireccional, no sentido de restringir o contacto da criança com todos os intervenientes na diligência, o que é, consabidamente, potenciador de sentimentos de vergonha, humilhação, medo e, em consequência, da revitimização da criança.⁴⁵

2.3.2. O papel do técnico especialmente habilitado para acompanhar a vítima

Prosegue o n.º 4 do artigo 271.º do Código de Processo Penal em análise que deve “*o menor ser assistido no decurso do acto processual por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito*”.

Abraçou-se idêntica solução legal quer nos casos de vítimas de violência doméstica – artigo 33.º, n.º 3, da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro – quer em relação às testemunhas especialmente vulneráveis – artigo 27.º da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho e 24.º, n.º 5, do Estatuto da Vítima.

A formulação vaga da lei tem dado azo a que os técnicos designados tenham as mais diversas origens e formação.⁴⁶ Não obstante, as funções do técnico a que a lei se refere visam, não apenas o apoio necessário no âmbito da diligência de declarações para memória futura mas, igualmente, um acompanhamento prévio e posterior em ordem a que o acto referido seja o menos impactante possível e emocionalmente prejudicial, muito em especial quando a vítima é uma criança, pelo que as nossas atenções se centrarão nestes casos.

⁴⁴ CARMO, Rui do, *op. cit.*, p. 133; Neves, Andreia, Fernandes, Bárbara R. O. e Almeida, Íris, “*Workshop: Boas práticas nas Declarações para Memória Futura*”, disponível em https://apav.pt/25/images/PDF/Workshop_Boa_Praticas_nas_Declara%C3%A7oes_para-Memoria_Futura.pdf.

⁴⁵ Entre nós o sistema judicial está sensibilizado para tais necessidades. Veja-se o espaço criado e especialmente concebido para a audição de menores no DIAP de Lisboa, “Sala DIAP Júnior”, inaugurada no ano de 2010 – o local pode ser “visitado” em vídeo disponível no *site* da RTP, em: <https://arquivos.rtp.pt/conteudos/diap-junior/>.

⁴⁶ Os técnicos que fazem este acompanhamento são provenientes, muitas vezes, da Direcção-Geral de Reinserção Social e dos Serviços Prisionais (DGRSP), do Gabinete de Apoio à Vítima (GIAV), da Instituição que acolhe a criança ou que lhe vem já fazendo anterior acompanhamento ou, por vezes, é mesmo designado o psicólogo que, nos termos do artigo 131.º, n.ºs 2 e 3, do Código de Processo Penal procedeu a perícia sobre a personalidade. Note-se, contudo, que deve ser convenientemente ponderada a designação de um psicólogo que possa retrair o menor e constituir um óbice à recolha de um depoimento fluente e fidedigno (por exemplo, o da Instituição onde o mesmo ser encontra acolhido, com o qual aquele se pode sentir desconfortável).

De facto, se a experiência traumática da criança com origem nos factos em investigação já é, *de per se*, extremamente prejudicial para o sã e integral desenvolvimento daquela, o “recontar” dos factos de que foi vítima pode despoletar sentimentos igualmente prejudiciais, redundando, por vezes, numa autêntica “revivência” dos mesmos, o que justifica a intervenção curial de um técnico especializado que, em regra, deverá ser um psicólogo, no acompanhamento do menor.

Assim, o papel do técnico especialmente habilitado a que a lei faz menção não se resume ao acompanhamento do menor ao longo da diligência propriamente dita mas reconduz-se a uma intervenção centrada, no essencial, em três fases fundamentais:

- a) A fase de pré-inquirição, que se traduz em encontros anteriores à diligência entre o técnico e a criança para avaliação do seu desenvolvimento global, ao estabelecimento de uma relação de confiança e à respectiva preparação para a diligência propriamente dita, com eventual recurso a estratégias, se necessário, em ordem a regular e reduzir a sua ansiedade;
- b) A fase de inquirição, no momento da diligência em si mesma, em que o técnico monitoriza o comportamento do menor e, idealmente, dirige a sua inquirição;
- c) A fase pós-inquirição, com vista a analisar o desempenho do menor e diminuir a tonalidade emocional do acontecimento e, ainda, se necessário sensibilizar os cuidadores/progenitores para os cuidados a ter após a inquirição.⁴⁷

Uma questão central que se tem colocado, em especial no seio da doutrina, quer ao nível nacional, quer internacionalmente, é a de saber se a inquirição dos menores vítimas de crimes sexuais não deveria ser levada a cabo pelo próprio técnico, psicólogo forense, que a lei impõe que acompanhe o menor ao longo da diligência, que detém uma formação especializada que lhe permite fazer uma condução da audição do menor que, por um lado, promova a fidedignidade e sinceridade do depoimento e que, por outro, diminua os riscos de revitimização, já que aquele se encontra devidamente preparado e munido de estratégias que permitem lidar com o sofrimento da vítima.

Ligada a tal questão surge uma outra que atine ao teor literal da norma ínsita no n.º 5 do artigo 271.º que estatui que *“a inquirição é feita pelo juiz”* e que se prende com a (in)compatibilização da lei processual penal actual com diversa forma de proceder, mormente permitindo que seja o técnico com formação em psicologia a orientar a inquirição e colocar as questões, ainda que sob a orientação do juiz e com a presença do Ministério Público e restantes sujeitos processuais, aproximando, assim, o sistema português aos instrumentos supranacionais a que Portugal está vinculado.

Na verdade, é, desde logo, recomendado nas Directrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre uma Justiça adaptada às crianças, cujo ponto 64 prescreve que *“Os interrogatórios e a recolha de depoimentos de crianças devem, tanto quanto possível, ser conduzidos por profissionais qualificados. Deve envidar-se todos os esforços para que as*

⁴⁷ GIAV, *“Declarações para Memória Futura e o Papel do Psicólogo Forense”*, 2 de Maio de 2014, Edição 1, Volume 1.

*crianças prestem depoimento no ambiente mais favorável possível e nas condições mais adequadas, tendo em atenção a sua idade, maturidade e nível de compreensão e quaisquer dificuldades de comunicação que possam ter”.*⁴⁸

Por sua vez, o artigo 35.º da Convenção de Lanzarote a que já vimos fazendo referência, consigna que as audições da criança devem ser efectuadas por profissionais com formação adequada a esse fim.

Perante este quadro, impõe-se questionar se, perante a redacção actual da lei, o Estado Português, enquanto Parte na Convenção aludida e que vincula os Estados signatários, tomou efectivamente as necessárias medidas legislativas com vista a garantir à criança a sua audição por alguém com formação especializada para esse fim.

O magistrado do Ministério Público jubilado Rui do Carmo, com vista a ultrapassar tais vicissitudes e a encontrar uma solução conforme com a Convenção de Lanzarote, propôs a nomeação de um técnico com formação apropriada para auxiliar o juiz na condução e execução das declarações para memória futura, numa dupla vertente: assegurar que as condições do espaço e o ambiente da diligência são amigáveis e garantir que a inquirição é conduzida tendo em consideração a sua idade e nível de desenvolvimento e por forma a obter um relato o mais completo possível e sem contaminações decorrentes, nomeadamente, do modo como a inquirição é conduzida e as perguntas são formuladas.⁴⁹ Ou seja, no fundo, este técnico não seria aquele a que se refere a lei no n.º 4 do artigo 271.º do Código de Processo Penal, mas um outro, que assumisse as funções de apoio do juiz na execução e inquirição nas melhores condições e de modo cientificamente informado não havendo, contudo, no entendimento daquele autor, qualquer óbice a que o mesmo técnico desempenhasse ambas as funções.

Ainda que os propósitos sejam meritórios, não cremos que tal fosse possível de concretização em virtude de todos os problemas práticos que convocaria, a começar pela gestão da audiência e mediação das perguntas (entre o juiz e o técnico e, ainda, entre o juiz, os restantes intervenientes que podem formular perguntas adicionais e o técnico). Além do mais, a falta de meios e técnicos na DGRSP (de resto, mais vocacionada para a problemática dos arguidos e não das vítimas) e no GIAV redundaria na assimilação de ambos os papéis pelo mesmo técnico, o que, em termos práticos e acima de tudo logísticos, não se nos afigura concretizável.

Resta questionar se a interpretação literal da norma que consagra que a inquirição é feita pelo juiz se coaduna, ainda, com o entendimento de que pode ser o técnico especialmente habilitado para acompanhar o menor a proceder à sua audição, formulando ele as perguntas. Se perspectivarmos o psicólogo como um “intérprete” que fala a mesma língua do menor, à semelhança daquele que é nomeado às testemunhas que não conhecem a língua portuguesa ou que recorrem à linguagem gestual, um tal entendimento parece já não colidir com o teor da norma aludida.

⁴⁸ Adoptado pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 17-11-2010, disponível em <https://rm.coe.int/16806a45f2>

⁴⁹ CARMO, Rui do, *op. cit.*, 137.

Por fim, ainda a propósito da questão sob análise, atente-se no projecto-piloto implantado na Comarca do Porto que surgiu na sequência de um estudo sobre as declarações para memória futura no sistema judicial português, desenvolvido por Carlos Peixoto e mais sete investigadores, publicado no final de Março de 2017 e que concluiu que a generalidade das perguntas são de escolha forçada e direccionadas, o que pode inquinar a maioria dos detalhes fornecidos pelas crianças aos juízes e afectar a credibilidade do seu testemunho.

O referido projecto-piloto consiste na inquirição dos menores para memória futura por um psicólogo forense com formação para o efeito, e não por um juiz de instrução criminal, numa sala com vidro unidireccional, onde estão presentes o JIC, o magistrado do Ministério Público e os advogados, sem que a vítima se aperceba da sua presença. Não obstante, a diligência realiza-se sob a supervisão do juiz de instrução criminal, com garantia do respeito pelo princípio do contraditório, já que, ao primeiro intervalo da audição, o técnico desloca-se à sala de observação onde estão os restantes intervenientes e recebe as questões formuladas por todos.

Idêntico procedimento tem vindo a ser adoptado, desde inícios de 2016, na Comarca de Aveiro (sobretudo, nos casos de vítimas menores de abusos sexuais que, por vergonha e na presença de estranhos, revelam maior desconforto em falar dos factos objecto do processo) sendo, também, a inquirição realizada por psicólogo, inquirição essa que é acompanhada em tempo real pelo Juiz, Ministério Público e Advogados presentes, instalados numa sala contígua, através de um sistema *wireless* (câmara *GoPro*) que permite o acompanhamento por áudio e vídeo da tomada de declarações que são gravadas em áudio através do sistema informático existente no Tribunal e em vídeo inserido em DVD que acompanha o processo.

De facto, parece-nos ser esta a fórmula ideal com vista a proteger a criança e a impedir ou, pelo menos, minorar, tanto quanto possível, a sua revitimização, esperando, de resto, que tal prática chegue a todas as Comarcas do país.

2.3.3. A possibilidade de recusa do menor em depor

Uma outra vicissitude que surge, amiúde, no âmbito da diligência de tomada de declarações da vítima menor para memória futura, em especial nos casos de crime contra a liberdade ou autodeterminação sexual é a aplicação e interpretação do artigo 134.º do Código de Processo Penal.

É que, na prática judiciária, têm sido diversos os entendimentos sobre o assunto, alguns dos quais extravasam mesmo, em nosso entendimento, o sentido da norma: quer, por um lado, a exigência de a advertência ser sempre feita não obstante a idade e maturidade da criança, quer, por outro, o da atribuição da decisão sobre a recusa ao representante legal da mesma.

Com vista a dar uma resposta a estas questões, convém, desde logo, olhar ao teor do artigo 1881.º, n.º 1, do Código Civil que estabelece que o poder de representação compreende o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações do filho, ressalvando,

porém, os actos puramente pessoais do menor, isto é, aqueles que este tem o direito de praticar pessoal e livremente que se reportam àqueles que, por estarem eminentemente ligados à vontade de quem os pratica, só pelo próprio podem ser levados a cabo.

Ademais, estabelece o artigo 123.º do mesmo diploma legal que “*salvo disposição em contrário, os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos*”. Todavia, somos de parecer que a regra inscrita no artigo 131.º do Código de Processo Penal que atribui ao menor a faculdade de testemunhar e de recusar o depoimento nos termos do artigo 134.º é exemplo da salvaguarda feita pela previsão da primeira norma citada.⁵⁰

Os argumentos valem ainda para os casos de nomeação de representante nos termos do artigo 7.º, n.º 6, do Estatuto da Vítima.

Por outro lado, importa salientar a previsão do artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, adoptada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990 com o seguinte teor: “*Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade*”. Nesta senda, a legislação portuguesa reconhece às crianças que, atendendo à sua idade e maturidade, mostrem compreensão dos temas que estão a ser tratados o direito a se exprimirem sobre a sua situação pessoal e familiar, situando, para este efeito, o nível de maturidade adequado nos 12 anos.

A este propósito, importa distinguir a diferença entre a capacidade de uma criança para ser testemunha em processo penal e de relatar factos de que foi vítima ou que observou da sua capacidade de entender e decidir da faculdade de recusar depor quando o arguido se trata de um seu familiar próximo. Como bem sugere Rui do Carmo⁵¹, no primeiro caso, está tão-só em causa a compreensão das questões e da competência para expressar respostas ao nível do seu desenvolvimento; no segundo, está em jogo a capacidade, atendendo ao desenvolvimento psicológico e maturidade, para compreender o alcance da recusa em depor, o que implica um entendimento sobre o sentido da preservação das relações familiares e da sua protecção contra possíveis posteriores violações dos seus direitos.⁵²

Perante o exposto, cremos que uma interpretação conjugada das normas citadas, importa que seja o menor, e não o seu representante legal, a reflectir sobre o exercício do direito de recusa

⁵⁰ Os argumentos transcritos encontram-se vertidos no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26-06-2002, processo n.º 1868/2002 cujo sumário pode ser lido em CARMO, Rui do, “*As crianças como testemunhas – aplicar e clarificar a lei [as declarações únicas da criança; o estatuto da vítima; recusa a depor]*”, in Revista do CEJ, Lisboa, N.º 2, ano 2016, p. 106.

⁵¹ CARMO, Rui do, *op. cit.*, p. 107. Este autor, na obra citada, sugere, mesmo, uma alteração do artigo 134.º do Código de Processo Penal no sentido de ser clarificado, que, quanto a si, deveria passar a afirmar o entendimento de que a recusa em depor é um acto pessoal do menor, não cabendo no direito de representação da criança e obrigar à advertência prevista no actual n.º 2 apenas no caso de crianças com idade igual ou superior a 12 anos, ou de idade inferior que mostrem possuir capacidade e maturidade para a compreender.

⁵² Note-se que não é finalidade da norma proteger os direitos de defesa do arguido que, embora possa beneficiar do direito à recusa em depor de um seu familiar, não lho pode, todavia, exigir.

a depor, sendo certo que deve ser ponderada pelo juiz ou pelo técnico que proceda à inquirição a necessidade de advertência do menor, consoante a sua idade e maturidade para a compreender.

Antes de concluir, aponte-se para a orientação hierárquica contida na Instrução n.º 1/2016, da Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra, de 29-02-2016, que, quanto à problemática em análise, dirigindo-se aos magistrados do referido Distrito, veiculou, no respectivo ponto 7 que: *“o magistrado do Ministério Público deve opor-se a que, nas situações previstas no artigo 134.º CPP, seja válida recusa de depoimento a prestar pela criança formulada pelos pais, representante legal ou guardião de facto em representação da criança, considerando que se trata de um acto pessoalíssimo que só pode ser praticado pela mesma, desde que para tal tenha discernimento”*, solução que merece o nosso aplauso.

2.4. A articulação entre o magistrado do Ministério Público titular do inquérito e o magistrado junto do Juízo de Família e Menores

Vimos já que ao Ministério Público, enquanto magistratura legal e constitucionalmente encarregada de exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e, também, estatutariamente vocacionada para a protecção dos interesses dos menores, incumbe, não raras vezes, um papel especialmente delicado quando a vítima se trata de uma criança. Há, portanto, que levar a cabo os interesses da justiça e descoberta da verdade material por um lado e, por outro, proteger e promover os direitos da criança.

O problema assenta no facto de a prova pericial, em grande parte dos casos, não dar quaisquer respostas, pelo que a voz da criança acaba por ser o único meio de prova de que o Ministério Público dispõe e do qual não pode prescindir em ordem a tomar uma decisão de encerramento do inquérito.

Todavia, o que não raras vezes sucede é que coexistem simultaneamente a acção penal e a intervenção protecional e/ou processo tutelar cível, o que suscita a necessidade de o magistrado do Ministério Público titular do inquérito procurar comunicar com os magistrados a exercer funções junto dos Juízos de Família e Menores tendo em vista uma acção conjugada que pugne pela coerência na condução dos diferentes procedimentos e harmonização e articulação das decisões, sempre com vista a acautelar o superior interesse da criança que, a final, é seu papel defender.

No cerne do problema está a questão curial do elevadíssimo número de vezes que a criança é inquirida no âmbito do processo-crime e noutros processos como o de promoção e protecção, em face da dura realidade actual que aponta para o relato dos factos em investigação numa média muito superior à que seria desejável, o que, como é sabido e por nós já foi, por diversas ocasiões, sublinhado, potencia os riscos de vitimização secundária da criança.

Tal assume proporções sérias e preocupantes, o que tem sido salientado por psicólogos especialistas, que alertam para a importância de evitar os prováveis efeitos psicológicos

negativos da colaboração da criança com a justiça. Vem-se apontando para os efeitos perniciosos que a inquirição da criança provoca ao nível da sua reorganização psicológica após o evento traumático (que se traduz na prática do crime e o qual a criança tem de reconstituir para o relatar). Não podemos olvidar que *“para a criança vítima, relatar a situação de vitimização pode significar reexperimentar de forma intensa e desgastante uma experiência traumática”*.⁵³

Perante as referidas preocupações, o Ministério Público *“deverá maximizar as sinergias que resultam da sua estrutura hierárquica, com vista à criação de canais de comunicação e de coordenação entre os magistrados por forma a que a sua acção conjugada pugne pela coerência na condução dos diferentes procedimentos e das respectivas decisões do ponto de vista da afirmação do superior interesse da criança ou do jovem, que lhe cabe defender”*.⁵⁴

Desde logo, quando, a par do processo penal, corra igualmente termos processo de promoção e protecção – quer junto das CPCJ, quer junto dos Tribunais – ou processo tutelar cível no âmbito do qual haja necessidade de ouvir a criança, ter-se-á, quanto a nós, de atribuir centralidade às declarações para memória futura recolhidas no procedimento criminal.⁵⁵ Se é certo que a verificação dos pressupostos daquelas declarações são condição de validade do depoimento da criança como prova no processo penal, não vislumbramos qualquer óbice à sua recepção e valoração no âmbito dos processos a correr termos junto do Juízo de Família e Menores.

Tal solução é a sufragada pela Convenção de Lanzarote quando, no seu artigo 35.º, n.º 2, impõe a gravação vídeo das declarações da criança com o objectivo de evitar riscos de um novo traumatismo, delimitando, tanto quanto possível, o número de vezes em que aquela é inquirida.

Para que o referido desiderato seja, todavia, alcançado com sucesso na prática judiciária impõe-se que as declarações para memória futura sejam realizadas com grande proximidade do momento do conhecimento dos factos e que, no âmbito da diligência, sejam recolhidas todas as informações necessárias à prossecução dos fins que se visam salvaguardar – evitar os contactos múltiplos e vitimizadores da criança com a justiça.

A evolução da lei também tem vindo a reflectir as preocupações que o particular caso das crianças suscita, sendo as alterações legislativas que remontam a 2015 um claro exemplo disso.

A audição da criança no processo tutelar cível vem regulada nos artigos 4.º e 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aplicáveis ao processo de promoção e protecção por força do artigo 84.º da Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo que remete para aquele regime.

⁵³ RIBEIRO, Catarina, *op. cit.*, p. 117.

⁵⁴ CORREIA, João Conde, *op. cit.*, p. 174.

⁵⁵ No mesmo sentido, CARMO, Rui do, *“Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”*, Revista do Ministério Público, n.º 134, Abril-Junho, 2013, p. 141.

Com especial relevo, estatui a alínea d) do n.º 7 do artigo 5.º que *“quando em processo-crime a criança tenha prestado declarações para memória futura, podem estas ser consideradas como meio probatório no processo tutelar cível”*, solução que vale, como vimos, para a intervenção protecional.

Em face deste regime, como bem aduz Rui do Carmo, *“a lei é, hoje, clara quanto à sua tendencial realização numa única diligência, em declarações para memória futura, válida para outros procedimentos que corram paralelamente ao processo-crime, devendo abranger a temática por eles tratada”*.⁵⁶

É aqui que o Ministério Público, com especial responsabilidade na harmonização das intervenções à luz do denominador comum do superior interesse da criança, assume um papel fulcral e que se funda na multiplicidade de funções que estatutariamente lhe incumbem, o que tem justificado e desencadeado a emissão de vários instrumentos hierárquicos no sentido de agilizar a sua actuação.

Disso são exemplo: a *“Directiva Conjunta”* do Procurador-Geral da República e do Presidente da Comissão Nacional de Protecção das Crianças e Jovens em Risco, de 23 de Junho de 2009, sobre a *“uniformização de procedimentos funcionais entre os magistrados do Ministério Público interlocutores e as CPCJ”*, o Despacho n.º 3/2012, de 08-02-2012 e, mais recentemente, a Instrução n.º 1/2016, de 29-02-2016, do então Procurador-Geral Distrital de Coimbra, que veiculou uma série de boas práticas para a intervenção articulada nos casos de abusos sexuais de menores, incidindo na questão da comunicabilidade entre o magistrado titular do inquérito e o magistrado que representa o Ministério Público no processo judicial ou que é interlocutor da CPCJ por forma a acautelar o superior interesse da criança vítima, evitando duplicação de diligências e a consequente vitimização secundária, potenciando-se a eficiência de ambos os procedimentos, aí se estabelecendo, entre o mais, o aproveitamento das diligências realizadas em cada um deles, evitando-se repetições inúteis.⁵⁷

2.5. As declarações para memória futura e o processo tutelar educativo

No que concerne ao processo tutelar educativo, o problema das declarações para memória futura tem assumido contornos bem diferentes: pode discutir-se, por um lado, a (des)necessidade da realização de tal diligência no âmbito daquele processo. Por outro, a questão da utilização e aproveitamento das declarações da vítima obtidas em processo penal no âmbito do processo tutelar educativo pode apenas conceber-se quando haja lugar, em casos de co-autoria, à separação dos processos em virtude das diferentes idades dos co-

⁵⁶ CARMO, Rui do, *“As crianças como testemunhas – aplicar e clarificar a lei [as declarações únicas da criança; o estatuto da vítima; recusa a depor]”*, in Revista do CEJ, Lisboa, N.º 2, ano 2016, p. 101.

⁵⁷ Com relevo, também, a propósito das declarações para memória futura, o Encontro da Rede de Magistrados do MP (do Distrito Judicial de Lisboa) dos Tribunais de Família e Menores, de 27-11-2008, no âmbito do qual se concluiu que *“deverá ser estabelecida articulação entre o magistrado do Ministério Público da área de Família e Menores e da área Criminal, assim devendo ser compatibilizados os tempos de realização daquela diligência com outras cuja realização se imponha.”* – Cfr. nota ao artigo 271.º do Código de Processo Penal, em www.pdlisboa.pt/legislação.

autores da prática do ilícito (maiores ou menores de 16 anos de idade e, portanto, imputáveis ou inimputáveis do ponto de vista criminal). Vejamos.

Atendendo à questão suscitada em primeiro lugar, adiantando desde já a nossa posição, cremos que o artigo 271.º do Código de Processo Penal não tem aplicação subsidiária no domínio do processo tutelar educativo, em face do regime consagrado e particularidades da Lei Tutelar Educativa.⁵⁸

Se olharmos à solução legal ínsita nos artigos 66.º, n.ºs 3 e 4, e 106.º, ambos do diploma legal sob apreciação, conclui-se que os objectivos de evitar a repetição da inquirição da vítima e as necessidades de acautelar a prova inerentes às declarações para memória futura não colhem nesta sede.

O artigo 106.º, de forma bem diferente do regime processual penal, ao permitir a leitura em audiência de autos de qualquer das fases do processo tutelar que não contenham declarações do menor, seus pais, representante legal ou quem tenha a sua guarda de facto, possibilita que as declarações prestadas por qualquer testemunha em sentido amplo, mesmo perante órgão de polícia criminal, possam ser sempre lidas e tidas em conta na formação da convicção do Juiz.

Por outro lado, o entendimento de que o artigo 128.º da Lei Tutelar Educativa poderia reclamar a aplicação subsidiária do artigo 271.º do Código de Processo Penal também não é argumento válido, porquanto, em boa verdade, aquela Lei estabelece um regime particular de tomada de declarações à vítima, mormente da que tenha idade inferior a 16 anos, cujo objectivo incide, por si só, na protecção dos seus interesses, designadamente o de evitar a sua futura reinquirição, pelo que não há necessidade de recorrer à lei de aplicação subsidiária.

Assim sendo, à partida, cremos não ser premente o recurso às declarações para memória futura no âmbito do processo tutelar educativo, com normas muito próprias no que à produção de prova testemunhal em audiência diz respeito.⁵⁹

A segunda questão que nos propusemos abordar prende-se com a susceptibilidade de aproveitamento das declarações para memória futura da vítima recolhidas no processo-crime quando houve lugar à separação de processos no caso de co-autores, uns com idade inferior a 16 anos e outros já imputáveis em razão da idade.

Acompanhando aqui de perto a posição sustentada no aresto da Relação de Lisboa, de 7-02-2012, proferido no processo n.º 3610/10.4TAALM.L1-5, desde logo, a inquirição da vítima em

⁵⁸ Neste sentido também SILVA, Júlio Barbosa e, “«Por quem os Sinos Dobram» As Declarações para Memória Futura, a sua (Des)necessidade no âmbito da Lei Tutelar Educativa e o Contraditório no âmbito da Jurisprudência Nacional e do TEDH”, Revista Julgar, n.º 19, Coimbra Editora, ano 2013, pp. 171 e seguintes.

⁵⁹ Diferente foi o entendimento da Relação de Lisboa no aresto de 30-06-2011, no processo n.º 4752/10.1T3AMD-A.L1-9 que considerou que o artigo 271.º do Código de Processo Penal, por força do artigo 128.º, n.º 1, da Lei Tutelar Educativa, é subsidiariamente aplicável ao inquérito tutelar educativo, devendo a vítima menor ser ouvida pelo juiz nesta fase processual. Todavia, na sua fundamentação parece esquecer, por completo, o regime especial do artigo 106.º daquele diploma legal.

declarações para memória futura implica uma solenidade maior do que a exigida no âmbito da Lei Tutelar Educativa, ao abrigo do artigo 66.º, sendo certo que, em face do desenho do artigo 106.º, n.º 1, já aludido nada obsta, a não ser o contraditório, à leitura e valoração daquelas declarações prestadas no processo penal.

Todavia, em consonância com o citado acórdão, cremos que não está precludido o exercício do contraditório, que não se confunde com o denominado *cross-examination*, já que “*Não estando a defesa do menor/arguido, impedida de indicar outra prova que contradite aquelas declarações, de confrontar o menor com as mesmas, ou de as discutir em contra-argumentação, com a sua produção em audiência não são afectadas as exigências de contraditório e de possibilidade de defesa*”.

Posto isto, cremos, pois, que nada obsta ao aproveitamento das declarações da vítima, prestadas no processo penal, pelo processo tutelar educativo, prova que pode ser produzida, discutida e valorada nesta sede, sendo assim possível atingir as finalidades de protecção da vítima e, de outra parte, permitir que sejam prosseguidos os objectivos primordiais do processo tutelar educativo que atendem à necessidade de educação do jovem para o direito.

IV. Hiperligações e referências bibliográficas

Hiperligações

www.dgsi.pt

www.pdgdlisboa.pt/legislação

Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *“Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”*, 4.ª edição actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011;
- BUCHO, Cruz, *“Declarações para memória futura (elementos de estudo)”*, 2012, disponível em:
https://www.trg.pt/ficheiros/estudos/declaracoes_para_memoria_futura.pdf;
- CARMO, Rui do, *“As crianças como testemunhas – aplicar e clarificar a lei [as declarações únicas da criança; o estatuto da vítima; recusa a depor]”*, in Revista do CEJ, Lisboa, N.º 2, ano 2016, pp. 97-107;
- CARMO, Rui do, *“Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”*, Revista do Ministério Público, n.º 134, Abril-Junho, 2013, pp. 117-147;

- CORREIA, João Conde, “*O papel do Ministério Público no Crime de Abuso Sexual de Crianças*”, Revista Julgar, n.º 12 (especial), 2010, pp. 163 a 182;
- COSTA, Maia, “*Código de Processo Penal Comentado*” – anotação ao artigo 271.º, 2.ª edição revista, Almedina, 2016, pp. 916 a 921;

- CUNHA, José 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, Julho-Setembro 1997, pp. 403 a 443;

- GAMA, António “*Reforma do CPP: prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento*”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 19, n.º 3, Julho-Setembro, 2009;

- GIAV, “*Declarações para Memória Futura e o Papel do Psicólogo Forense*”, 2 de Maio de 2014, Edição 1, Volume 1;

- NEVES, Andreia, FERNANDES, Bárbara R. O. e ALMEIDA, Íris, “*Workshop: Boas práticas nas Declarações para Memória Futura*”, disponível em:
https://apav.pt/25/images/PDF/Workshop_Boa_Praticas_nas_Declara%C3%A7oes_para-Memoria_Futura.pdf;

- RIBEIRO, Catarina, “*A Criança na Justiça – Trajectórias e Significados do Processo Judicial de Crianças Vítimas de Abuso Sexual Intrafamiliar*”, Coimbra, Almedina, 2009;

- SILVA, Júlio Barbosa e, “*«Por quem os Sinos Dobram» As Declarações para Memória Futura, a sua (Des)necessidade no âmbito da Lei Tutelar Educativa e o Contraditório no âmbito da Jurisprudência Nacional e do TEDH*”, Revista Julgar, n.º 19, Coimbra Editora, ano 2013, pp. 149-178;

- SILVA, Sandra Oliveira e, “*A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*”, Coimbra Editora, 2007;

- VEIGA, António Miguel, “*Notas Sobre o Âmbito e a Natureza dos Depoimentos (ou Declarações) para Memória Futura de Menores Vítimas de Crimes Sexuais (ou da Razão de Ser de uma Aparente “Insensibilidade Judicial” em Sede de Audiência de Julgamento)*”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 19.º, n.º 1, Janeiro-Março 2009, Coimbra Editora, pp. 101-134.

5. DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA

Enquadramento jurídico, prática e gestão
processual

Susana Cristina Silva Jóia



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

5. DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Susana Cristina Silva Jóia

- I. Introdução
- II. Objectivos
- III. Resumo
 - 1. Declarações para memória futura
 - 1.1. Breve enquadramento histórico
 - 1.2. O artigo 271.º do Código de Processo Penal: a redacção
 - 1.3. O carácter excepcional
 - 1.4. Da natureza taxativa do artigo 271.º do Código de Processo Penal
 - 2. Enquadramento jurídico
 - 2.1. Fundamentos da antecipação no Código de Processo Penal
 - 2.1.1. Doença grave
 - 2.1.2. Deslocação para o estrangeiro
 - 2.1.3. Juízo de prognose
 - 2.1.4. Crimes do catálogo
 - 2.2. A lei n.º 93/99, de 14 de Julho
 - 2.3. A lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro
 - 2.4. A lei n.º 130/2015, de 04 de Setembro
 - 3. Prática e gestão processual
 - 3.1. O impulso processual
 - 3.2. A legitimidade
 - 3.3. A tomada de declarações para memória futura antes da constituição de arguido
 - 3.4. A diligência
 - 3.4.1. A inquirição
 - 3.4.2. O ambiente informal e reservado
 - 3.4.3. O técnico especialmente habilitado
 - 3.5. Leitura e valorização das declarações para memória futura em julgamento
 - 3.5.1. Da Valoração
 - 3.5.2. Da Leitura
 - 3.6. A repetição da prova em julgamento
- IV. Referências bibliográficas

I. Introdução

O presente guia é elaborado no âmbito do 2.º ciclo, do 33.º Curso de Formação para a denominada «*semana temática*».

O instituto das **Declarações para Memória Futura** que no seu início não mais seria que apenas um meio preventivo de salvaguardar a eventual perda da prova, é, actualmente, muito mais: é também um meio de salvaguardar as vítimas, especialmente os menores.

Assim, não poderemos deixar de olhar para instituto das Declarações para Memória Futura de uma forma dupla: de preservação e de protecção.

Na perspectiva de prevenção as declarações para memória futura são uma medida processual de extrema relevância uma vez que permitem conservar e firmar elementos probatórios que, se assim não fosse, iriam perder-se e não chegariam a julgamento. Ainda nesta perspectiva de

preservação a tomada de declarações para memória futura permite colmatar eventuais contrariedades que possam surgir, causadas, nomeadamente pelo decurso do tempo.

Sabemos que a fiabilidade de um testemunho é condicionado pela passagem do tempo, de tal modo que quanto mais tarde for efectuada a produção da prova menor será, em princípio, a atendibilidade dos resultados obtidos. Pelo que, o recurso à tomada de declarações para memória futura irá permitir fixar os elementos probatórios relevantes a partir do primeiro relato presumivelmente mais próximo e espontâneo, evitando o perigo de contaminação da prova.

Na perspectiva de protecção as declarações para memória futura são uma medida processual de extrema importância «*humana*».

No que importa às vítimas, e com especial atenção às vítimas menores de idade, temos uma necessidade de evitar a vitimização através da repetição de inquirições acerca do mesmo assunto.

Esta repetição, caso não seja evitada, será extremamente dolorosa para a vítima. Assim, com a tomada de declarações para memória futura evitam-se distorções da informação e, conseqüentemente, a alterações da percepção e relato do facto vivido, o que dificultaria integração psicológica da situação por parte da vítima.

Este guia, acaba assim, por explorar instituto das declarações para memória futura nestas duas de preservação e de protecção, analisando o preceituado quanto a este tema nos artigos 271.º (e 294.º) do Código de Processo Penal, e também na Lei n.º 93/99, de 14 de Julho que regula a aplicação de medidas para protecção de testemunhas em processo penal quando a sua vida, integridade física ou psíquica, liberdade ou bens patrimoniais de valor consideravelmente elevado sejam postos em perigo por causa do seu contributo para a prova dos factos que constituem objecto do processo, na Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à protecção e à assistência das suas vítimas, e na Lei n.º 130/2015, de 04 de Setembro que aprova o Estatuto da Vítima.

II. Objectivos

Com as abordagens insertas no presente guia visa-se partilhar com os Colegas Auditores de Justiça uma ideia prática relativamente ao instituto das declarações para memória futura: a norma (quer no Código de Processo Penal, quer noutros diplomas), a sua evolução, os seus requisitos, e a sua existência na prática (a diligência, a inquirição, e a sua valoração em julgamento).

Pretende-se, ainda que fora da parte prática, apontar uma questão com divergência doutrinal: a tomada de declarações para memória futura antes da constituição de arguido, apontando as diferentes posições

III. Resumo

Neste guia subordinado ao tema **Declarações para Memória Futura** apresenta-se inicialmente uma breve abordagem histórica a este instituto, dando a conhecer a sua consagração, e evolução até ao presente momento, e feita uma análise à norma do Código de Processo Penal (artigo 271.º) e suas alterações.

Depois é dado a conhecer o carácter excepcional e a sua natureza taxativa, analisando de seguida os requisitos para a possibilidade de ter lugar a tomada de declarações para memória futura (neste último caso é feita não só referência à situação prevista no artigo 271.º do Código de Processo Penal, mas também das Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro e Lei n.º 130/2015, de 04 de Setembro).

Procura-se também com este guia apresentar a prática e gestão processual da tomada de declarações para memória futura, o seu início, através de requerimento (o que deve conter e de que documentos de deve fazer acompanhar) chamando a atenção, no caso da legitimidade, para o «*plus*» fora do artigo 271.º do Código de Processo Penal oferecido pelas Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro e Lei n.º 130/2015, de 04 de Setembro.

Um das questões no âmbito deste tema de particular relevância é a da tomada de declarações para memória futura antes da constituição de arguido que divide ainda a doutrina. Neste campo apresentamos a divergência doutrinal e as posições tomadas por alguns autores.

Descreve-se a diligência de tomada de declarações para memória futura com incidência quanto à inquirição, a qual 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, o que tem vozes contra na doutrina por se entender que assim se permite mais nas declarações para memória futura, do que o que o que está consagrado no disposto no artigo 346.º, n.º 1 do Código de Processo Penal, para o julgamento, no caso da vítima que presta declarações já ser assistente ou parte civil.

Ainda sobre a diligência sublinha-se a importância de minorar tanto quanto possível o impacto negativo do espaço e das condições logísticas da realização da inquirição sobre a criança e a qualidade do depoimento, devendo este ter lugar em ambiente informal e reservado, e refere-se ainda a importância do acompanhamento de técnico especialmente habilitado (ainda que este possa ser dispensado).

Ligado à da tomada de declarações para memória futura, mas já em sede de julgamento aborda-se a valoração e leitura das declarações, sendo que, quanto à necessidade (ou não) de leitura o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/2017¹, apreciou esta questão, no sentido de saber se nos termos do disposto nos artigos 355.º e 356.º, n.º 2, al.ª a), do Código de Processo Penal, as declarações para memória futura, tomadas nos termos do disposto no artigo 271.º do Código de Processo Penal, têm de ser lidas em audiência de julgamento para que os depoimentos possam ser tomados em conta e valorados como meio de prova para a formação da convicção do Tribunal, tendo fixado jurisprudência no sentido de que «as

¹ Publicado em Diário da República, 1.ª Série, n.º 224, de 21 de Novembro de 2017.

declarações para memória futura, prestadas nos termos do artigo 271.º do Código de Processo Penal, não têm de ser obrigatoriamente lidas em audiência de julgamento para que possam ser tomadas em conta e constituir prova validamente utilizável para a formação da convicção do tribunal, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 355.º e 356.º, n.º 2, alínea a), do mesmo Código».

Por fim a referência ao facto que a tomada de declarações para memória futura, em fase de inquérito ou em fase de instrução, não prejudica a prestação do depoimento em audiência de julgamento.

1. Declarações para Memória Futura

*«Se no passado se vê o futuro,
e no futuro se vê o passado,
segue-se que no passado e no futuro se vê o presente,
porque o presente é futuro do passado,
e o mesmo presente é o passado do futuro»²*

1.1. Breve Enquadramento Histórico

As **Declarações para Memória Futura** não existiam durante a vigência do Código de Processo Penal de 1929. Apenas com o Decreto-Lei n.º 605/75 de 3 de Novembro se passou a prever, no seu artigo 15.º, n.º 1, a possibilidade de antecipar o depoimento de pessoas relativamente às quais pudesse tornar-se impossível ou muito difícil o seu depoimento *«havendo justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas, poderá o mesmo, a requerimento das partes ou por iniciativa do tribunal, ser produzido antecipadamente logo após se ter deduzido a acusação ou requerido o julgamento»*.

Resulta assim a possibilidade de antecipar o depoimento, mas após se ter deduzido a acusação ou requerido o julgamento.

Para além desta possibilidade, poderia recorrer-se ao regime da produção antecipada de prova nos termos previstos nos artigos 520.º e 521.º do Código de Processo Civil, sob pretexto de estar em risco de desaparecer ou se tornar muito difícil a produção de certa prova (*periculum in mora*).

A consagração deste instituto na lei processual penal apenas se verificou no Código de Processo Penal aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87 de 17 de Fevereiro, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1988, onde no artigo 271.º apenas se previa em caso de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro de uma testemunha, que previsivelmente a impedissem de ser ouvida em julgamento, cabendo ao Juiz de Instrução Criminal, a requerimento do Ministério Público, do Arguido, do Assistente ou das partes civis, proceder à sua inquirição no

² Pe. António Vieira, Sermão de Quarta-Feira de Cinzas, pregado em Roma, na Igreja de S. António dos Portugueses, no ano de 1672.

decurso do inquérito, ou, também, oficiosamente, durante a instrução, a fim de que o depoimento pudesse, se necessário, ser tomado em conta no julgamento.

Com a Lei n.º 59/98 de 25 de Agosto, assistimos a uma das alterações mais importantes relativamente a este mecanismo: o depoimento das vítimas de crimes sexuais passou a poder ser obtido no âmbito das declarações para memória futura, acrescentando-se no artigo 271.º, n.º 1 a expressão «*bem como nos casos de vítimas de crimes sexuais*». Esta alteração teve origem numa iniciativa de um grupo de Magistrados como argumento de que «*estas testemunhas deveriam ser poupadas ao vexame de ter de repetir a sua história e reviver a sua dor vezes sem conta*»³.

Neste seguimento, em 1999, é publicada a Lei de Protecção de Testemunhas, especialmente recomendada para inquirição de vítimas especialmente vulneráveis.

As maiores alterações no âmbito das declarações para memória futura verificaram-se em 2007, na revisão do Código de Processo Penal, operada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto. Assim, seguindo a sintetização de Rui do Carmo⁴, assistimos a sete modificações significativas:

- i. **Âmbito de aplicação:** houve mais um aumento na aplicação deste instituto. As vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual e as vítimas de crime de tráfico de pessoas passaram a ser incluídas no grupo que poderá utilizar este mecanismo, mesmo que não seja previsível a impossibilidade da sua comparência na audiência de discussão e julgamento (artigo 271.º, n.º 1 do Código de Processo Penal).
- ii. **Obrigatoriedade da sua realização:** no caso de estarmos perante um menor, vítima de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, a inquirição, no decurso do inquérito, passou a ser obrigatória (artigo 271.º, n.º 2 do Código de Processo Penal).
- iii. **Participação dos sujeitos processuais na diligência:** o Ministério Público e o defensor do arguido estão obrigados a comparecerem (artigo 271.º, n.º 3 do Código de Processo Penal).
- iv. **Condições da sua realização:** para obter o depoimento do menor, vítima de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, é necessário que este seja realizado em local e de forma a garantir um ambiente informal e reservado, acompanhado por um técnico especialmente habilitado (artigo 271.º, n.º 4 do Código de Processo Penal).
- v. **Regras da prestação de declarações:** há a possibilidade de afastar o arguido durante a diligência, nos termos do artigo 352.º do Código de Processo Penal, apesar deste ter direito de estar presente e a permissão de leitura de autos e declarações constantes do processo, nos termos do artigo 356.º do Código de Processo Penal, mas não das declarações do arguido (artigo 357.º do Código de Processo Penal)⁵.

³ Paulo Pinto de Albuquerque, «*Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*», Editora Universidade Católica, 3.ª edição, 2009, p. 702.

⁴ Rui do Carmo, «*Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*», Revista do Ministério Público, n.º 134, Ano 34 – Abril – Julho, 2013, pp. 121 e 122.

⁵ António da Silva Henriques Gaspar, José António Henriques Dos Santos Cabral, Eduardo Maia Costa, António Jorge De Oliveira Mendes, António Pereira Madeira, António Pires Henriques Da Graça, «*Código de Processo Penal Comentado*», Almedina, 2016, 2.ª Edição Revista, p. 919.

vi. **Documentação da diligência:** aplicam-se as regras da documentação das declarações em audiência (artigo. 363.º e 364.º do Código de Processo Penal).

vii. **Renovação do depoimento em julgamento:** existem dois tipos de razões que justificam o recurso ao instituto das declarações para memória futura. O primeiro tipo decorre das declarações que constavam do Código de Processo Civil, em que se justificava o recurso pelo facto de ser previsível a impossibilidade de comparecer na audiência de discussão e julgamento, limitando-se às situações provocadas por doença grave ou por deslocação ao estrangeiro. Já o segundo tipo refere-se às situações em que estão em causa vítimas especialmente vulneráveis, vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. Neste segundo tipo o fundamento foca-se na garantia da sua protecção e da genuinidade das declarações⁶.

1.2. O artigo 271.º do Código de Processo Penal: A Redacção

Actualmente o artigo 271.º do Código de Processo Penal, com a epigrafe «*declarações para memória futura*», tem a seguinte redacção:

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.*

⁶ Rui do Carmo, «*Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*», cit., p. 122.

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.*

Esta redacção corresponde parcialmente ao texto da redacção originária, com as seguintes alterações:

A Lei n.º 58/98, de 25 de Agosto aditou ao n.º 1 a expressão «*bem como nos casos de vítima de crimes sexuais*».

A Lei n.º 47/2007, de 29 de Agosto alterou a expressão aditada pela Lei n.º 58/98, de 25 de Agosto, passando a «*bem como nos casos de vítima de crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual*», e introduziu o n.º 2, alterou o n.º 3 (que corresponde ao n.º 2 originário, com a alteração na parte final, que inicialmente referia «*se o desejarem*»), acrescentou o n.º 4, alterou de forma profunda o n.º 5 que dispunha primitivamente «*a inquirição é feita pelo juiz, podendo de 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*», introduziu o n.º 6, substituindo em parte o anterior n.º 5 que dispunha «*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*».

O n.º 7 do artigo corresponde ao n.º 4 na sua redacção originária.

O n.º 8 foi introduzido pela referida Lei n.º 47/2007, de 29 de Agosto.

1.3. O Carácter Excepcional

Pese embora o princípio de que toda a prova deve ser produzida em audiência, a verdade é que o Legislador não ignorou as diferentes realidades. Pode de facto, acontecer que a produção de determinada prova se imponha como urgente, urgência essa, incompatível com a espera do momento normal e oportuno da audiência.

Esse tempo de espera pode ser sinónimo de risco de perda da prova. Assim, por forma a evitar este risco encontra-se prevista a produção antecipada da prova. Caso assim não fosse, encontravam-se gravemente prejudicadas as garantias de apuramento da verdade.

É assim esta a finalidade dos artigos 271.º e 294.º do Código de Processo Penal ao permitir que 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 Instrução, 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.

A prestação de declarações para memória futura é uma excepção ao princípio da imediação, isto porque, embora seja percebida de modo directo por um Juiz, ela, a prova, é produzida perante o Juiz de Instrução, que em regra, é diferente daquele que vai valorar a prova, o Juiz de julgamento.

«A recolha de declarações para memória futura constitui uma excepção ao princípio da imediação, pois as provas recolhidas sob a égide do juiz de instrução podem ser tomadas em conta no julgamento. Trata-se, no fundo, de uma antecipação parcial do julgamento. E daí o carácter contraditório que é conferido à diligência, em que é obrigatória a presença do Ministério Público e do defensor»⁷.

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

- **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 Reis⁸ 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 tornar muito difícil a produção de determinado meio de prova, se houver de esperar-se pela fase normal da instrução do processo»⁹.*

Pode-se, assim, fazer uso deste regime da produção antecipada de prova desde que exista um juízo de prognose quanto a uma impossibilidade futura de o declarante vir a estar presente no julgamento, de existir o receio de o declarante não vir a possuir capacidade para prestar as declarações nessa fase do processo ou ainda no caso das vítimas de crimes sexuais e de tráfico de pessoas.

Inicialmente a recolha antecipada de declarações tinha uma intenção preventiva a fim de evitar que a prova se perdesse antes do julgamento. Posteriormente esta intenção preventiva foi ampliada passando a ter também uma intenção de protecção das vítimas.

⁷ António da Silva Henriques Gaspar, José António Henriques Dos Santos Cabral, Eduardo Maia Costa, António Jorge De Oliveira Mendes, António Pereira Madeira, António Pires Henriques Da Graça, *«Código de Processo Penal Comentado»*, cit., p. 917

⁸ Alberto dos Reis, *«Código de Processo Civil Anotado»*, vol. III, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 1981, p. 336.

⁹ Idem.

1.4. Da Natureza Taxativa do Artigo 271.º do Código de Processo Penal

No nosso ordenamento jurídico apenas são admissíveis os actos processuais para a tomada de declarações para memória futura nos casos taxativamente previstos no artigo 271.º do Código de Processo Penal.

Resulta assim daquela norma que o acto processual para a tomada de declarações para memória futura pode ter por objecto:

- A inquirição de testemunha em caso de doença grave ou deslocação para o estrangeiro que a impeçam de ser ouvida em julgamento, ou se ela for vítima dos crimes do catálogo;
- A tomada de declarações ao assistente em caso de doença grave ou deslocação para o estrangeiro que o impeçam de ser ouvido em julgamento, ou se ele for vítima dos crimes do catálogo;
- A tomada de declarações às partes civis em caso de doença grave ou deslocação para o estrangeiro que as impeçam de ser ouvidas em julgamento, ou se elas forem vítimas dos crimes do catálogo;
- A tomada de declarações ao perito ou ao consultor técnico em caso de doença grave ou deslocação para o estrangeiro que os impeçam de ser ouvidos em julgamento;
- Acareações entre testemunhas, assistentes ou partes civis, desde que se verifique quanto a um dos participantes doença grave ou deslocação para o estrangeiro que o impeçam de ser ouvido em julgamento, ou se ele for vítima dos crimes do catálogo.

2. Enquadramento Jurídico

2.1. Fundamentos da Antecipação no Código de Processo Penal

São três os requisitos alternativos para haver lugar à tomada de declarações para memória futura:

- 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);

2.1.1. Doença Grave

A doença tanto pode ser física como psíquica. Incluindo «*as perturbações psíquicas graves derivadas de estados obsessivos-compulsivos, estados de pânico ou fobias, estados dolorosos crónicos, doenças nervosas e depressivas, esquizofrenia, toxicodependência, alcoolismo e*

senilidade»¹⁰. Assim resulta do disposto no artigo 271.º, n.º 8, do Código de Processo Penal quando impede a repetição da tomada de declarações em julgamento quando tal ponha em causa a «saúde física ou psíquica» da pessoa.

O simples impedimento físico-motor que apenas obsta a testemunha de, pelos seus meios ou acompanhada, se deslocar ao Tribunal para participar no julgamento, mas não a impede de ser ouvida, não justifica a tomada de declarações para memória futura (apenas autorizando o recurso ao mecanismo da tomada de declarações no domicílio (artigo 319.º do Código de Processo Penal).

A doença tem de ser grave. Ainda «*que não seja adequada para considerar a pessoa como inimputável para efeitos civis ou nem mesmo como inimputável para efeitos criminais*»¹¹. Esta gravidade afere-se pelo efeito inibidor da doença na pessoa, que obste a que preste um depoimento plenamente livre e consciente, no uso de todas as faculdades mentais.

Terá, esta doença grave, de ser actual, devendo verificar-se no momento em que se decreta o acto processual, e no momento em que este se realiza. Contudo, esta doença pode ser intermitente.

A doença grave não tem como requisito ser adequada a causar a morte.

A aliar ao requisito «grave», a doença tem de previsivelmente impedir a testemunha de ser ouvida em julgamento. Isto acontecerá nas situações de doença física permanente, doença psíquica crónica ou degenerativa, ou de doença de efeito intermitente em que exista risco considerável de ocorrência de um novo episódio da doença.

2.1.2. Deslocação para o Estrangeiro

A deslocação para o estrangeiro tem de ser por tempo prolongado e para além da data previsível do julgamento, ou por período indeterminado, sem data de regresso.

As declarações para memória futura podem, deste modo constituir um instrumento muito útil no caso de crimes cometidos em zonas de grande afluência turística, presenciados ou sofridos por cidadãos estrangeiros, os quais, na maioria dos casos, não pretendem comparecer em julgamento.

Sendo Portugal um país rico em receber turismo, alguém que possa presenciar ou ser vítima de um crime, em princípio não poderá comparecer em julgamento. Assim, a tomada de declarações para memória futura revela-se um meio muito eficaz de conservação da prova.

¹⁰ Paulo Pinto de Albuquerque, «Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem», cit., p. 701.

¹¹ Idem.

2.1.3. Juízo de Prognose

Tanto em caso de doença grave, como em caso de deslocação para o estrangeiro, a tomada de declarações para memória futura depende da formulação de um juízo de prognose sobre a impossibilidade de audição da testemunha (do assistente, partes civis, perito ou consultor) que previsivelmente a impeça de ser ouvida.

O pressuposto da antecipação é, assim, a previsibilidade do impedimento da testemunha (do assistente, partes civis, perito ou consultor) comparecer no julgamento por motivo de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro.

2.1.4. Crimes do Catálogo

2.1.4.1. Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual

A Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, ao aditar ao artigo 271.º, n.º 1, do Código de Processo Penal a expressão «bem como nos casos de vítimas de crimes sexuais», veio ampliar o campo de aplicação do instituto da tomada de declarações para memória futura, acrescentando a possibilidade de inquirição antecipada das vítimas de crimes sexuais, pelo Juiz de Instrução.

Esta possibilidade atinge carácter obrigatório nos casos de processo por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor. Assim dispõe o n.º 2 do artigo 271.º do Código de Processo Penal: *«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»*.

É assim de carácter obrigatório a tomada de declarações para memória futura do menor (aqui menor aquele que não completou ainda 18 (dezoito) anos de idade) vítima de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

A omissão da tomada de declarações para memória futura do menor vítima de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual constitui uma nulidade sanável do artigo 120.º, n.º 2, al.ª d) do Código de Processo Penal, pois que se trata de um acto legalmente obrigatório no inquérito.

Este aditamento permite evitar a repetida sujeição das vítimas a interrogatórios e também evitar os danos psicológicos implicados no relato sucessivo pelo declarante da sua dolorosa experiência e a sua exposição em julgamento.

Acresce que a fiabilidade do testemunho é condicionado pela passagem do tempo, de tal modo que quanto mais tardiamente for efectuada a produção da prova menor será, em princípio, a atendibilidade dos resultados obtidos. Pelo que, o recurso à tomada de declarações para memória futura irá permitir fixar os elementos probatórios relevantes a

partir do primeiro relato presumivelmente mais próximo e espontâneo, evitando o perigo de contaminação da prova.

2.1.4.2. Crime de Tráfico de Pessoas

A Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, ampliou ainda mais o catálogo de crimes que admitem a tomada de declarações para memória futura, incluindo o crime de tráfico de pessoas.

Tal como nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, a Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto veio impor a obrigatoriedade da inquirição do ofendido no decurso do inquérito, desde que a vítima não seja ainda maior de idade.

Esta opção do Legislador pauta-se com a necessidade de evitar a vitimização através da repetição de inquirições acerca do mesmo assunto, o que seria doloroso para a criança, e ainda de evitar distorções da informação e, conseqüentemente, alterações da percepção e relato do facto vivido, o que dificultaria integração psicológica da situação por parte da criança, e bem assim o inquérito.

Assim, o recurso à tomada de declarações para memória futura revela-se de particular importância para evitar os riscos da vitimização e de distorção probatória, evitando a necessidade do menor comparecer em julgamento.

A omissão da tomada de declarações para memória futura do menor constitui uma nulidade sanável, nos termos do disposto no artigo 120.º, n.º 2, al. d), do Código de Processo Penal, uma vez que se trata de acto legalmente obrigatório do inquérito¹².

2.2. A Lei n.º 93/99, de 14 de Julho

A Lei n.º 93/99, de 14 de Julho regula a aplicação de medidas para protecção de testemunhas em processo penal quando a sua vida, integridade física ou psíquica, liberdade ou bens patrimoniais de valor consideravelmente elevado sejam postos em perigo por causa do seu contributo para a prova dos factos que constituem objecto do processo.

Da disposição conjugada dos artigos 1.º, n.º 3, 26.º, n.ºs 1 e 2, e 28.º, n.º 2 da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho resulta a preferência por medidas para obter, nas melhores condições possíveis, depoimentos ou declarações de pessoas especialmente vulneráveis, para que tal acto decorra nas melhores condições possíveis, com vista a garantir a espontaneidade e a sinceridade das respostas, e o mais brevemente possível após a ocorrência do crime. E sempre que possível, a fim de evitar a repetição da audição da testemunha especialmente vulnerável durante o inquérito, através da tomada de declarações para memória futura, nos termos do disposto no artigo 271.º do Código de Processo Penal.

¹² Paulo Pinto de Albuquerque, «Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem», cit., p. 687.

2.3. A Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro

A Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à protecção e à assistência das suas vítimas, prevê no seu artigo 33.º um regime autónomo para a prestação de declarações para memória futura.

Diferentemente do disposto no artigo 271.º do Código de Processo Penal, onde a legitimidade cabe ao Ministério Público, ao Arguido, Assistente ou às partes civis, o artigo 33.º, n.º 1 da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro dispõe que *«o juiz, a requerimento da vítima ou do Ministério Público, pode proceder à inquirição daquela no decurso do inquérito, a fim de que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento»*.

Assim, este artigo atribui legitimidade à vítima, ainda que esta não se haja constituído assistente ou seja parte civil.

O objectivo visado pelo Legislador foi reforçar a tutela judicial da vítima, consagrando-lhe um direito que visa uma protecção célere e eficaz (finalidade inserta no artigo 3.º, al. h) da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro).

Procura-se assim concretizar a protecção da vítima, prevenindo a sua vitimização secundária e a sujeição a pressões desnecessárias através da possibilidade de inquirição antecipada da vítima de violência doméstica, conferindo-lhe a este nível um estatuto equivalente ao das vítimas de crimes de tráfico de pessoas ou de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

Relativamente às demais testemunhas que não assumam a qualidade de vítimas, estas só poderão ser inquiridas antecipadamente nos termos do disposto no artigo 271.º do Código de Processo Penal, isto é, em caso de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro que previsivelmente as impeçam de ser ouvidas em julgamento ou no quadro da Lei de Protecção de Testemunhas (Lei n.º 93/99, de 14 de Julho).

Uma última nota no âmbito da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro: o artigo 33.º, n.º 1 refere *«o juiz, a requerimento da vítima ou do Ministério Público, pode proceder à inquirição daquela no decurso do inquérito, a fim de que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento»*. Ora, é aqui feita menção expressa ao inquérito. E não existe na Lei n.º 112/2009 qualquer referência à instrução nem qualquer remissão para o artigo 294.º do Código de Processo Penal.

Conclui-se assim que em sede de instrução não está expressamente prevista a inquirição antecipada da vítima de violência doméstica, fora do previsto no artigo 271.º, n.º 1 do Código de Processo Penal, ou da lei de protecção de testemunhas.

E, uma vez que nos encontramos perante uma norma excepcional, não há lugar à aplicação analógica.

2.4. A Lei n.º 130/2015, de 04 de Setembro

Também a Lei n.º 130/2015, de 04 de Setembro que aprova o Estatuto da Vítima prevê o instituto das declarações para memória futura, contemplando, no seu artigo 24.º, com a epígrafe «declarações para memória futura», no n.º 1 que *«o juiz, a requerimento da vítima especialmente vulnerável ou do Ministério Público, pode proceder à inquirição daquela no decurso do inquérito, a fim de que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento, nos termos e para os efeitos previstos no artigo 271.º do Código de Processo Penal»*.

Visa-se, também aqui proteger as vítimas e evitar fenómenos de vitimização.

3. Prática e Gestão Processual

3.1. O Impulso Processual

Para que tenha lugar a produção antecipada de prova importa, em sede de inquérito, a elaboração e apresenta de um requerimento por parte de quem tenha legitimidade.

Esse requerimento deverá conter as indicações indispensáveis para que o Juiz possa ter conhecimento a fim de deferir (ou indeferir).

Assim, deverá o requerimento conter, nos casos de doença grave ou deslocação para o estrangeiro, a justificação, ainda que sumária, da necessidade da antecipação, por forma a convencer o Juiz que se verifica a situação exposta prevista no artigo 271.º, n.º 1 do Código de Processo Penal. Mais, deverá o requerimento ser acompanhado de documento comprovativo do motivo alegado.

Já em caso de vítima de crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual, nos casos em que a tomada de declarações não é obrigatória, o requerente deverá demonstrar a necessidade de protecção das vítimas.

No entanto, nos casos em que temos menores como vítimas, não há lugar à justificação da necessidade de antecipação da prova. O mesmo acontece nos casos previstos nas Leis n.ºs 93/99, de 14 de Julho, 112/2009, de 16 de Setembro e 130/2015, de 04 de Setembro.

Em sede de instrução, nos termos do disposto no artigo 294.º do Código de Processo Penal, a tomada de declarações para memória futura poderá ser requerida, ou oficiosamente determinada pelo Juiz.

«As decisões de realização ou não da tomada de declarações para memória futura são recorríveis, sendo sindicável a verificação dos pressupostos legais da diligência (doença grave, deslocação para o estrangeiro, catálogo de crimes)»¹³.

3.2. A Legitimidade

No Código de Processo Penal a legitimidade para requer a tomada de declarações para memória futura pertence ao Ministério Público, ao arguido, ao assistente, e as partes civis.

Assim, o ofendido que não se haja constituído assistente, e que também não tenha deduzido pedido de indemnização civil não tem legitimidade para requerer a tomada de declarações para memória futura.

Do mesmo modo, o suspeito também carece de legitimidade¹⁴.

Pese embora a legitimidade referida, a verdade é que, na maioria dos casos em que é requerida a tomada de declarações para memória futura, o requerente é o Ministério Público.

O arguido, pese embora a legitimidade que lhe é conferida, raramente requer a tomada de declarações para memória futura.

Nas palavras de Cruz Bucho «o arguido teme que se requerer a antecipação da prova logo em inquérito esteja já, de algum modo, a antecipar ou a comprometer a sua estratégia de defesa, dando-a a conhecer ao Ministério Público, receando que este possa então aprofundar determinados aspectos do inquérito ou direccionar a investigação num outro sentido»¹⁵.

Já a Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, confere, como já referido, legitimidade à vítima, mesmo que não seja assistente ou parte civil, e ao Ministério Público (assim como a 130/2015, de 04 de Setembro).

3.3. A Tomada de Declarações para Memória Futura antes da Constituição de Arguido

Uma questão colocada ao longo dos tempos é saber se a prestação de declarações para memória futura pressupõe ou não a prévia constituição de arguido, e, nessa sequência, se essas declarações podem (ou não) ser valoradas contra um arguido só formalmente constituído após a diligência.

Em causa a possibilidade da diligência se realizar independentemente de encontrar ou não constituído algum arguido, ou de se conhecer ou não a identidade do suspeito do crime.

¹³ Paulo Pinto de Albuquerque, «Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem», cit., p. 704.

¹⁴ Neste sentido o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo 0544648, de 12.10.2005, em que é relator Pinto Monteiro.

¹⁵ Cruz Bucho, «Declarações para memória futura (elementos de estudo)», Tribunal da Relação de Guimarães, 2012, pp. 59 e 60.

Ou seja, no momento em que a diligência é realizada, e são prestadas as declarações para memória futura ainda não está determinada a pessoa ou pessoas que poderão ser os agentes do crime.

Ora, o nosso ordenamento jurídico caracteriza-se por ter um processo criminal com uma estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios, nomeadamente a aquisição antecipada da prova, subordinados ao princípio do contraditório.

O princípio do contraditório traduz-se na *«estruturação da audiência de julgamento e dos actos instrutórios que a lei determinar em termos de um debate ou discussão entre a acusação e a defesa»*¹⁶, isto é, o Juiz deve ouvir a acusação e a defesa, nos termos do artigo 32.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa.

Alguns autores consideram que, por inexistir uma qualquer pessoa determinada como arguido e se proceder à tomada de declarações para memória futura, se está a frustrar o direito de contraditório do arguido, o tal debate entre acusação e defesa.

No entanto, esta visão, ao não admitir esta diligência, levaria a que ficasse *«definitivamente prejudicada a aquisição da prova que se encontrasse em perigo de ser perdida. Nestes casos, o princípio constitucional do contraditório exige que o juiz designe defensor para assegurar a defesa da pessoa (mesmo que a sua identidade não seja conhecida) a quem se atribui a prática do crime»*¹⁷.

Pegando, em primeiro lugar, no texto da lei, aquele refere quais os pressupostos para a prestação de declarações para memória futura no artigo 271.º do Código de Processo Penal, e, daquela norma, não consta qualquer referência à prévia constituição de arguido ou sequer que o inquérito corra contra pessoa determinada.

Maia Costa, de forma simples refere que *«é admissível a diligência ainda que não haja arguido constituído, e mesmo quando o autor do crime não tenha sido identificado. Devendo então nomear-se defensor ao indiciado autor do crime, para aquele acto»*¹⁸.

Concordantes com esta posição temos, entre outros, Paulo Pinto de Albuquerque, António Gama, António Miguel Veiga e Rui do Carmo.

Contra, no sentido de que esta diligência sem arguido não é admissível, temos, entre outros Damião da Cunha, Joaquim Malafaia e Vinício Ribeiro.

¹⁶ António Gama, *«Reforma do Código de Processo Penal: prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento»*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 19.º, n.º 3, p. 398.

¹⁷ Paulo Pinto de Albuquerque, *«Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem»*, cit., p. 702, e Rui do Carmo, *«Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual»*, cit., p. 126.

¹⁸ António da Silva Henriques Gaspar, José António Henriques Dos Santos Cabral, Eduardo Maia Costa, António Jorge De Oliveira Mendes, António Pereira Madeira, António Pires Henriques Da Graça, *«Código de Processo Penal Comentado»*, cit., p. 920.

Paulo Pinto de Albuquerque diz que «o princípio constitucional do contraditório exige que o juiz designe defensor para assegurar a defesa da pessoa a quem se atribui a prática do crime, mesmo que a sua identidade não seja conhecida»¹⁹.

António Gama²⁰ crê como possível a tomada de declarações para memória futura nos casos em que o inquérito ainda não corre contra pessoa determinada. No seu entender não padece de inconstitucionalidade a inquirição, no caso de o inquérito não correr contra um arguido conhecido e constituído, e que por esse motivo, não foi notificado, e conseqüentemente não estará presente na inquirição.

Acrescenta ainda que esta situação não viola o princípio do contraditório consagrado no artigo 32.º, n.º 5 da Constituição da República Portuguesa.

António Miguel Veiga entende não estar em causa, no momento da prestação das declarações para memória futura a «(in)observância do contraditório»²¹. Esclarece «a inquirição é feita pelo juiz, podendo em seguida o Ministério Público os advogados dos assistentes e das partes civis e o defensor, por esta ordem, formular perguntas adicionais»²².

Já contra a possibilidade de se admitir as declarações para memória futura sem arguido constituído temos Damião da Cunha, que considera 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 MP 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»²³.

Joaquim Malafaia, por sua vez contraria referindo que «esta forma de produção antecipada de prova, ou de prestação antecipada de depoimento, pode ocorrer em qualquer fase do processo, anterior à audiência de discussão e julgamento, desde que haja(m) arguido(s) constituído(s) na altura em que forem ordenadas e recolhidas»²⁴.

José Mouraz Lopes afirma que «não pode lançar-se mão do instituto sem que previamente tenha sido constituído arguido no processo»²⁵.

¹⁹ Paulo Pinto de Albuquerque, «Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem», cit., p. 702, e Rui do Carmo, «Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual», cit., p. 702.

²⁰ António Gama, «Reforma do Código de Processo Penal: prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento», cit., p. 398.

²¹ António Miguel Veiga, «Notas sobre o âmbito e a natureza dos depoimentos (ou declarações) para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais (ou da razão de ser de uma aparente “insensibilidade judicial” em sede de audiência de julgamento)», Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 19, 2009, p. 116.

²² Idem. p. 117.

²³ 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)», Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 7, fasc. 3, Julho-Setembro 1997, p. 409.

²⁴ Joaquim Malafaia, «O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos actos de instrução e nas declarações para memória futura», Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 14, 2004, p. 532.

²⁵ José Mouraz Lopes, «O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para memória futura», Sub Judice 26, Crimes sexuais: o direito em acção, Outubro-Dezembro, 2003, p. 16.

3.4. A Diligência

Após ser proferido despacho que admita a produção de declarações para memória futura, este despacho deverá especificar o objecto da prova a produzir (que, em sede de inquérito será dentro do requerido), identificar quem deve estar presente, e designar dia, hora e local para a produção da prova.

Nos termos do disposto no artigo 271.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, este despacho será comunicado ao Ministério Público, ao arguido (quando constituído) e ao seu defensor, e aos advogados dos assistentes e das partes civis.

O acto deve ser obrigatoriamente reduzido a auto nos termos do disposto no artigo 275.º, n.º 2, do Código de Processo Penal.

Os depoimentos prestados em sede de tomada de declarações para memória futura são, nos termos do disposto no artigo 364.º do Código de Processo Penal, obrigatoriamente documentados através de registo áudio ou audiovisual. Encontra-se assim afastada a possibilidade de documentação por súmula das declarações para memória futura.

As nulidades e irregularidades ocorridas antes e durante a diligência são arguidas nos termos gerais.

3.4.1. A Inquirição

O formalismo da diligência é paralelo ao da audiência de julgamento. Porém, a inquirição é feita pelo Juiz.

Após a inquirição do Juiz, podem o Ministério Público, os advogados do assistente e das partes civis e o defensor, por esta ordem, formular directamente perguntas ao inquirido. É este o regime previsto no n.º 5, estabelecido pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, revogando o anterior, que apenas previa a formulação de perguntas através do Juiz, admitindo, embora, que o Juiz autorizasse a formulação de perguntas directamente.

A mesma regra está prevista para as vítimas de violência doméstica (artigo 33.º, n.º 3, da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro) e para as testemunhas especialmente vulneráveis, (artigos 26.º, n.º 1, e 27.º da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho).²⁶

António Gama critica esta solução, defendendo a aplicação à recolha de depoimento para memória futura dos artigos 346.º, n.º 1, e 347.º, n.º 1, e 349.º, disposições destinadas à fase de julgamento.

²⁶ António da Silva Henriques Gaspar, José António Henriques Dos Santos Cabral, Eduardo Maia Costa, António Jorge De Oliveira Mendes, António Pereira Madeira, António Pires Henriques Da Graça, «Código de Processo Penal Comentado», cit., p. 919.

«A nossa primeira perplexidade tem a ver com o n.º 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» (...). Passou-se de um contraditório mitigado, antes da Reforma, para um total e directo contraditório; antes os sujeitos processuais podiam «solicitar ao juiz a formulação de perguntas adicionais, podendo ele autorizar que sejam elas a fazê-las» artigo 271.º, n.º 3, da redação pré-vigente, agora «formulam perguntas adicionais». E se alguma dúvida restasse de que este regime se aplica, quer se esteja perante uma vítima testemunha, como uma vítima assistente ou parte civil, lá está o n.º 7 para afastar qualquer sombra, o disposto nos números anteriores é aplicável a declarações do assistente e das partes civis».²⁷

António Gama refere que «permite-se mais nas declarações para memória futura, do que o que está consagrado no artigo 346.º, n.º 1, para o julgamento, no caso de a vítima que presta declarações já ser assistente ou parte civil. Nas declarações para memória futura do artigo 271.º, n.º 5, como vimos, a inquirição é feita pelo juiz, podendo em seguida o Ministério Público, os advogados do assistente e das partes cíveis e o defensor, formular perguntas adicionais, perguntas directas, enquanto na audiência de julgamento, artigo 346.º, n.º 1 – declarações assistente – e artigo 347.º, n.º 1 – declarações da parte civil -, o Ministério Público, defensor ou os advogados das partes civis ou do assistente apenas podem solicitar ao juiz presidente que formule perguntas. A diferença não é só no modo de formulação de perguntas, directo ou indirecto, com ressonância a nível da imediação e oralidade do próprio contraditório, mas também quanto à ordem de intervenção dos sujeitos processuais nas perguntas»²⁸.

Este autor questiona o motivo pelo qual se foi mais longe na tomada de declarações para memória futura do que em sede de julgamento.

De referir que, esta questão também está presente nas situações da Lei de Protecção de Testemunhas (Lei n.º 93/99, de 14 de Julho).

Ora, esta lei remete no seu artigo 28.º, n.º 2, para o artigo 271.º do Código de Processo Penal. Contudo, a actual redacção desta norma acaba por conflitar com a finalidade da Lei de Protecção de Testemunhas.

António Gama conclui que se chegou «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 decisor prestar declarações, artigo 345.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal. Nem sequer se ressalvou, em sede do artigo 271.º o regime especial da inquirição das testemunhas menores de 16 anos, artigo 349.º, que comete ao «presidente» a

²⁷ António Gama, «Reforma do Código de Processo Penal: prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento», cit., pp. 405 e 406.

²⁸ Idem. p. 406.

tarefa de inquirir as testemunhas menores de 16 anos, atribuindo à partes o poder de pedir ao presidente que formule perguntas adicionais»²⁹.

A solução sugerida por António Gama para reequilibrar o modelo de inquirição passa por antecipar «*o figurino do julgamento. O legislador só podia ter dito menos do que aquilo que queria dizer no n.º 6 do artigo 271.º do Código de Processo Penal; quando diz «é correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 352.º, 356.º, 363.º e 364.º» esse inciso tem de ser lido e entendido não como um catálogo fechado, mas como um princípio de equiparação às regras aplicáveis em sede de produção de prova em audiência de julgamento, concretamente os artigos 346.º, 347.º e 349.º»³⁰.*

Maia Costa manifesta concordância com esta solução apresentada «*esta é inquestionavelmente a melhor solução, pois não tem sentido estabelecer um regime diferente para as declarações para memória futura, que constituem, como vimos, uma diligência antecipada do próprio julgamento»³¹.*

3.4.1.1. A Inquirição de Menor de 16 anos

No seguimento da crítica de António Gama à solução do artigo 271.º do Código de Processo Penal, Rui do Carmo defende a aplicação do inserto no artigo 349.º do Código de Processo Penal que dispõe que a testemunha menor de 16 anos é inquirida apenas pelo Juiz presidente, podendo de seguida os outros juízes, os jurados, o Ministério Público, o defensor e os advogados do assistente e das partes civis pedir ao presidente que formule perguntas adicionais. «*(...) não lhes é permitido o confronto directo com a testemunha, por exigências da sua protecção e também para garantir que o depoimento não é perturbado por atitudes no interrogatório que possam influenciar o relato da criança»³².*

3.4.2. O Ambiente Informal e Reservado

Nos casos previstos no artigo 271.º, n.º 4, do Código de Processo Penal a diligência de tomada de declarações para memória futura deverá ter lugar em «*ambiente informal e reservado*».

«A imposição do carácter «reservado» do acto significa que é vedado o acesso do público ao acto processual no caso em que o processo se encontre sob um regime de publicidade. Estabelece-se, pois, uma excepção à nova regra artigo 87.º, n.º 3, não se permitindo que a

²⁹ António Gama, «*Reforma do Código de Processo Penal: prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento*», cit., p. 407.

³⁰ Idem, pp. 408 e 409.

³¹ António da Silva Henriques Gaspar, José António Henriques Dos Santos Cabral, Eduardo Maia Costa, António Jorge De Oliveira Mendes, António Pereira Madeira, António Pires Henriques Da Graça, «*Código de Processo Penal Comentado*», cit., p. 919.

³² Rui do Carmo, «*Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*», cit., p. 135.

vítima consinta na realização à porta aberta da diligência de prestação de declarações para memória futura»³³.

Assim, e nas palavras de Rui do Carmo *«há que ter a preocupação, na actual situação, de minorar tanto quanto possível o impacto negativo do espaço e das condições logísticas da realização da inquirição sobre a criança e a qualidade do depoimento»³⁴.*

E esta preocupação será criada considerando a idade da criança e também o caso concreto. E face a estes, importa *«escolher o local do tribunal em que a criança possa ser mais bem acolhida e aquele em que a diligência se possa realizar nas melhores condições»³⁵.*

Para este acolhimento importa ainda o não uso de traje profissional por parte dos intervenientes por forma tirar algum peso formal à diligência.

3.4.3. O Técnico Especialmente Habilitado

Dispõe ainda o artigo 271.º, n.º 4, do Código de Processo Penal que na diligência de tomada de declarações para memória futura o menor deverá ser assistido por técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento.

Este técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento *«tem por funções preparar a criança para o contacto com o meio judicial, para que este adira sem constrangimento à diligência, acompanhá-la e dar-lhe o apoio necessário, mesmo depois de concluídas as declarações, para que a participação neste acto não lhe seja emocionalmente prejudicial»³⁶.*

A Convenção de Lanzarote de 2007 dispõe no seu artigo 35.º as medidas necessárias a adoptar para a audição de menores³⁷.

Paulo Pinto de Albuquerque, relativamente a este acompanhamento por técnico especialmente habilitado, refere que *«o menor deve, em princípio, ser assistido por um «técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento», salvo se ele não precisar dessa assistência, pois a imposição poderia até ser contraproducente e prejudicar a «espontaneidade e sinceridade das respostas»³⁸. Conclui que o «juiz deve atender à vontade do menor e afastar o técnico da diligência se o menor expressamente rejeitar a sua assistência»³⁹.*

³³ Paulo Pinto de Albuquerque, «Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem», cit., p. 703.

³⁴ Rui do Carmo, «Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual», cit., p. 133.

³⁵ Idem, p. 133.

³⁶ Idem, p. 134.

³⁷ Publicada em Diário da República, 1.ª Série – A, de 28.05.2012, que entrou em vigor em 01.12.2012.

³⁸ Paulo Pinto de Albuquerque, «Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem», cit., p. 703.

³⁹ Idem.

3.5. Leitura e Valorização das Declarações para Memória Futura em Julgamento

3.5.1. Da Valoração

A prova antecipada produzida pode e deve ser valorada nas fases preliminares do processo, ou seja, as declarações para memória futura poderão ser valoradas em sede inquérito ou em sede instrução, para os mais diversos fins, nomeadamente para a aplicação de medidas de coacção, despacho de acusação ou de arquivamento, suspensão provisória do processo, decisão instrutória.

Na verdade, a prova antecipada é produzida, nos termos do disposto no artigo 271.º, n.º 1, do Código de Processo Penal para que «*possa, se necessário, ser tomado em conta em julgamento*».

3.5.2. Da Leitura

Para a prova ser valorada coloca(va)-se a questão relativamente à leitura (à sua necessidade) em sede de julgamento.

Foi, pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 8/2017⁴⁰, apreciada esta questão, no sentido de saber se nos termos do disposto nos artigos 355.º e 356.º, n.º 2, al. a), do Código de Processo Penal, as declarações para memória futura, tomadas nos termos do disposto no artigo 271.º do Código de Processo Penal, têm de ser lidas em audiência de julgamento para que os depoimentos possam ser tomados em conta e valorados como meio de prova para a formação da convicção do Tribunal.

Resumidamente, o acórdão, refere que em julgamento, o princípio do contraditório, se manifesta com o direito de, perante o Juiz que vai decidir a causa, haver a possibilidade de contrariar toda a prova existente, apresentando outros elementos probatórios, descredibilizando o declarante que depôs para memória futura, em fase de inquérito ou instrução, através de outros depoimentos ou através de outros elementos de prova.

Assim, e porque os depoimentos para memória futura, não são excluídos do contraditório em julgamento, uma vez que podem ser apresentadas testemunhas ou outras provas para contradizer o que ali foi declarado.

Conclui o acórdão que a tomada de declarações para memória futura, nos termos do disposto nos artigos 271.º e 294.º do Código de Processo Penal, se configura como uma antecipação parcial da audiência, sabendo os intervenientes processuais que aquele meio de prova poderá ser utilizado pelo Tribunal para formar a sua convicção, pelo que não se revela obrigatória a leitura, em julgamento, dessas declarações.

⁴⁰ Publicado em Diário da República, 1.ª Série, n.º 224, de 21 de Novembro de 2017.

E, tal leitura não é imposta pelas disposições conjugadas dos artigos 355.º, n.ºs 1 e 2, e 356.º, n.º 2, al. a), do Código de Processo Penal, nem pelos princípios que enformam o processo penal português, inexistindo qualquer ofensa a norma ou princípio constitucional.

Contudo, tal não obsta à leitura das declarações para memória futura em audiência de julgamento, a qual pode ser requerida por qualquer interveniente processual, se o entender adequado, ou ser determinada oficiosamente pelo Tribunal, por decisão fundamentada, seja no sentido de deferir ou determinar a leitura das declarações, seja no sentido de indeferir a leitura das mesmas, decisão que poderá ser sindicada em sede de recurso.

A decisão de deferir ou indeferir o requerimento de audição do declarante em julgamento ou de determinar oficiosamente a audição do declarante, também tem que ser devidamente fundamentada.

Neste sentido, foi fixada jurisprudência no sentido de que *«as declarações para memória futura, prestadas nos termos do artigo 271.º do Código de Processo Penal, não têm de ser obrigatoriamente lidas em audiência de julgamento para que possam ser tomadas em conta e constituir prova validamente utilizável para a formação da convicção do tribunal, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 355.º e 356.º, n.º 2, alínea a), do mesmo Código»*.

3.6. A Repetição da Prova em Julgamento

Nos termos do disposto no artigo 271.º, n.º 8, do Código de Processo Penal, a tomada de declarações para memória futura *«não prejudica a prestação do 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»*.

Resulta assim que a tomada de declarações para memória futura, em fase de inquérito ou em fase de instrução, não prejudica a prestação do depoimento em audiência de julgamento.

Pode acontecer que a situação de doença grave que justificou a tomada de declarações para memória futura tenha evoluído favoravelmente, ou que o declarante tenha, entretanto, regressado ao território nacional, ou até por excepcionalmente, se revelar absolutamente necessária a reinquirição da vítima de crimes do catálogo.

Se assim for, para esta repetição, tal deverá ser requerido por quem tenha interesse, que deverá indicar a razão ou as razões da necessidade da repetição do depoimento. Estas razões devem ser suficientemente concretizadas, não bastando a simples invocação genérica do disposto no artigo 340.º do Código de Processo Penal.

Acresce que, para além de necessária e possível, a repetição não pode colocar em causa a saúde física ou psíquica da pessoa que o deva prestar. Assim, poderá, caso necessário, ser ordenada a realização de prova pericial.

Paulo Pinto Albuquerque refere que no caso de doença grave ou de vítima de crimes de catálogo, a repetição deve ser encarada «*em casos excepcionais, em face da ratio protectora da diligência de declarações para memória futura da pessoa que o deva prestar*»⁴¹.

Nestes casos, de necessidade de repetição, ocorre como que uma inutilidade superveniente das declarações para memória futura anteriormente prestadas, devendo a testemunha ser convocada para prestar o seu depoimento em audiência de julgamento. E, conseqüentemente deve equiparar-se à situação que ocorre no caso da admissão da leitura não ser autorizada por desnecessária.

No entanto, as declarações para memória futura anteriormente prestadas poderão ser utilizadas quando a testemunha incorrer em contradições ou discrepâncias ou para reavivar a sua memória, nos termos do disposto no artigo 356.º, n.º 3, als. a) e b), do Código de Processo Penal.

IV. Referências Bibliográficas

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, páginas 699 a 705;
- BUCHO, Cruz, Declarações para memória futura (elementos de estudo), Tribunal da Relação de Guimarães, 2012, Retirado de:
https://www.trg.pt/ficheiros/estudos/declaracoes_para_memoria_futura.pdf
- CARMO, Rui do, Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual, Revista do Ministério Público, n.º 134, Ano 34 – Abril-Julho, 2013, páginas 117 e 147;
- 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;
- GASPAR, António da Silva Henriques, CABRAL, José António Henriques dos Santos, COSTA, Eduardo Maia, MENDES, António Jorge de Oliveira, MADEIRA, António Pereira, GRAÇA, António Pires Henriques da, Código de Processo Penal Comentado, Almedina, 2016, 2.ª Edição Revista, páginas 916 a 921;
- GAMA, António, Reforma do Código de Processo Penal: Prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 19, 2009, páginas 391 a 420;
- 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, páginas 13 a 19;

⁴¹ Paulo Pinto de Albuquerque, «Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem», cit., p. 688.

- MALAFAIA, Joaquim, O Acusatório e o Contraditório nas Declarações Prestadas nos Actos de Instrução e nas Declarações para Memória Futura, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 14, 2004, páginas 509 a 539;
- NUNES, Pedro Jorge Fernandes, Depoimentos para Memória Futura: Conteúdo Dogmático e Aplicação Prática, Lisboa, Universidade Autónoma, Dissertação para obtenção de grau de mestre em Direito, 2014, texto gentilmente cedido pelo autor;
- REIS, Alberto dos, Código de Processo Civil Anotado, vol. III, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 1981, página 336;
- RIBEIRO, Vinício A.P., Código de Processo Penal, Notas e Comentários, Coimbra Editora, 2.ª Edição, 2011, páginas 722 a 726;
- SENANE, Vânia Filipa Alho Paradinha, Abuso Sexual de Menores: As Declarações para Memória Futura, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, Coimbra, 2016, Retirado de:
<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/35066/1/Abuso%20sexual%20de%20menores.pdf>
- SILVA, Júlio Barbosa e, «Por Quem os Sinos Dobram» As Declarações para Memória Futura, a sua (des)necessidade no âmbito da Lei Tutelar Educativa e o Contraditório no âmbito da Jurisprudência Nacional e do TEDH, Coimbra Editora, Julgar, n.º 19, 2013;
- VEIGA, António Miguel, Notas sobre o âmbito e a natureza dos depoimentos (ou declarações) para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais (ou da razão de ser de uma aparente "insensibilidade judicial" em sede de audiência de julgamento), Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 19, 2009, páginas 101 a 134.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

6. DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA

Enquadramento jurídico, prática e gestão
processual

Trabalho de grupo



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

6. TRABALHO DE GRUPO

Joana Gouveia
Juliana Barros
Marta Ferreira
Sara Cravo
Susana Jóia



Sumário

- ✓ Enquadramento Jurídico;
- ✓ Os Fundamentos das Declarações para memória futura fora do Código de Processo Penal;
- ✓ Traços gerais do procedimento e da realização da diligência;
- ✓ A questão particular das declarações para memória futura prévias à constituição de arguido;
- ✓ Leitura e Valoração das declarações para memória futura em audiência de julgamento;
- ✓ Prática e Gestão Processual;
- ✓ A articulação entre o Magistrado do Ministério Público titular do Inquérito e o Magistrado junto do Juízo de Família e Menores;
- ✓ As declarações para memória futura e o Processo Tutelar Educativo.

Enquadramento Jurídico

Natureza das Declarações para Memória Futura

Regime Jurídico - Evolução Legislativa

Objecto das Declarações para Memória Futura

Finalidades das Declarações para Memória Futura

Pressupostos das Declarações para Memória Futura:

- A doença grave;
- A deslocação para o estrangeiro;
- A vítima de crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual;



Natureza das Declarações para Memória Futura

O regime das declarações para memória futura representa uma antecipação da produção de prova em audiência de julgamento e como tal, uma excepção ao previsto no artigo 355.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, segundo o qual para a formação da convicção do tribunal em julgamento não valem quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência de julgamento.

A leitura das declarações prestadas em memória futura em audiência de julgamento encontra-se prevista no artigo 356.º, n.ºs 1, alínea b), e 2, alínea a), do Código de Processo Penal, por remissão do artigo 355.º, n.º 2, do referido diploma legal.

Regime Jurídico - Evolução Legislativa

- **Artigos 520.º e 521.º do Código de Processo Civil** por referência do artigo 1.º do Código de Processo Penal aprovado pelo Decreto n.º 16:489. de 15 de Fevereiro de 1929
- **Decreto – Lei n.º 605/75, de 3 de Novembro**

"Artigo 15.º

1. Havendo **justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil** o depoimento de certas pessoas, poderá o mesmo, a requerimento das partes ou por iniciativa do tribunal, **ser produzido antecipadamente** logo após se ter deduzido a acusação ou requerido o julgamento.
2. O requerimento para produção antecipada de prova deverá ser formulado, quando possível, na dedução da acusação ou no requerimento para julgamento".

Regime Jurídico - Evolução Legislativa

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

"Artigo 271.º do Código de Processo Penal

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"

Regime Jurídico - Evolução Legislativa

- Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto

"Artigo 271.º do Código de Processo Penal

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.
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"

Regime Jurídico - Evolução Legislativa

- Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto

"Artigo 271.º do Código de Processo Penal

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.**"

Regime Jurídico - Evolução Legislativa

As alterações no regime das declarações para memória futura insidiram:

- ✓ âmbito de aplicação;
- ✓ obrigatoriedade da sua realização;
- ✓ participação dos sujeitos processuais na diligência;
- ✓ condições da sua realização;
- ✓ regras da prestação de declarações;
- ✓ documentação da diligência;
- ✓ renovação de depoimento em julgamento.

Objecto das Declarações para Memória Futura

Actos processuais compreendidos nas declarações para memória futura:

- ✓ a inquirição de testemunha;
- ✓ a tomada de declarações ao assistente;
- ✓ a tomada de declarações às partes civis;
- ✓ a tomada de declarações ao perito ou consultor técnico;
- ✓ acareações entre testemunhas, assistentes ou partes civis;

E quanto ao reconhecimento e à reconstituição do facto previstos, respectivamente, nos artigos 147.º e seguintes e artigo 150.º do Código de Processo Penal?

Finalidades das Declarações para Memória Futura

Artigo 271.º, n.º 1, do Código de Processo Penal

"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."

Finalidades das Declarações para Memória Futura

O recurso às declarações para memória futura prende-se por duas ordens de razões:

- ✓ a previsível impossibilidade de comparência à audiência de discussão e julgamento originada por doença grave ou deslocação para o estrangeiro;
- ✓ a especial vulnerabilidade das vítimas em determinados tipos de crime, em particular, o crime de tráfico de pessoas e os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual;

em todas as situações está subjacente o propósito de evitar que a obtenção de determinada prova necessária para o apuramento da verdade se torne impossível, todavia, no que concerne às vítimas vulneráveis tem-se também por escopo garantir a sua protecção e a genuinidade das suas declarações.

Pressupostos das Declarações para Memória Futura

Doença Grave

"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."

Paulo Pinto de Albuquerque
(Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, Lisboa – 2008, p. 684)

Doença:

- ✓ Física ou psíquica;
- ✓ Grave;
- ✓ Actual.

Pressupostos das Declarações para Memória Futura

Deslocação para o estrangeiro

- Por tempo indeterminado;
- Por tempo superior ao previsível para a realização do julgamento;

Pressupostos das Declarações para Memória Futura

Vítima de crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual

"tal tipo de procedimento é, até, aconselhável como regra, tendo em conta a extrema mobilidade das vítimas (que não raro pretendem, pós eclosão do processo, mudar de paradeiro e sumirem-se do alcance dos exploradores) e, também, a sua tendencial volubilidade face a pressões."

Euclides Dâmaso Simões

(Tráfico de Seres Humanos: Prevenção e Repressão à luz do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo, Revista Julgar, 2009, p. 11)

"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 aquando 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."

Sandra Oliveira e Silva

(Protecção de Testemunhas no Processo Penal, Coimbra Editora, 2007, p. 111 e 112)

O caso particular da vítima menor de crime contra a liberdade e a autodeterminação sexual

O artigo 271º, n.º2 do CPP

- A Introdução da norma com a Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto
- A obrigatoriedade
- A preterição
- Os fundamentos

"A Intensidade do Impacto psicológico que o processo penal e a colaboração com a justiça na descoberta da verdade implica é proporcional à vulnerabilidade e fragilidade da vítima"

Catarina Ribeiro

(A Criança na Justiça – Trajectórias e Significados do Processo Judicial de Crianças Vítimas de Abuso Sexual Intrafamiliar, Coimbra, Almedina, 2009)



Os Fundamentos das Declarações para Memória Futura fora do Código de Processo Penal

A Lei de Protecção de Testemunhas
Lei n.º 93/99, de 14 de Julho

O Regime Jurídico aplicável à prevenção da Violência Doméstica e protecção das suas vítimas
Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro

O Estatuto da Vítima
Lei n.º 130/2015, de 4 de Setembro

A Lei de Protecção de Testemunhas

Lei n.º 93/99, de 14 de Julho

Artigo 28.º

Intervenção no inquérito

1 - Durante o inquérito, o depoimento ou as declarações da testemunha especialmente vulnerável deverão ter lugar **o mais brevemente possível após a ocorrência do crime**.

2 - Sempre que possível, deverá ser evitada a repetição da audição da testemunha especialmente vulnerável durante o inquérito, podendo ainda ser requerido o registo **nos termos do artigo 271.º do Código de Processo Penal**.

Artigo 26.º

Testemunhas especialmente vulneráveis

2 - A **especial vulnerabilidade da testemunha** pode resultar, nomeadamente, da sua diminuta ou avançada idade, do seu estado de saúde ou do facto de ter de depor ou prestar declarações contra pessoa da própria família ou de grupo social fechado em que esteja inserida numa condição de subordinação ou dependência.

A Lei de Protecção de Testemunhas

Lei n.º 93/99, de 14 de Julho

- ✓ Abrange qualquer tipo legal de crime
- ✓ O conceito de especial vulnerabilidade da testemunha
- ✓ Regime aplicável
- ✓ O momento da realização da diligência
- ✓ Outras medidas de protecção

O Regime Jurídico aplicável à prevenção da Violência Doméstica, à protecção e assistência das suas vítimas

Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro

Artigo 33.º

Declarações para memória futura

1 - O juiz, **a requerimento da vítima** ou do Ministério Público, pode proceder à inquirição daquela no decurso do inquérito, **a fim de que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento.**

Artigo 16.º

Direito à audição e apresentação de provas

2 - As autoridades apenas devem inquirir a vítima **na medida do necessário** para os fins do processo penal.

O Regime Jurídico aplicável à prevenção da Violência Doméstica, à protecção e assistência das suas vítimas

Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro

- ✓ Os fundamentos
- ✓ A legitimidade da vítima
- ✓ O critério

" O critério há-de resultar de uma ponderação entre o interesse da vítima de não ser inquirida senão na medida do estritamente indispensável à consecução das finalidades do processo e o interesse da comunidade na descoberta da verdade e na realização da justiça"

(Acórdão da Relação de Lisboa de 11-01-2012, proferido no processo n.º 689/11.5P8PDL)

- ✓ O problema da recusa da vítima em depor nos termos do artigo 134º em face da leitura conjugada dos artigos 271º, n.º8 e 356º, n.º6 do CPP
- ✓ A actualidade da problemática e as tentativas de solução

O Estatuto da Vítima

Lei n.º 130/2015, de 4 de Setembro

Artigo 21.º

Direitos das vítimas especialmente vulneráveis

2 - As medidas especiais de protecção referidas no número anterior são as seguintes: (...)

d) Prestação de **declarações para memória futura**, nos termos previstos no artigo 24.º.

Artigo 24.º

Declarações para memória futura

1 - O juiz, **a requerimento da vítima especialmente vulnerável** ou do Ministério Público, pode proceder à inquirição daquela no decurso do inquérito, a fim de que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento, nos termos e para os efeitos previstos no **artigo 271.º do Código de Processo Penal**.

A questão particular das declarações para memória futura prévias à constituição de arguido

✓ A tensão entre o respeito pelo princípio do contraditório pleno e os interesses da realização da justiça e descoberta da verdade material

✓ Duas teses:

1. contra a tomada de declarações para memória futura antes da constituição de arguido

(Damião da Cunha; Mouraz Lopes; Joaquim Malafala; Acórdão da Relação de Évora de 29/03/2005, relator José Magalhães; Acórdão da Relação do Porto de 18/04/2001, relator Manso Rainho);

2. a favor da tomada de declarações para memória futura antes da constituição de arguido

(Paulo Pinto Albuquerque; António Gama; Cruz Bucha; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25/03/2009, relator Fernando Fróis; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 4/05/2017, relator Abrunhosa de Carvalho);

Leitura e Valoração das declarações para memória futura em audiência de julgamento

Artigo 355.º do Código de Processo Penal

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.

Artigo 356.º do Código de Processo Penal

Reprodução ou leitura permitidas de autos e declarações

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 [...]

Leitura e Valoração das declarações para memória futura em audiência de julgamento

Duas teses:

1. as declarações para memória futura, para que possam ser valoradas pelo Tribunal, têm que ser efectivamente lidas em audiência de julgamento

(António Miguel Veiga; António Gama; Cruz Bucho; Germano Marques da Silva; Joaquim Malafoia; José Damião da Cunha; Paulo Dá Mesquita; Sandra Oliveira e Silva e, a título exemplificativo, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 22/09/2005, 9/05/2007 e 17/05/2007);

2. a leitura e reprodução em audiência das declarações prestadas para memória futura não é absolutamente indispensável para que possam ser consideradas válidas e valoradas pelo Tribunal, desde que aquelas tenham sido prestadas com respeito pela estrutura acusatória do processo, pelo princípio do contraditório e da Imediação da prova

(Maia Costa; Oliveira Mendes; Fernando Gama Lobo e, a título exemplificativo, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 367/2014).

Leitura e Valoração das declarações para memória futura em audiência de julgamento

Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 8/2017, datado de 11 de Outubro de 2017:

"As declarações para memória futura, prestadas nos termos do art. 271.º, do CPP, não têm de ser obrigatoriamente lidas em audiência de julgamento para que possam ser tomadas em conta e constituir prova validamente utilizável para a formação da convicção do tribunal, nos termos das disposições conjugadas dos arts. 355.º e 356.º, n.º 2, al. a), do mesmo Código".



Prática e Gestão Processual

O Ministério Público e a direcção efectiva do inquérito – artigo 263.º do Código de Processo Penal:

- ✓ As situações de obrigatoriedade de tomada de declarações para memória futura – e as consequências inerentes à sua omissão;
- ✓ As situações em que é conveniente a tomada de declarações para memória futura;
- ✓ O momento em que devem ser tomadas as declarações para memória futura;
- ✓ A repetição da prova produzida em sede de audiência de discussão e julgamento.

O Requerimento do Ministério Público

- ✓ O momento em que devem ser tomadas as declarações para memória futura:
 - A ausência de previsão legal geral;
 - A previsão do artigo 28.º da Lei de Protecção de Testemunhas.
- ✓ Ausência de formalidades legais para o requerimento a apresentar pelos sujeitos processuais com legitimidade para o efeito:
 - A indicação da prova a produzir;
 - O motivo da sua relevância;
 - Razões justificativas da antecipação.

A Diligência

- ✓ Quem pode requerer a tomada de declarações para memória futura – Código de Processo Penal, Regime Jurídico da Violência Doméstica e Estatuto da Vítima;
- ✓ A necessária presença do Ministério Público e do defensor – exercício do contraditório;
- ✓ A possibilidade de afastamento do arguido;
- ✓ A documentação da diligência.

O caso particular das vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores de idade

Artigo 271.º, n.º 4 do Código de Processo Penal

"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."

- O ambiente informal e reservado;
- Da necessidade de acompanhamento por técnico especialmente habilitado para acompanhar a vítima;
- A recusa em depor por parte do menor – artigo 134.º do Código de Processo Penal.



- ✓ Ao Ministério Público, enquanto magistratura legal e constitucionalmente encarregada de exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e estatutariamente vocacionada para a protecção dos interesses das Crianças e Jovens, incumbe, não raras vezes, um papel especialmente delicado quando a vítima se trata de uma Criança ou de um Jovem.
- ✓ Há assim que levar a cabo os interesses da justiça e descoberta da verdade material por um lado e, por outro, proteger e promover os direitos das Crianças e Jovens.

Circular n.º 3/06 de 2006.03.20 da Procuradora-Geral da República

«4. (...) necessária articulação que deverá existir entre os Magistrados que zelam pela protecção das crianças e jovens e aqueles a quem incumbe a investigação de crimes que estejam na origem das medidas protectoras. Nestas situações, o Magistrado interlocutor das CPCJ deve interagir com o Magistrado titular do inquérito, tendo em vista a adequação das medidas de protecção, face à situação processual do arguido.»

«5.4. Nos casos em que se justifique a instauração de processo crime por parte do Ministério Público, o Magistrado interlocutor da CPCJ deve interagir com o Magistrado titular do inquérito, tendo em vista avaliar a adequação das medidas de protecção, tendo em conta a situação processual do arguido.»

Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, assinada em Lanzarote em 25 de Outubro de 2007 (Resolução da Assembleia da República n.º 75/2012, de 28 de Maio)

Artigo 35.º

Audição da Criança

1 - Cada Parte toma as necessárias medidas legislativas ou outras para garantir que:

- a) As audições da criança tenham lugar sem atrasos injustificados após a denúncia dos factos às autoridades competentes;
- b) As audições da criança tenham lugar, sempre que necessário, em instalações adequadas ou adaptadas para esse efeito;
- c) As audições da criança sejam efectuadas por profissionais com formação adequada a esse fim;
- d) Se possível e apropriado, as audições da criança sejam efectuadas pelas mesmas pessoas;
- e) O número de audições seja limitado ao mínimo e na estrita medida do necessário à evolução do processo;
- f) A criança possa fazer-se acompanhar do seu representante legal ou, se apropriado, por um adulto da sua escolha, salvo decisão razoável em contrário no que se refere a tal pessoa.

2 - Cada Parte toma as necessárias medidas legislativas ou outras para garantir que todas as audições da vítima ou, se apropriado, com uma criança na qualidade de testemunha possam ser gravadas em vídeo e que as audições assim registadas possam ser aceites em tribunal como elementos de prova, segundo as regras previstas no seu direito interno.

3 - Sempre que haja incerteza quanto à idade da vítima e existam razões para crer que se trata de uma criança, são aplicáveis as medidas previstas nos n.ºs 1 e 2 até confirmação da sua idade.

Regime Geral do Processo Tutelar Cível (Lei n.º 141/2015, de 08 de Setembro)

Artigo 4.º Princípios orientadores

- 1 - Os processos tutelares cíveis regulados no RGPTC regem-se pelos princípios orientadores de intervenção estabelecidos na lei de protecção de crianças e jovens em perigo e ainda pelos seguintes:
- a) Simplificação instrutória e oralidade - a instrução do processo recorre preferencialmente a formas e a actos processuais simplificados, nomeadamente, no que concerne à audição da criança que deve decorrer de forma compreensível, ao depoimento dos pais, familiares ou outras pessoas de especial referência afectiva para a criança, e às declarações da assessoria técnica, prestados oralmente e documentados em auto;
 - b) Consensualização - os conflitos familiares são preferencialmente dirimidos por via do consenso, com recurso a audição técnica especializada e ou à mediação, e, excepcionalmente, relatados por escrito;
 - c) Audição e participação da criança - a criança, com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é sempre ouvida sobre as decisões que lhe digam respeito, preferencialmente com o apoio da assessoria técnica ao tribunal, sendo garantido, salvo recusa fundamentada do juiz, o acompanhamento por adulto da sua escolha sempre que nisso manifeste interesse.
- 2 - Para efeitos do disposto na alínea c) do número anterior, o juiz afere, cosuisticamente e por despacho, a capacidade de compreensão dos assuntos em discussão pela criança, podendo para o efeito recorrer ao apoio da assessoria técnica.

Artigo 5.º Audição da Criança

- 1 - A criança tem direito a ser ouvida, sendo a sua opinião tida em consideração pelas autoridades judiciais na determinação do seu superior interesse.
- 2 - Para efeitos do disposto no número anterior, o juiz promove a audição da criança, a qual pode ter lugar em diligência judicial especialmente agendada para o efeito.
- 3 - A audição da criança é precedida da prestação de informação clara sobre o significado e alcance da mesma.
- 4 - A audição da criança respeita a sua específica condição, garantindo-se, em qualquer caso, a existência de condições adequadas para o efeito, designadamente:
- a) A não sujeição da criança a espaço ou ambiente intimidatório, hostil ou inadequado à sua idade, maturidade e características pessoais;
 - b) A intervenção de operadores judiciais com formação adequada.
- 5 - Tendo em vista o cumprimento do disposto no número anterior, privilegia-se a não utilização de traje profissional aquando da audição da criança.
- 6 - Sempre que o interesse da criança o justificar, o tribunal, a requerimento ou oficiosamente, pode proceder à audição da criança, em qualquer fase do processo, a fim de que o seu depoimento possa ser considerado como meio probatório nos actos processuais posteriores, incluindo o julgamento.
- 7 - A tomada de declarações obedece às seguintes regras:
- a) A tomada de declarações é realizada em ambiente informal e reservado, com vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e a sinceridade das respostas, devendo a criança ser assistida no decurso do ato processual por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito;
 - b) A Inquirição é feita pelo juiz, podendo o Ministério Público e os advogados formular perguntas adicionais;
 - c) As declarações da criança são gravadas mediante registo áudio ou audiovisual, só podendo ser utilizados outros meios técnicos idóneos a assegurar a reprodução integral daquelas quando aqueles meios não estiverem disponíveis e dando-se preferência, em qualquer caso, a gravação audiovisual sempre que a natureza do assunto a decidir ou o interesse da criança assim o exigirem;
 - d) Quando em processo-crime a criança tenha prestado declarações para memória futura, podem estas ser consideradas como meio probatório no processo tutelar cível;
 - e) Quando em processo de natureza cível a criança tenha prestado declarações perante o juiz ou Ministério Público, com observância do princípio do contraditório, podem estas ser consideradas como meio probatório no processo tutelar cível;
 - f) A tomada de declarações nos termos das alíneas anteriores não prejudica a prestação de depoimento em audiência de julgamento, sempre que ela deva ser possível e não puser em causa a saúde física e psíquica e o desenvolvimento integral da criança;
 - g) Em tudo o que não contrarie este preceito, aplica-se, com as necessárias adaptações, o regime processual civil previsto para a prova antecipada.

Lei De Protecção De Crianças E Jovens Em Perigo (Lei n.º 147/99, de 01 de Setembro)

Artigo 84.º

Audição da Criança e do Jovem

As crianças e os jovens são ouvidos pela comissão de protecção ou pelo juiz sobre as situações que deram origem à intervenção e relativamente à aplicação, revisão ou cessação de medidas de promoção e protecção, nos termos previstos nos artigos 4.º e 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de Setembro.

Tem o Ministério Público especial responsabilidade na harmonização das intervenções à luz do denominador comum do superior interesse das Crianças e Jovens.

Foram assim já elaborados vários instrumentos hierárquicos no sentido de agilizar a actuação do Ministério Público:

✓ **“Directiva Conjunta” do Procurador-Geral da República e do Presidente da Comissão Nacional de Protecção das Crianças e Jovens em Risco**, de 23 de Junho de 2009, sobre a *«uniformização de procedimentos funcionais entre os magistrados do Ministério Público interlocutores e as CPCJ»*;

✓ **Despacho n.º 3/2012, de 08/02/2012:**

✓ **Instrução n.º 1/2016, de 29/02/2016**, do então Procurador-Geral Distrital de Coimbra, que veiculou uma série de boas práticas para a intervenção articulada nos casos de abusos sexuais de menores, incidindo na questão da comunicabilidade entre o Magistrado titular do inquérito e o Magistrado que representa o Ministério Público no processo judicial ou que é interlocutor da C.P.C.J. por forma a acautelar o superior interesse da Criança vítima, evitando duplicação de diligências e a consequente vitimização secundária, potenciando a eficiência de ambos os procedimentos, aproveitando as diligências realizadas em cada um deles, evitando-se repetições inúteis.





As Declarações para Memória Futura e o Processo Tutelar Educativo

- ✓ A (des)necessidade da realização da diligência de declarações para memória futura no âmbito do Processo Tutelar Educativo.
- ✓ A utilização e o aproveitamento das declarações da vítima obtidas em Processo Penal no Processo Tutelar Educativo.

A (des)necessidade da realização da diligência de declarações para memória futura no âmbito do Processo Tutelar Educativo

- ✓ O disposto no artigo 271.º do Código de Processo Penal não tem aplicação subsidiária no domínio do Processo Tutelar Educativo, face ao regime consagrado e às particularidades da Lei Tutelar Educativa.

A Lei Tutelar Educativa (Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro)

Artigo 66.º

Declarações e Inquirições

- 1 - Os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto do menor prestam declarações, mas não são ajuramentados.
- 2 - A Inquirição sobre factos relativos à personalidade e ao carácter do menor, bem como às suas condições pessoais e à sua conduta anterior e posterior, é permitida, quer para prova do facto quer para avaliação da necessidade de medida tutelar e determinação da medida a aplicar.
- 3 - Quando tenham idade inferior a 16 anos, o ofendido e as testemunhas são inquiridos pela autoridade judiciária.
- 4 - O ofendido é inquirido quando a autoridade judiciária, oficiosamente ou a requerimento, o entender conveniente para a boa decisão da causa.

Artigo 106.º

Leitura de Autos

- 1 - Sem prejuízo do disposto no número seguinte, é permitida a leitura em audiência de autos de qualquer das fases do processo tutelar que não contenham declarações do menor, seus pais, representante legal ou quem tenha a sua guarda de facto.
- 2 - A leitura de declarações anteriormente prestadas pelo menor, pelos pais ou representante legal ou por quem tenha a sua guarda de facto é permitida:
 - a) A pedido dos próprios ou, se não houver oposição, independentemente da entidade perante a qual tenham sido prestadas;
 - b) Quando tenham sido prestadas perante a autoridade judiciária.



Permite a leitura em audiência de autos de qualquer das fases do processo tutelar que não contenham declarações do menor, seus pais, representante legal ou quem tenha a sua guarda de facto, possibilitando que as declarações prestadas por qualquer testemunha em sentido amplo, mesmo perante órgão de polícia criminal, possam ser sempre lidas e tidas em conta na formação da convicção do Juiz.

Artigo 128.º**Direito subsidiário e casos omissos**

- 1 - Aplica-se subsidiariamente às disposições deste título o Código de Processo Penal.
- 2 - Nos casos omissos observam-se as normas do processo civil que se harmonizem com o processo tutelar.

- ✓ O entendimento de que o artigo 128.º da Lei Tutelar Educativa poderia reclamar a aplicação subsidiária do artigo 271.º do Código de Processo Penal não será um argumento válido, uma vez que aquela Lei estabelece um regime particular de tomada de declarações à vítima, especialmente da vítima que tenha idade inferior a 16 (dezasseis) anos, a fim de evitar a sua futura reinquirição, com o objectivo de proteger os seus interesses, pelo que não haverá necessidade de recorrer à norma de aplicação subsidiária.

- ✓ No entanto, diferente foi o entendimento do Tribunal da Relação de Lisboa de 30/06/2011, no âmbito do processo n.º 4752/10.1T3AMD-A.L1-9, que considerou que o artigo 271.º do Código de Processo Penal, por força do artigo 128.º, n.º1 da Lei Tutelar Educativa é subsidiariamente aplicável ao inquérito tutelar educativo, devendo a vítima menor ser ouvida pelo juiz nesta fase processual.

- ✓ Todavia, na sua fundamentação, parece esquecer por completo, o regime especial do artigo 106.º da Lei Tutelar Educativa.

A utilização e o aproveitamento das declarações da vítima obtidas em Processo Penal no Processo Tutelar Educativo quando houve lugar à separação de processos no caso de co-autores, uns com idade inferior a 16 (dezasseis) anos e outros já imputáveis em razão da idade

- ✓ Nada obsta ao aproveitamento das declarações da vítima prestadas no Processo Penal, no Processo Tutelar Educativo.
- ✓ Estas declarações podem ser produzidas, discutidas e valoradas em sede de Processo Tutelar Educativo, possibilitando atingir as finalidades de protecção da vítima e permitindo que sejam prosseguidas as finalidades primordiais do Processo Tutelar Educativo que visam a necessidade de educação do Jovem para o direito.
- ✓ Neste sentido o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07,02,2012 proferido no âmbito do Processo n.º 3610/10.4TAALM.L1-5.

«(...) IIº Em processo tutelar educativo, é de admitir a junção de certidão do auto de declarações de testemunha (menor vítima de crime contra a liberdade e auto-determinação sexual), prestadas para memória futura em processo-crime instaurado pelos mesmos factos, mesmo não tendo intervindo nesse processo o menor/arguido do processo tutelar, nem o seu defensor;

IIIº Não estando a defesa do menor/arguido, impedida de indicar outra prova que contradite aquelas declarações, de confrontar o menor com as mesmas, ou de as discutir em contra-argumentação, com a sua produção em audiência não são afectadas as exigências de contraditório e de possibilidade de defesa; (...))»

Muito obrigada pela atenção dispensada.

33.º Curso de Formação de Magistrados dos Tribunais Judiciais

Auditoras de Justiça:

Joana Gouveia

Juliana Barros

Marta Ferreira

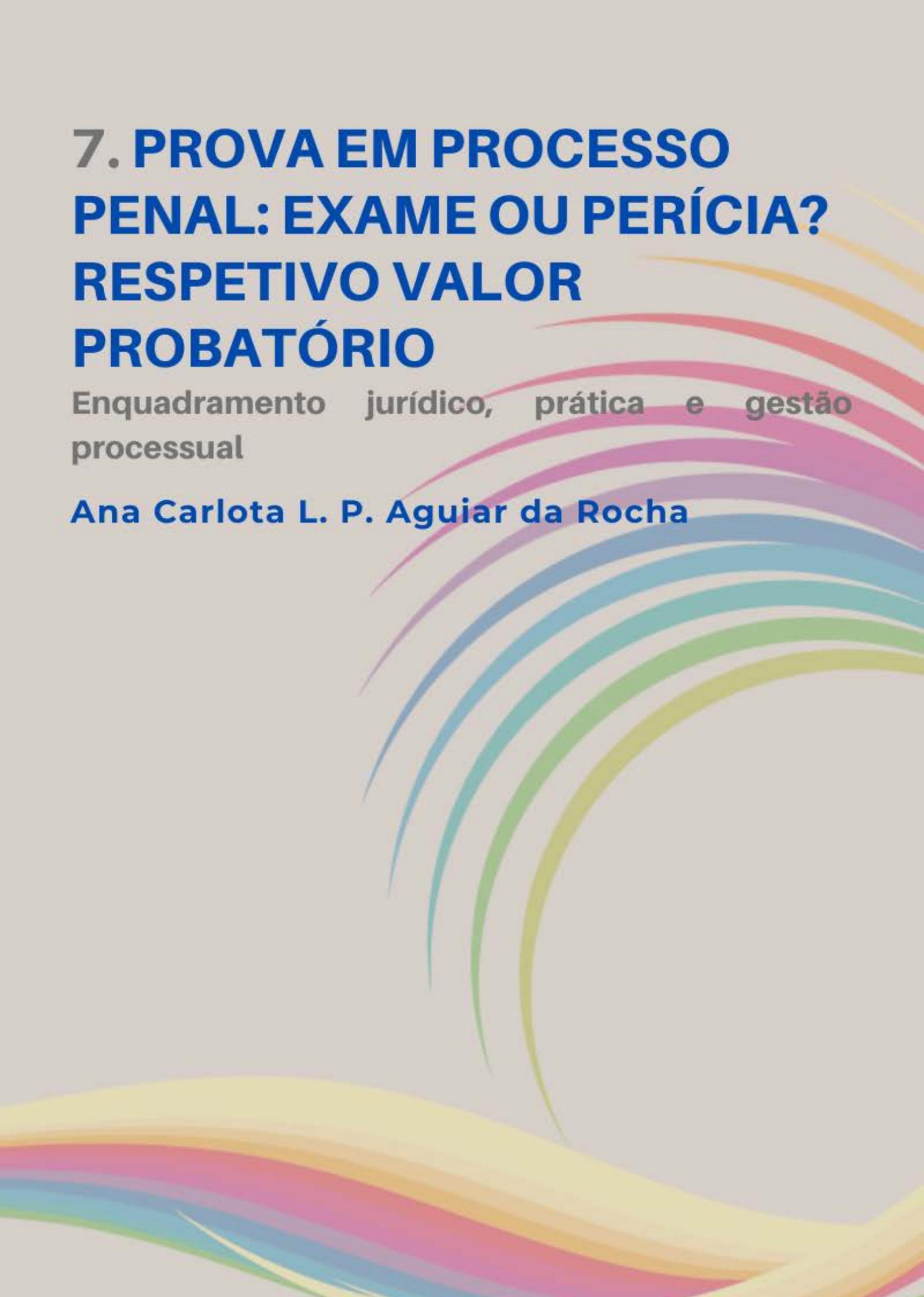
Sara Cravo

Susana Jóia

7. PROVA EM PROCESSO PENAL: EXAME OU PERÍCIA? RESPECTIVO VALOR PROBATÓRIO

Enquadramento jurídico, prática e gestão processual

Ana Carlota L. P. Aguiar da Rocha



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

7. PROVA EM PROCESSO PENAL: EXAME OU PERÍCIA? RESPECTIVO VALOR PROBATÓRIO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Ana Carlota L. P. Aguiar da Rocha *

- I. Introdução
- II. Objectivos
- III. Resumo
 - 1. As perícias
 - 1.1. O conceito de perícia
 - 1.2. Despacho que ordena a perícia
 - 1.3. A competência do juiz na determinação da realização de perícia sobre características físicas ou psíquicas de pessoas que não hajam prestado o seu consentimento
 - 1.4. O dever de notificação do despacho que ordena a perícia
 - 1.5. A obrigatoriedade de realização de perícia
 - 1.6. A obrigação de sujeição a perícia
 - 1.7. Tipos de perícias e as suas especificidades
 - 1.8. Os peritos e o desempenho da sua função
 - 1.9. A natureza pública das perícias
 - 1.10. O valor da prova pericial
 - 1.11. A importância da distinção de perícia de outros meios de prova tendo em consideração o seu valor probatório
 - 2. Os exames
 - 2.1. Os exames e a sua distinção das perícias
 - 2.2. O valor probatório dos exames
 - 2.3. Competência para ordenar a realização e efectuar exames
 - 2.4. A realização de exames e a sua eventual colisão com direitos fundamentais
- IV. Referências bibliográficas

I. Introdução

As perícias são um meio de prova dependente da evolução dos meios científicos e tecnológicos. Num mundo em constante desenvolvimento, o regime jurídico da prova pericial vai-se adaptando às novas circunstâncias e exigências.

Hoje, a prova pericial, enquanto meio de prova assente na emissão de um juízo especializado em determinada área do saber, revela enorme importância no direito processual penal, sendo essencial na descoberta da verdade e, assim, na realização de justiça.

Existe uma vasta panóplia de tipos de perícias possíveis de realizar. Não obstante, não podendo a verdade ser procurada a qualquer custo, só a prova legal pode ser considerada válida, sob pena de serem postos em causa direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

* Agradecimentos:

Pelos contributos dados para o desenvolvimento do presente trabalho, um especial agradecimento a: Dr.ª Catarina Carloto de Castro, Auditora de Justiça do 33.º curso do CEJ; Dr.ª Elsa Bértolo, Auditora de Justiça do 33.º curso do CEJ; Dr. Paulo Soares, Auditor de Justiça do 33.º curso do CEJ; Dr.ª Tânia Pedrosa, Auditora de Justiça do 33.º curso do CEJ; Dr.ª Carla Alvim, Procuradora-Adjunta; e Dr.ª Sofia Ramos, Procuradora-Adjunta.

Um vestígio devidamente recolhido poderá levar a uma perícia esclarecedora, capaz de auxiliar o julgador na sua decisão.

Sendo a prova pericial um meio de prova científico que tem como objecto, o mais das vezes, vestígios que foram recolhidos, a fronteira entre perícia e exame, enquanto meio de obtenção de prova que visa a detecção de vestígios de crime em pessoas, lugares e/ou coisas, é muito ténue e, por vezes, de difícil delimitação.

Contudo, a distinção entre perícias e exames é essencial, atento, nomeadamente, o valor probatório de cada uma destas figuras. De facto, o artigo 163.º do Código de Processo Penal confere à prova pericial um valor especial, porquanto se presume o juízo técnico, científico ou artístico subtraído à livre apreciação do julgador. Por sua vez, os exames encontram-se sujeitos ao princípio da livre apreciação da prova, consagrado no artigo 127.º do Código de Processo Penal.

II. Objectivos

Sendo a prova pericial um meio de prova científico que tem como objecto, o mais das vezes, vestígios que foram anteriormente recolhidos, a fronteira entre perícia e exame, enquanto meio de obtenção de prova que visa a detecção de vestígios de crime em pessoas, lugares e/ou coisas, é muito ténue e, por vezes, de difícil delimitação.

Ao longo deste trabalho, reflectiremos sobre a diferença entre estas duas figuras, apresentando critérios para a sua distinção e dando exemplos práticos ilustrativos dessa desigualdade, através da apresentação de casos recolhidos de acórdãos.

Debruçar-nos-emos, também, sobre a diferença entre o valor probatório das perícias e o valor probatório dos exames, abordando as suas repercussões jurídico-práticas.

Não deixaremos, ainda, de nos pronunciar relativamente a alguns aspectos jurídico-processuais das perícias e dos exames.

É, assim, nosso objectivo que este trabalho auxilie os Auditores de Justiça e Magistrados do Ministério Público na sua vida prática, contribuindo para a compreensão da diferença e da fronteira entre perícias e exames, auxiliando na superação de algumas dificuldades – teóricas e práticas – que esta temática pode originar.

III. Resumo

Com o presente trabalho pretendemos reflectir sobre a confusão conceptual existente entre perícias e exames.

Destarte, debruçar-nos-emos sobre os conceitos de perícia e de exame, apresentando os principais critérios para a sua distinção e clarificando o objecto, os pressupostos, a finalidade, o valor probatório e as repercussões jurídicas associadas a cada uma dessas figuras.

Assim, e seguindo a sistematização do nosso Código de Processo Penal, começaremos por dilucidar quanto às perícias, apresentando possíveis conceitos e definições deste meio de prova.

Após, abordaremos alguns aspectos jurídico-processuais, tecendo algumas considerações relativamente ao despacho que ordena a realização de perícia e à competência do juiz na determinação da execução de perícias sobre características físicas ou psíquicas de pessoas que não hajam prestado o seu consentimento.

Da mesma forma, reflectiremos quanto à obrigatoriedade de realização de perícia e quanto à obrigação de sujeição à mesma, suscitando, quanto a este último aspecto, algumas questões constitucionais subjacentes.

Faremos, ainda, referência a alguns tipos de perícias existentes, apresentando as suas especificidades, bem como trataremos de alguns aspectos inerentes ao desempenho da função de perito.

Terminaremos a análise da prova pericial, abordando a questão do seu valor probatório e respectivas repercussões jurídico-práticas.

De seguida e de forma semelhante, procederemos à análise da figura dos exames, enquanto meio de obtenção de prova, procurando dar-lhe uma definição e expor os principais factores e critérios de distinção relativamente às perícias.

Teceremos, ainda, algumas considerações relativamente ao valor probatório dos exames, e, desse modo, quanto ao princípio da livre apreciação da prova.

Por fim, e ainda que de forma sumária, faremos referência à competência para determinar a realização de exames, bem como à sua eventual colisão com direitos fundamentais.

1. As Perícias

1.1. O Conceito de Perícia

O regime da prova pericial encontra-se inserido no Livro III, Título II (Meios de Prova), Capítulo VI, do Código de Processo Penal, estando, assim, regulado nos seus artigos 151.º a 163.º.

Tais disposições legais indicam quando a perícia tem lugar e explicam o seu procedimento. Não obstante, em nenhuma das referidas normas é fornecida uma definição de perícia.

A doutrina tem vindo, deste modo, a elaborar diversas possíveis definições de perícia.

De acordo com GERMANO MARQUES DA SILVA, *“a perícia é a actividade de percepção ou apreciação dos factos efectuada por pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos”*¹.

Segundo MANUEL MAIA GONÇALVES, trata-se de um *“meio de prova em que a percepção ou apreciação dos factos recolhidos exigem conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos de especialidade”*².

Para MANUEL DE ANDRADE, a perícia *“traduz-se na percepção, por meio de pessoas idóneas para tal efeito designadas, de quaisquer factos presentes, quando não possa ser directa e exclusivamente realizada pelo juiz, por necessitar de conhecimentos científicos e técnicos especiais, ou por motivos de decoro ou de respeito pela sensibilidade (legítima susceptibilidade) das pessoas em quem se verificam tais factos; ou na apreciação de quaisquer factos (na determinação das ilações que deles se possam tirar acerca doutros factos), caso dependa de conhecimentos daquela ordem, isto é, de regras de experiência que não fazem parte da cultura geral ou experiência comum que pode e deve presumir-se no juiz, como na generalidade das pessoas instruídas e experimentadas”*³.

Constitui, assim, a pedra angular desta definição o facto de as perícias terem, necessariamente, de ser elaboradas por pessoas com especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, isto é, por peritos.

Neste sentido, a fim de contribuir para um conceito operativo de perícia, JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA aponta três critérios: *“o critério objectivo – factos que reclamem conhecimentos especiais que o julgador comprovadamente não domina; o critério subjectivo – realizada por indivíduos devidamente habilitados com especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos; e o critério formal – ordenada por autoridade judiciária competente, a coberto de despacho prévio, em regra acto próprio, mas com possibilidade de delegação”*⁴.

Quanto aos princípios subjacentes à realização de perícia, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07-06-2017, no âmbito do processo n.º 590/12.5JDLSB.L1-9, cujo relator foi a Desembargadora Filipa Costa Lourenço, aclara que *“(…) para a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem uma perícia deve cumprir uma tríplice perspectiva: ver assegurada a imparcialidade do(s) perito(s); realizar-se em prazo razoável; sujeitar-se aos princípios da igualdade de armas e do contraditório”*⁵.

¹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II volume, 4.ª edição revista e actualizada, Editorial VERBO, 2008, p. 215.

² MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado*, 17.ª edição revista e actualizada, Coimbra, Almedina, 2009 – comentário ao artigo 151.º.

³ MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra editora, 1976, p. 261.

⁴ JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA, *Exames e Perícias: (Des)Construir Conceitos*, Lisboa, Salão Nobre da Ordem dos Advogados, 04-02-2016, p. 15, disponível em <https://portal.oa.pt/media/117975/e47a3007-21e4-4d94-a4c4-d261fdce7ece.pdf>.

⁵ Acórdão disponível em www.dgsi.pt.

1.2. Despacho que ordena a perícia

Nos termos do artigo 154.º do Código de Processo Penal, a perícia é ordenada oficiosamente ou a requerimento.

Tem legitimidade para determinar a realização de perícia a autoridade judiciária, que poderá ser o Ministério Público, o Juiz de Instrução ou o Juiz de Julgamento, conforme estejamos em fase de inquérito, instrução ou julgamento.

Importa, contudo, no que concerne à fase de inquérito, ter em consideração o disposto no artigo 270.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, que prevê que *“o Ministério Público pode, porém, delegar em autoridades de polícia criminal a faculdade de ordenar a efectivação da perícia relativamente a determinados tipos de crime, em caso de urgência ou de perigo na demora, nomeadamente quando a perícia deva ser realizada conjuntamente com o exame de vestígios. Exceptuam-se a perícia que envolva a realização de autópsia médico-legal, bem como a prestação de esclarecimentos complementares e a realização de nova perícia nos termos do artigo 158.º”*.

Além disso, como veremos adiante, há casos em que, na fase de inquérito, é ao juiz de instrução e não ao Ministério Público que incumbe determinar a realização da perícia, porquanto esta interfere com direitos fundamentais das pessoas.

Importa, ainda, salientar a importância de o despacho que ordena a realização de perícia dever definir, com precisão e clareza, o objecto da mesma. De facto, da leitura do artigo 154.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal, resulta que o referido despacho deve conter *“a indicação do objecto da perícia e os quesitos a que os peritos devem responder, bem como a indicação da instituição, laboratório ou o nome dos peritos que realizarão a perícia”*, bem como *“toda a informação relevante”* para o efeito.

A este propósito, GERMANO MARQUES DA SILVA afirma que *“a matéria das perícias é muito delicada porque muitas vezes os peritos extravasam a sua competência, não se limitando a procurar meios de prova sobre os factos ou a apreciar as provas que lhes são submetidas para a apreciação, formulando verdadeiros juízos sobre a responsabilidade com recurso a elementos que não foram validamente admitidos no processo ou que não lhes compete apreciar”*⁶.

1.3. A competência do juiz na determinação da realização de perícia sobre características físicas ou psíquicas de pessoas que não hajam prestado o seu consentimento

De acordo com o artigo 154.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, *“quando se tratar de perícia sobre características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado consentimento, o despacho previsto no número anterior é da competência do juiz, que pondera a necessidade da*

⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA, *op. cit.*, p. 217.

sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado". São os valores fundamentais da pessoa humana que o exigem.

Assim, o artigo 269.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Penal, atribui ao juiz de instrução, mesmo no decurso da fase de inquérito, competência exclusiva para ordenar ou autorizar a realização de perícias, nos termos do referido artigo 154.º, n.º 3.

Incumbe, desta forma, ao juiz ponderar a necessidade de efectivação de perícia sobre características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado consentimento, uma vez que a mesma pode interferir com o direito à integridade física pessoal e com o direito à reserva da intimidade, direitos fundamentais consagrados, respectivamente, nos artigos 25.º e 26.º da Constituição da República Portuguesa.

De facto, os direitos fundamentais podem ser restringidos de acordo com os critérios previstos no artigo 18.º da nossa Lei Fundamental, isto é, desde que respeitado o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso e os seus subprincípios: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Na verdade, quando uma pessoa se recusa a submeter a uma perícia estamos perante um conflito entre, por um lado, o direito à intimidade e identidade pessoal e, por outro, o direito à descoberta da verdade e realização de justiça. Destarte, o juiz terá de ponderar a necessidade da sua efectivação, respeitando o princípio da proporcionalidade e atendendo ao sacrifício que se vai impor ao visado.

O juiz assume, assim, um papel essencial no respeito pelos direitos fundamentais das pessoas, evitando a imposição de sacrifícios intoleráveis à integridade física dos visados e, assim, a violação do artigo 126.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, que consagra que *"são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas"*.

A este propósito refere GERMANO MARQUES DA SILVA que *"a verdade não pode ser investigada a qualquer preço, mormente quando esse preço é o sacrifício de direitos fundamentais das pessoas"*.

Deste modo, nos termos do artigo 156.º, n.º 5, do Código de Processo Penal, tais perícias têm de ser realizadas por médico ou outra pessoa legalmente autorizada, não podendo criar perigo para a saúde do visado.

Acresce que, ao abrigo do disposto no artigo 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, é também da competência exclusiva do juiz a determinação da realização de colheita de vestígios biológicos tendo em vista determinação do perfil genético.

Da mesma forma, apesar de, na fase de inquérito, ser da competência do Ministério Público a determinação da realização de perícia médica a consumidores habituais, nos termos do artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, e de perícia a estado de toxicod dependência,

de acordo com o artigo 52.º do mesmo Decreto-Lei, sempre que, nesse âmbito, for necessário proceder-se à análise de sangue ou de urina ou outra que se mostre necessária (artigos 43.º, n.º 3, e 52.º, n.º 3), a competência para a realização de tais perícias passa a ser do juiz se o visado não prestar o seu consentimento.

Diferentemente, entendemos que a determinação da realização de perícia quando haja indícios de que alguém oculta ou transporta no seu corpo estupefacientes ou substâncias psicotrópicas é, na fase de inquérito, da competência do Ministério Público, mesmo que o visado não preste o seu consentimento, atento o teor do n.º 3 do artigo 53.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, segundo o qual *“na falta de consentimento do visado, mas sem prejuízo do que se refere no n.º 1 do artigo anterior, a realização da revista ou perícia depende de prévia autorização da autoridade judiciária competente, devendo esta, sempre que possível, presidir à diligência”* (negrito nosso).

1.4. O dever de notificação do despacho que ordena a perícia

Nos termos do artigo 154.º, n.º 4, do Código de Processo Penal, o despacho que ordena a realização de perícia *“(...) é notificado ao Ministério Público, quando este não for o seu autor, ao arguido, ao assistente e às partes civis, com a antecedência mínima de três dias sobre a data indicada para a realização (...)”* da mesma.

Tal previsão legal visa a salvaguarda do princípio do contraditório, porquanto, dando-se conhecimento da data agendada para a realização da perícia, os sujeitos processuais poderão preparar a sua defesa e exercer o seu direito ao contraditório.

Neste sentido, explana GERMANO MARQUES DA SILVA que *“a não notificação ao arguido e aos demais sujeitos processuais do despacho que ordena a perícia, impedindo a nomeação de consultor técnico da sua confiança para assistir à realização da mesma, pode significar a frustração do direito ao contraditório para a prova e representar uma limitação inadmissível ao direito de defesa, atento o especial valor probatório da prova pericial que (...) se presume subtraída à livre apreciação do julgador”*⁷.

Não obstante, no artigo 154.º, n.º 5, alíneas a) e b), do Código de Processo Penal, prevêem-se exceções a este dever de notificação, designadamente nos casos em que *“a perícia tiver lugar no decurso do inquérito e a autoridade judiciária que a ordenar tiver razões para crer que o conhecimento dela ou dos seus resultados, pelo arguido, pelo assistente ou pelas partes civis, poderia prejudicar as finalidades do inquérito”* (alínea a); e nos casos em que exista *“urgência ou perigo na demora”* (alínea b).

Quanto às consequências da falta de notificação deste despacho, a jurisprudência maioritária afirma tratar-se de mera irregularidade, dependente de arguição, nos termos do artigo 123.º do Código de Processo Penal⁸.

⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA, *op. cit.*, p. 222.

⁸ JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 11.

1.5. A obrigatoriedade de realização de perícia

Da leitura do artigo 151.º do Código de Processo Penal não resulta claro se a determinação da realização de perícia é facultativa ou obrigatória.

Importa, então, perceber se a execução de perícia depende da ponderação da autoridade judiciária ou se existem situações em que a sua realização tem cariz obrigatório.

Ora, no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 13-05-2014, processo n.º 200/11.8GTEVR.E1, relator João Gomes de Sousa, esclarece-se que *“há casos claros de exigência legal (literal), a implicar necessariamente a realização de perícia. Estão neste caso, pelo menos, os previstos nos artigos 166.º, n.º 2 (documento cifrado) e 351.º, n.º 1 (imputabilidade), do Código de Processo Penal, e no artigo 18.º da Lei 45/2004 (autópsia médico-legal)”*⁹.

De facto, de acordo com o artigo 166.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, *“se o documento for dificilmente legível, é feito acompanhar de transcrição que o esclareça e, se for cifrado, é submetido a perícia destinada a obter a sua decifração”*, pois a autoridade judiciária não possui, à partida, conhecimentos especiais que permitam decifrá-lo.

Da mesma forma, o artigo 351.º, n.º 1, do Código de Processo Penal estabelece que, *“quando na audiência se suscitar fundadamente a questão da inimputabilidade do arguido, o presidente, oficiosamente ou a requerimento, ordena a comparência de um perito para se pronunciar sobre o estado psíquico daquele”*.

Também o artigo 18.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto, remete para a obrigatoriedade da realização de perícia (autópsia médico-legal), a não ser que existam *“informações clínicas suficientes que associadas aos demais elementos permitam concluir, com segurança, pela inexistência de crime”*.

Ora, apesar de em determinados casos previstos na lei a realização de perícia ser obrigatória, existem situações em que, pelo contrário, se estipula a não obrigatoriedade da perícia, ficando a mesma dependente da ponderação da autoridade judiciária competente para a sua determinação. É o caso do artigo 131.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, que consagra que *“tratando-se de depoimento de menor de 18 anos em crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores, pode ter lugar perícia sobre a personalidade”*. A este respeito, explica o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18-11-2004, processo n.º 5404/2004-9, relator Almeida Cabral, que do referido artigo 131.º, n.º 3, resulta que *“a realização de perícia a menor de 16 anos que haja de prestar testemunho é facultativa, cabendo, por isso, à respectiva autoridade judiciária aferir (...) da necessidade da mesma”*¹⁰.

⁹ Acórdão disponível em www.dgsi.pt.

¹⁰ Acórdão disponível em www.dgsi.pt.

Assim sendo, podemos concluir que a perícia é obrigatória sempre que a lei assim o determinar e que, nos demais casos, incumbe à autoridade judiciária avaliar se a mesma deve ou não ser realizada.

De acordo com JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA, “*este acto pericial de carácter obrigatório, ao não se realizar, cairá sob o manto da nulidade atípica, dependente de arguição, na modalidade de falta de diligência essencial ou, na letra da lei, insuficiência de inquérito ou da instrução, por não terem sido praticados actos legalmente obrigatórios, ao abrigo do artigo 120.º, n.º 2, d)*”¹¹.

Não obstante, nos casos em que a perícia não é obrigatória mas se revela essencial para a descoberta da verdade, coloca-se a questão de saber quais as consequências da sua não realização.

Na verdade, apesar de, muitas vezes, a perícia não ser legalmente obrigatória, a essencialidade da sua realização para a descoberta da verdade torna-a indispensável, pelo que há autores, como MANUEL MAIA GONÇALVES¹², que entendem que, mesmo nos casos em que inexistente a obrigatoriedade legal, sempre que a perícia pudesse ser essencial para a descoberta da verdade, verifica-se a nulidade prevista no artigo 120.º, n.º 2, alínea d), do Código de Processo Penal; por outro lado, há autores, como PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE¹³, que defendem, tal como nós, que só nos casos em que a lei determina a obrigatoriedade da perícia é que se verifica a nulidade prevista no aludido artigo 120.º, n.º 2, alínea d), estando os restantes casos sujeitos ao regime da irregularidade, prevista no artigo 123.º do Código de Processo Penal.

1.6. A obrigação de sujeição a perícia

Como vimos, as perícias podem ter como objecto coisas ou pessoas.

Quando incidem sobre pessoas, as perícias suscitam algumas questões constitucionais relativas a direitos fundamentais, nomeadamente a de saber se as pessoas, perante ordem da autoridade judiciária, podem ou não eximir-se à submissão a perícia e, em caso afirmativo, qual a consequência desta recusa.

De facto, sempre que as pessoas colaboram na realização da perícia, prestando o seu consentimento de forma livre, não se levantam quaisquer problemas, porquanto estamos perante interesses juridicamente disponíveis. Porém, há pessoas que se recusam a colaborar e recusam submeter-se à realização da perícia.

Como explanamos supra, nos termos do artigo 154.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, quando a perícia incide sobre características físicas ou psíquicas de pessoas que não prestem o

¹¹ JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 3.

¹² MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *op. cit.*, comentário ao artigo 151.º.

¹³ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª edição actualizada, Lisboa, Universidade Católica editora, 2011, p. 422.

seu consentimento, a competência para ordenar a sua realização é do juiz, porquanto, estando em causa direitos fundamentais, é a este que incumbe a ponderação da necessidade da sua execução.

Não obstante, nesses casos, mantém-se a questão de saber se o juiz que ordena a realização da perícia pode compelir a pessoa a submeter-se à mesma. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE esclarece que o Código de Processo Penal *“é omissivo sobre o procedimento a adoptar no caso de o visado recusar obedecer à ordem da autoridade judiciária e, designadamente, não permite que o visado possa ser compelido (...). Portanto, a recusa de obediência só pode dar lugar à incriminação do artigo 348.º, n.º 1, alínea a), do CP (...)”*¹⁴. Diferentemente, ANTÓNIO LOURENÇO PIMENTEL afirma que *“a substituição do consentimento do visado pelo despacho do juiz, responsável por aquela fase processual, leva a concluir que este não terá outra alternativa que não seja a submissão à sua realização compulsiva que poderá ser feita, se necessário for, através da utilização de força pública”*¹⁵.

Ora, entendemos que apesar de estarmos perante uma questão controversa e de delicados contornos, esta é uma matéria que exige ponderação casuística e a realização de um juízo de proporcionalidade em cada caso concreto.

Contudo, não nos repugna que, em determinadas situações, a autoridade judiciária possa compelir a pessoa que não presta o seu consentimento a sujeitar-se à realização de perícia. Esta é, aliás e como veremos adiante, a solução legal adoptada para os exames e prevista no artigo 172.º, n.º 1, do Código de Processo Penal: *“se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente”*.

De facto, no que respeita ao arguido, é o próprio artigo 61.º, n.º 3, alínea d), do Código de Processo Penal, que estabelece que recai em especial sobre ele a obrigação de *“sujeitar-se a diligências de prova (...) ordenadas e efectuadas por entidade competente”*.

Além disso, o artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto, cuja epígrafe é *“obrigatoriedade de sujeição a exames”*, mas deveria ser *“obrigatoriedade de sujeição a perícias”*, uma vez que estabelece o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses, estipula que *“ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal quando este se mostrar necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei”*.

De facto, o entendimento de que a autoridade judiciária pode compelir o visado, mesmo sem o seu consentimento, a sujeitar-se a perícia tem sido unanimemente acolhido pela jurisprudência dos tribunais comuns, que admite, por exemplo, a legalidade e

¹⁴ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 430.

¹⁵ ANTÓNIO LOURENÇO GOMES PIMENTEL, *O papel da perícia na descoberta da verdade e como garante de um processo equitativo*, Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 120.

constitucionalidade da colheita compulsiva, sob ameaça ou com recurso à força física, de amostras biológicas (cabelo, saliva, urina ou sangue) para determinação do ADN do arguido¹⁶. Também o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/07, de 02-03-2007, no âmbito do processo n.º 695/06, cujo relator foi o Conselheiro Gil Galvão, num caso de recolha de vestígios de ADN, entendeu que o direito à não auto-incriminação refere-se *“ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, não abrangendo (...) o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, como é o caso, por exemplo (...), da colheita de saliva para efeitos de realização de análise de ADN”*. No mesmo acórdão pode ainda ler-se que *“a Constituição não proíbe, em absoluto, a recolha coactiva de material biológico de um arguido (...) e a sua posterior análise genética não consentida para fins de investigação criminal, no caso concreto para subsequente comparação com vestígios biológicos colhidos no local do crime. Decisivo é, no entanto, verificar se os normativos que concretizam os termos dessa possibilidade respeitam as exigências constitucionais de adequação, de exigibilidade e de proporcionalidade em sentido estrito que, como vimos, decorrem, designadamente, da segunda parte do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa”*.

Por fim, cumpre referir que a recusa de sujeição a perícia pode dar lugar a incriminação, nomeadamente à prática do crime de desobediência, previsto e punido pelo artigo 348.º, n.º 1, alínea a), do Código Penal. Além disso, existem sanções específicas para determinados casos de recusa, consagrando, por exemplo, o artigo 53.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, que *“quem, depois de devidamente advertido das consequências penais do seu acto, se recusar a ser submetido a revista ou a perícia autorizada nos termos do número anterior é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias”*.

A este respeito, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28-05-2014, Uniformizador de Jurisprudência n.º 14/2014, considerou que *“os arguidos que se recusarem à prestação de autógrafos para posterior exame e perícia, ordenados pelo Exm.º Magistrado do M.º P.º, em sede de inquérito, incorrem na prática de um crime de desobediência, previsto e punível pelo artigo 348.º, n.º 1, b), do Código Penal, depois de expressamente advertido, nesse sentido, por aquela autoridade judiciária”*.

1.7. Tipos de perícias e as suas especificidades

Tendo em consideração a evolução médica, científica e tecnológica das últimas décadas, existe, hoje, uma vasta panóplia de tipos de perícias possíveis de realizar.

¹⁶ Vide, a este respeito, acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 09-01-2002, processo n.º 3261/2001, relator Oliveira Mendes; acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24-08-2007, processo n.º 6553/2007, relator Vieira Lamin; acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 03-05-2006, processo n.º 0546541, relatora Alice Santos; acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10-12-2008, processo n.º 0844093, relatora Maria Elisa Marques; acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13-09-2006, processo n.º 0641683, relator Luís Gominho; e acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10-07-2013, processo n.º 1728/12.8JAPRT.P1, relator Joaquim Gomes, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

Existem, assim, perícias de escrita manual (documentos manuscritos, assinaturas); perícias sobre alegada falsidade de um documento (alteração, fabricação, etc.); perícias dactiloscópicas; perícias a material informático (prova em ambiente digital); perícias económico-financeiras (documentos contabilísticos, etc.); perícias relativas a acidentes rodoviários (velocidades, direcções, extensão de danos de um veículo); perícias médico-legais e forenses (artigos 152.º, n.º 1, e 159.º do Código de Processo Penal e Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto); e perícias psiquiátricas e sobre a personalidade do arguido (artigos 159.º, n.ºs 6 e 7, 351.º e 160.º do Código de Processo Penal).

O regime jurídico das perícias médico-legais e forenses encontra-se regulado na Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto. Também o artigo 159.º do Código de Processo Penal estipula a competência para a realização destas perícias.

Assim, o n.º 1 do referido artigo 159.º prevê que *“as perícias médico-legais e forenses que se insiram nas atribuições do Instituto Nacional de Medicina Legal são realizadas pelas delegações deste e pelos gabinetes médico-legais”*, acrescentando o n.º 2 do mesmo artigo que, excepcionalmente, perante manifesta impossibilidade dos serviços, tais perícias *“podem ser realizadas por entidades terceiras, públicas ou privadas, contratadas ou indicadas para o efeito pelo Instituto”*.

O n.º 7 do aludido artigo 159.º consagra uma excepção no que concerne à legitimidade para requerer perícia psiquiátrica, pois *“pode ser efectuada a requerimento do representante legal do arguido, do cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens ou da pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que com o arguido viva em condições análogas às dos cônjuges, dos descendentes e adoptados, ascendentes e adoptantes, ou, na falta deles, dos irmãos e seus descendentes”*.

O artigo 160.º do Código de Processo Penal regula as perícias sobre a personalidade, que se distinguem das perícias psiquiátricas por terem como objecto *“características psíquicas independentes de causas patológicas”*. De acordo com o n.º 1, última parte, do referido artigo 160.º, tais perícias podem relevar, *“nomeadamente para a decisão sobre a revogação da prisão preventiva, a culpa do agente e a determinação da sanção”*.

Estabelece o artigo 160.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, que as perícias sobre a personalidade devem ser deferidas *“a serviços especializados, incluindo os serviços de reinserção social, ou, quando isso não for possível ou conveniente, a especialistas em criminologia, em psicologia, em sociologia ou em psiquiatria”*.

1.8. Os peritos e o desempenho da sua função

Segundo o artigo 152.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, *“a perícia é realizada em estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado ou, quando tal não for possível ou conveniente, por perito nomeado de entre pessoas constantes de listas de peritos existentes em*

cada comarca, ou, na sua falta ou impossibilidade de resposta em tempo útil, por pessoa de honorabilidade e de reconhecida competência na matéria em causa”.

De acordo com o n.º 2 do referido artigo 152.º, *“quando a perícia se revelar de especial complexidade ou exigir conhecimentos de matérias distintas, pode ela ser deferida a vários peritos funcionando em moldes colegiais ou interdisciplinares”.*

Quando se trate de colégio de peritos, o que sucede, como vimos, quando a perícia se apresentar de especial complexidade, este é constituído, no mínimo, por três peritos, embora se elabore apenas um relatório pericial que pode, caso os peritos diverjam entre si, conter uma opinião vencida, nos termos do artigo 157.º, n.º 5, parte final, do Código de Processo Penal.

Ao abrigo do disposto no artigo 153.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, o perito está sujeito, por força do artigo 47.º do mesmo Código, ao regime de impedimentos, recusas e escusas previsto para os juízes, nos artigos 39.º e seguintes do Código de Processo Penal, podendo, também, pedir escusa *“com base na falta de condições indispensáveis para realização da perícia”*, de acordo com o artigo 153.º, n.º 2.

Nos termos dos artigos 91.º, n.ºs 2 e 6, e 156.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, os peritos prestam compromisso. Das referidas normas resulta que não é perito quem não é nomeado para o efeito pela autoridade judiciária competente ou não integra os quadros de peritos de um estabelecimento público com atribuições periciais. Destarte, como explica o supra referido acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07-06-2017, *“(…) não é perito judicial quem quer, quem é arrolado como testemunha, quem efectuou um exame directo e mesmo quem é perito de qualquer outra entidade ou profissional de determinada área e só por o ser”.*

Dispõe o artigo 156.º, n.º 2, do Código de Processo Penal que *“a autoridade judiciária assiste, sempre que possível e conveniente, à realização da perícia, podendo a autoridade que a tiver ordenado permitir também a presença do arguido e do assistente, salvo se a perícia for susceptível de ofender o pudor”.*

Prevê o artigo 157.º, n.º 1, primeira parte, do Código de Processo Penal, que *“finda a perícia, os peritos procedem à elaboração de um relatório, no qual mencionam e descrevem as suas respostas e conclusões devidamente fundamentadas”.* O relatório deve, assim, ser devidamente fundamentado e as conclusões do mesmo devem ser conformes a essa fundamentação, sob pena de a sua validade ser prejudicada.

O n.º 1 do artigo 157.º, na sua parte final, garante o contraditório ao estabelecer que *“aos peritos podem ser pedidos esclarecimentos pela autoridade judiciária, pelo arguido, pelo assistente, pelas partes civis e pelos consultores técnicos”.*

Os prazos para apresentação do relatório estão definidos no n.º 3 do referido artigo 157.º, segundo o qual *“se o relatório não puder ser elaborado logo em seguida à realização da perícia, é marcado um prazo, não superior a 60 dias, para a sua apresentação. Em casos de*

especial complexidade, o prazo pode ser prorrogado, a requerimento fundamentado dos peritos, por mais 30 dias”.

Cumpre, ainda, quanto a esta matéria, fazer referência ao artigo 158.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, que confere à autoridade judiciária competente algum controlo relativamente à actividade do perito. Assim, nos termos da alínea a) do aludido artigo 158.º, caso a autoridade judiciária não fique esclarecida com o relatório pericial pode convocar o perito para prestar esclarecimentos complementares; ou, de acordo com alínea b) do mesmo artigo, pode determinar a realização de nova perícia ou a renovação da perícia anterior a cargo de outro ou outros peritos. Uma nova perícia *“incide sobre o mesmo objecto, mas visa um detalhe, um pormenor distinto do anteriormente avaliado”*¹⁷, pelo que pode ser realizada pelo mesmo perito ou por um diferente. Já a renovação de perícia incide sobre a mesma questão que já havia sido analisada anteriormente, pelo que não pode ser realizada pelo mesmo perito, sob pena de se revelar inútil.

O perito pode, ainda, ser substituído pela autoridade judiciária que o tiver nomeado, por decisão irrecorrível, se não apresentar tempestivamente o relatório ou tiver uma conduta negligente, de acordo com o artigo 153.º, n.º 3, do Código de Processo Penal. O n.º 4 do mesmo artigo 153.º estabelece que *“operada a substituição, o substituído é notificado para comparecer perante a autoridade judiciária competente e expor as razões por que não cumpriu o encargo. Se aquela considerar existente grosseira violação dos deveres que ao substituído incumbiam, o juiz, oficiosamente ou a requerimento, condena-o ao pagamento de uma soma entre 1 UC e 6 UC”.*

De referir que os peritos podem, ainda, caso violem grosseiramente os seus deveres funcionais, ser responsáveis criminalmente pela sua conduta, incorrendo, nomeadamente, na prática dos crimes de desobediência (artigo 248.º do Código Penal), falsidade de perícia (artigo 360.º do Código Penal) e/ou recusa de cooperação (artigo 381.º do Código Penal).

De acordo com o artigo 162.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, *“sempre que a perícia for feita em estabelecimento ou por perito não oficial, a entidade que a tiver ordenado fixa a remuneração do perito em função de tabelas aprovadas pelo Ministério da Justiça ou, na sua falta, tendo em atenção os honorários correntemente pagos por serviços do género e do relevo dos que foram prestados”*¹⁸. Também o artigo 17.º, n.º 2, do Regulamento das Custas Processuais estabelece que *“a remuneração de peritos (...) é efectuada nos termos do disposto no presente artigo e na tabela iv, que faz parte integrante do presente Regulamento”.*

¹⁷ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 438.

¹⁸ *Vide*, a este respeito a Portaria n.º 175/2011, de 28 de Abril, que aprova a tabela de preços a cobrar pela Direcção-Geral de Reinserção Social, pelo Instituto Nacional de Medicina Legal, I. P., e pela Polícia Judiciária por perícias e exames, relatórios, informações sociais, audições e outras diligências ou documentos que lhes forem requeridos ou que por estes venham a ser deferidos a entidades públicas ou privadas.

1.9. A natureza pública das perícias

O legislador português consagrou um modelo de perícia pública, sendo que tal regra apenas é afastada por impossibilidade ou inconveniência, como se depreende do disposto nos artigos 152.º, 153.º, 154.º, n.º 1, e 160.º-A do Código de Processo Penal.

Explica o acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 13-05-2014, processo n.º 200/11.8GTEVR.E1, relator João Gomes de Sousa, que se consagrou “um regime misto com prevalência de intervenção de organismos públicos, com a qualidade pericial a assentar numa certificação pública, sem exclusão da possibilidade hipotética de apresentação de perícias contraditórias quando não existam organismos públicos reconhecidos para a realização da perícia”.

1.10. O valor da prova pericial

O artigo 127.º do Código de Processo Penal consagra o princípio da livre apreciação da prova em processo penal ao estipular que *“salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”*.

Não obstante, o artigo 163.º do Código de Processo Penal estabelece que *“o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador”*.

A este respeito, explica FIGUEIREDO DIAS que *“à peritagem há-de por sua própria natureza pertencer (...) um valor probatório diferente do de outros meios de prova (...), que faça dela, como dizem alguns autores, antes que um mero meio de prova, um verdadeiro auxiliar ou colaborador do juiz. Daí precisamente que, se os dados de facto que servem de base ao parecer estão sujeitos à livre apreciação do juiz – que, contrariando-os, pode furtar validade ao parecer -, já o juízo científico ou parecer propriamente dito só é susceptível de uma crítica igualmente material e científica (...)”*¹⁹.

Também no acórdão supra aludido do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07-06-2017, se pode ler que *“uma vez que a prova pericial visa a comprovação de determinados factos que apenas podem ser observados ou compreendidos e valorados cabalmente, em virtude de especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, que não é suposto encontrarem-se nos juízes e outros profissionais do foro, conforme decorre entre nós nos termos do citado artigo 151.º do CPP, resulta daí que o tribunal não possa julgar provado os factos em causa mesmo que afirme a convicção de que o facto em causa se encontre suficientemente provado com base noutros elementos probatórios que, por definição, não assegurarão aqueles conhecimentos com o formalismo que a lei de processo exige no artigo 151.º e seguintes do CPP”*.

¹⁹ JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, reimpressão 2004, Coimbra, Coimbra editora, 1974, p. 209.

Não obstante, o juiz mantém a decisão da causa e a sua livre apreciação relativamente aos factos em que assenta o relatório pericial, podendo afastar a presunção prevista no aludido artigo 163.º, porquanto *iudex est peritus peritorum* (o juiz é o perito dos peritos). De facto, o juiz não tem, necessariamente, de aderir às conclusões do(s) perito(s), contudo, em caso de divergência, deverá justificar a sua discordância com base em argumentos técnicos, científicos ou artísticos. Daí que no referido acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07-06-2017, se afirme que “(...) o artigo 163.º, n.º 2, não é uma excepção à livre apreciação probatória, mas sim uma regra de apreciação qualificada por argumento na mesma área de saber técnico, científico ou artístico”. Também JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA sublinha que “(...) apesar do valor das perícias, o juiz é o perito dos peritos, o perito peritorum, tendo margem para se desvincular, fundadamente, das conclusões periciais, atenta a sua visão holística e prudente do processo com vista à boa decisão da causa”²⁰.

De acordo com PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE “o julgador fundamenta suficientemente a sua divergência, por exemplo, quando: adere às conclusões da opinião vencida numa perícia colegial; adere às observações expressas pelo consultor técnico ou; adere a uma das opiniões diante de duas ou mais perícias com resultados contraditórios”²¹.

Sublinha-se, contudo, que os esclarecimentos prestados pelos peritos estão sujeitos ao princípio da livre apreciação da prova, excepto se também incidirem sobre juízos técnicos, artísticos ou científicos, hipótese em que se mantém a qualificação da prova legal.

De acordo com PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, a consequência da violação da presunção contida no artigo 163.º do Código de Processo Penal constitui “uma nulidade da sentença derivada de uma omissão de pronúncia sobre uma questão que devia apreciar, isto é, o valor da perícia”²².

1.11. A importância da distinção de perícia de outros meios de prova tendo em consideração o seu valor probatório

Atenta a força probatória que é conferida à prova pericial, reporta-se de basta importância a distinção deste meio de prova relativamente aos restantes, nomeadamente, da prova testemunhal e documental, que se encontram sujeitos à regra da livre apreciação da prova.

Contudo, esta distinção nem sempre é fácil e clara, pelo que importa trazer à colação um exemplo prático elucidativo. Tal exemplo insere-se no âmbito da criminalidade tributária, onde a necessidade de se socorrer à prova pericial é recorrente.

De facto, pode colocar-se a questão de saber se o inspector tributário que interveio em acções de inspecção onde apurou as situações tributárias que de certa forma originaram os processos-crime pode ser considerado perito. Ora, a este respeito, esclarece ANA CATARINA

²⁰ JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA, *ob.cit.*, p. 3.

²¹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 444.

²² PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 445.

MARTINS que tal situação geraria uma “*clara sobreposição de interesses, uma vez que os peritos ao serem inspectores da Administração Tributária serão propensos a actuar a favor daquela entidade a cujos quadros funcionais pertencem (AT), o que não se compadece com o dever de imparcialidade a que os mesmos se encontram adstritos*”²³.

Destarte, tal como a referida autora, consideramos que os “*peritos tributários, funcionários da Administração Tributária, que assistem tecnicamente o Ministério Público «em todas as fases do processo», à luz do artigo 50.º do RGIT, não podem ser confundidos com os peritos designados para efeitos da lei processual penal. Estes peritos tributários são funcionários da Administração Tributária ou da Segurança Social, designados pelo Ministério Público, com quem estabeleceram uma certa vinculação, já que assistem tecnicamente o MP em todas as fases do processo, devido às dificuldades de natureza técnica que a matéria levanta, dependendo por isso de conhecimentos especiais. Logo, como imporá o bom senso e as regras da imparcialidade, os mesmos não devem ser nomeados e ouvidos como peritos, para efeitos dos artigos 152.º a 154.º do CPP, devendo antes serem designados pelo MP como consultores técnicos, nos termos e para efeitos do artigo 155.º do CPP. (...) Desta forma, não se mostra aceitável a confusão que por vezes surge entre o depoimento dos Inspectores Tributários enquanto testemunhas dos factos que deram origem ao processo-crime, com os esclarecimentos a que estão sujeitos os peritos face ao artigo 158.º do CPP. Isto porque, para além de tudo o que já foi dito, devemos ainda ter presente que estão impedidos de depor como testemunhas, os peritos, em relação às perícias que tiverem realizado, à luz do artigo 133.º, al. d), do CPP (...)*”²⁴.

Destarte, entendemos que sempre que um inspector tributário elabore um relatório com a descrição daquilo que apurou e dos vestígios de existência de crime que detectou aquando da acção de inspecção, não estamos perante um relatório pericial, mas sim perante um auto de exame, isto é, perante um documento sujeito à regra da livre apreciação da prova. Na verdade, nestes casos, inexistente qualquer despacho prévio da autoridade judiciária competente a determinar a realização da perícia e a nomear os peritos. Da mesma forma, os inspectores tributários não prestam compromisso como peritos, nem tampouco integram o quadro de peritos de um estabelecimento público com atribuições periciais.

Assim sendo, ainda que se considere que o inspector tributário assume, nesses casos, o papel de consultor técnico, dotado de especiais conhecimentos, sempre se dirá que o valor probatório de um relatório ou de uma opinião de um consultor técnico não apresenta a mesma força probatória de um relatório pericial, porquanto se encontra sujeito à regra da livre apreciação da prova.

²³ ANA CATARINA DIAS MARTINS, Os Poderes de Investigação em matéria tributária – Em especial, a investigação da criminalidade tributária, Tese de Mestrado em Direito Tributário e Fiscal, Universidade do Minho, Escola de Direito, 2016, p. 51.

²⁴ ANA CATARINA DIAS MARTINS, *op. cit.*, p. 51.

2. Os Exames

2.1. Os Exames e a sua distinção das perícias

A distinção entre exame e perícia não é fácil e é recorrente a confusão entre estas duas figuras.

Contudo, trata-se de uma distinção de basta importância, desde logo devido ao princípio estabelecido no artigo 163.º do Código de Processo Penal, que confere, como vimos, à prova pericial um valor especial, porquanto se presume o juízo técnico, científico ou artístico subtraído à livre apreciação do julgador, o que não se verifica relativamente aos exames, cujo valor probatório se encontra sujeito ao princípio da livre apreciação da prova, consagrado no artigo 127.º do Código de Processo Penal.

No Código de Processo Penal de 1929 as perícias e os exames tinham o mesmo regime legal e eram tratados de forma indistinta²⁵. Contudo, atendendo à importância da distinção entre estas duas figuras, o Código de Processo Penal actual diferencia-as de forma muito clara, estando a figura das perícias inserida nos meios de prova e a figura dos exames inserida nos meios de obtenção de prova.

O regime legal dos exames encontra-se previsto nos artigos 171.º a 173.º do Código de Processo Penal.

O artigo 171.º, n.º 1, do Código de Processo Penal estipula que *“por meio de exames das pessoas, dos lugares e das coisas, inspeccionam-se os vestígios que possa ter deixado o crime e todos os indícios relativos ao modo como e ao lugar onde foi praticado, às pessoas que o cometeram ou sobre as quais foi cometido”*.

No que concerne ao conceito de exame, a lei não nos faculta qualquer definição, nem nos concede quaisquer critérios específicos para a sua distinção da perícia.

Deste modo, a jurisprudência e a doutrina têm procurado clarificar esta distinção.

De acordo com o acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 02-05-2017, processo n.º 208/14.1ECLSB.E1, cujo relator foi João Gomes de Sousa, *“exame é o verter em auto de condições materiais, sem opinar ou emitir juízos. Ou seja, sem conclusões. Perícia é a emissão de um juízo especializado em determinada área do saber, considerando certos factos assentes”*²⁶.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE elucida, a este respeito, que o exame é *“meio de obtenção de prova enquanto a perícia é meio de prova. O exame visa a detecção de vestígios, a perícia visa a avaliação desses vestígios. O exame não supõe a existência de especiais conhecimentos*

²⁵ Cfr. Artigos 175.º e seguintes do Código de Processo Penal de 1929.

²⁶ Acórdão disponível em www.dgsi.pt.

*técnicos, científicos ou artísticos, a perícia supõe necessariamente a exigência desses conhecimentos*²⁷.

Segundo GERMANO MARQUES DA SILVA, a distinção entre perícia e exame baseia-se essencialmente no facto de *“a perícia ser uma interpretação dos factos feita por pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos; os peritos tiram dos vestígios as ilações que eles consentem e são estas ilações, as conclusões periciais, que são submetidas às autoridades para a sua apreciação (...)”*²⁸. Desta forma, também na distinção entre a perícia e exame, a pedra angular assenta na exigência de conhecimentos especiais por quem realiza as perícias, isto é, na intervenção dos peritos.

Ainda assim, é inegável a proximidade entre as duas figuras, pois se, por um lado, os exames inspeccionam vestígios que podem revelar-se essenciais para a descoberta da verdade, as perícias, por outro lado, incidem, o mais das vezes, sobre os vestígios recolhidos nos exames.

De facto, é frequente que, após a recolha de vestígios, isto é, que logo depois do exame, se proceda à realização de perícia. Tal acontece, por exemplo, quando se recolhem vestígios humanos para que depois se proceda à identificação do ADN. Nestes casos, a detecção de um cabelo ou a recolha de impressões digitais configura um exame; já a tarefa seguinte de comparar aqueles vestígios humanos requer especiais conhecimentos científicos, pelo que consiste numa perícia. Além disso, há situações em que a perícia deve ser realizada ao mesmo tempo que o exame, como estabelece o artigo 270.º, n.º 3, do Código de Processo Penal.

Elucidativo da distinção entre um exame e uma perícia é o caso do acórdão já referido, do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07-06-2017, onde se esclarece que *“um processo judicial é uma forma que se pretende equilibrada de chegar a uma decisão, pelo que a existência nos autos de um exame directo (...) efectuado por um inspector da PJ, sem conhecimentos científicos comprovados, a testar que os dois quadros apreendidos nos autos (...) constituem falsificações, não tem qualquer valor, entenda-se “pericial”, para comprovar tal facto, o qual como se sabe requer conhecimentos muito específicos técnicos, artísticos e científicos, uma vez que nos movemos no mercado da arte (...)”*.

Da mesma forma, no acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 18-04-2017, processo n.º 471/12.2EAPRT.E1, relator João Amaro, num caso de crime de jogo ilícito, esclarece-se que *“as «perícias» efectuadas às máquinas de jogo em análise não são, bem vistas as coisas (em substância), perícias na exacta asserção jurídico-penal do termo, sendo, isso sim, exames, realizados por técnicos do “Serviço de Regulação e Inspecção de Jogos”, com finalidades essencialmente descritivas do material analisado. Ao passo que a «perícia» tem uma finalidade valorativa (o perito interpreta e avalia os vestígios da prática de um crime), o exame tem uma finalidade descritiva (visa a inspecção e detecção de vestígios da prática de um crime e a sua descrição em auto, ou seja, é, essencialmente, uma actividade de recolha de meios de prova, sejam pessoais ou reais). A finalidade do exame é, pois, fixar documentalmente ou permitir a observação directa pelo tribunal de factos relevantes em matéria probatória, e, mesmo quando*

²⁷ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 420.

²⁸ GERMANO MARQUES DA SILVA, *op. cit.*, p. 236.

efectuado por pessoa com especiais conhecimentos, o exame distingue-se da perícia porquanto aquele apenas descreve o que o examinador observa”.

Também numa situação de jogo ilícito e relativamente a um documento que descreve as características da máquina apreendida, o acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 02-05-2017, processo n.º 208/14.1ECLSB.E1, relator João Gomes de Sousa, explana que a “*perícia (...) é um meio de prova que deve (ou tem que) ser produzido quando o processo e a futura decisão se defrontam com conhecimentos especializados que estão para além das possibilidades de constatação e/ou percepção, efectivas ou presumidas, do tribunal em três campos do saber, os técnicos, os científicos e os artísticos. Dada a dita característica complexa de tais conhecimentos é suposto que o tribunal seja adjuvado por quem reúna os conhecimentos e a credibilidade necessários para verter, com conhecimento e neutralidade, em linguagem comum a referida complexidade. Isto supõe que tal pessoa deva ser escolhida por lei (LPC e IML) ou pelo tribunal e, se for caso, por este ajuramentada como perito, elabore relatório pericial e preste esclarecimentos, se estes se revelarem necessários. (...) Daqui resultam evidentes duas conclusões para o caso dos autos: o documento de fls. 24-28 não é uma perícia; as conclusões (?) de um exame - que nem deveriam existir - não afastam as conclusões de uma perícia, a não ser que o juiz fundamente materialmente essa divergência. E o documento não é uma perícia desde logo porquanto não realizado por perito ou peritos nomeados pelo tribunal mas sim por funcionários com funções policiais sem que – por essa simples circunstância – reúnam as condições de isenção e imparcialidade exigível a qualquer perito. São funcionários da investigação e se nada impede que façam «exames» tudo impede que façam «perícias»”.*

Não obstante a necessidade e importância desta distinção, a própria lei consagra, a este respeito, norma legais equívocas, nomeadamente os artigos 43.º e 62.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 15/993, de 22 de Janeiro.

De facto, o artigo 43.º do referido decreto-lei, cuja epígrafe é “*exame médico a consumidores habituais*”, prevê, no seu n.º 5, que “*se no exame se concluir pela toxicod dependência da pessoa a ele sujeita, o magistrado do Ministério Público propor-lhe-á a sujeição voluntária a tratamento (...)*”. Ora, como refere JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA, “*está bom de ver que se trata de perícia e não de exame, pois somente através de execução pericial é que se irão delimitar os componentes químicos existentes no sangue ou urina que determinam o consumo de substâncias como canabinóides, opiáceos, barbitúricos ou outras. Do mesmo modo, o artigo 62.º, no n.º 1, diz-nos que «as plantas, substâncias e preparações apreendidas são examinadas, por ordem da autoridade judiciária competente, no mais curto prazo de tempo possível». E, no n.º 2, que «após o exame laboratorial, o perito procede à recolha, identificação (...)».* Porém, para se determinar qual a planta, preparação ou substância, é, também, exigível uma perícia e não um exame laboratorial, ou seja, (...) a detenção de especiais conhecimentos técnicos e científicos”²⁹.

²⁹ JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 3.

2.2. O valor probatório dos exames

Como vimos, o artigo 163.º do Código de Processo Penal confere à prova pericial um valor especial, porquanto se presume o juízo técnico, científico ou artístico subtraído à livre apreciação do julgador. Não obstante, o mesmo não se verifica relativamente aos exames, cujo valor probatório se encontra sujeito ao princípio da livre apreciação da prova.

O princípio da livre apreciação da prova é um dos princípios basilares do Direito Processual Penal e está consagrado no artigo 127.º do Código de Processo Penal, segundo o qual *“salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”*.

Contudo, como refere GERMANO MARQUES DA SILVA, *“a livre valoração da prova não deve, pois, ser entendida como uma operação puramente subjectiva pela qual se chega a uma conclusão unicamente por meio de impressões ou conjecturas de difícil ou impossível objectivação, mas valoração racional e crítica de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas de experiência e dos conhecimentos científicos, que permitam objectivar a apreciação”*³⁰.

De facto, a livre apreciação da prova não é uma operação arbitrária, motivo pelo qual, aliás, os artigos 374.º, n.º 2, e 379.º do Código de Processo Penal, exigem que as sentenças sejam devidamente fundamentadas.

Nos termos do artigo 275.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, *“as diligências de prova realizadas no decurso do inquérito são reduzidas a auto, que pode ser redigido por súmula, salvo aquelas cuja documentação o Ministério Público entender desnecessário”*. Assim sendo, os exames devem ser reduzidos a auto, ao abrigo do disposto nos artigos 99.º a 101.º do Código de Processo Penal.

Ora, o artigo 99.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, estabelece que *“o auto é o instrumento destinado a fazer fé quanto aos termos em que se desenrolaram os actos processuais a cuja documentação a lei obrigar e aos quais tiver assistido quem o redige, bem como a recolher as declarações, requerimentos, promoções e actos decisórios orais que tiverem ocorrido perante aquele”*. O n.º 4 do mesmo artigo consagra que aos autos é aplicável o disposto no artigo 169.º do Código de Processo Penal.

De acordo com o artigo 169.º do Código de Processo Penal, *“consideram-se provados os factos materiais constantes de documento autêntico ou autenticado enquanto a autenticidade do documento ou a veracidade do seu conteúdo não forem fundamentamente postas em causa”*.

Destarte, da remição do referido artigo 99.º, n.º 4, para o artigo 169.º resulta que os factos materiais constantes de auto de exame consideram-se provados caso a autenticidade ou veracidade do seu conteúdo não sejam fundamentamente postas em causa.

³⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA, *op. cit.*, p. 151-

Assim sendo, os exames apresentam o mesmo valor probatório dos documentos autênticos ou autenticados, estando sujeitos à livre apreciação da prova por parte do julgador.

2.3. Competência para ordenar a realização e efectuar exames

Os exames podem ser realizados pela autoridade judiciária ou pelos órgãos de polícia criminal.

De facto, o artigo 171.º, n.º 4, do Código de Processo Penal, atribui essa competência ao estipular que *“enquanto não estiver presente no local a autoridade judiciária ou o órgão de polícia criminal competentes, cabe a qualquer agente da autoridade tomar provisoriamente as providências referidas no n.º 2, se de outro modo houver perigo iminente para obtenção da prova”*. De tal norma decorre que, em matéria de exames, a autoridade judiciária e os órgãos de polícia criminal são as autoridades verdadeiramente competentes para a sua realização, podendo, no entanto, qualquer agente de autoridade tomar provisoriamente as providências necessárias para que não se coloque em risco a obtenção da prova.

A competência dos órgãos de polícia criminal para a execução de exames resulta, ainda, da função que lhes é atribuída nos artigos 55.º, n.º 1, e 56.º do Código de Processo Penal: coadjuvar as autoridades judiciárias, actuando sob as suas orientações e dependência funcional.

Além disso, o artigo 249.º do Código de Processo Penal, cuja epígrafe é *providências cautelares quanto aos meios de prova*, esclarece, no seu n.º 1, que *“compete aos órgãos de polícia criminal, mesmo antes de receberem ordem da autoridade judiciária competente para procederem a investigações, praticar os actos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova”*, acrescentando o seu n.º 2, alínea a), que lhes compete, nomeadamente, *“proceder a exames dos vestígios do crime, em especial às diligências previstas no n.º 2 do artigo 171.º e no artigo 173.º, assegurando a manutenção do estado das coisas e dos lugares”*.

Não obstante, nos termos do artigo 172.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, que remete para o artigo 154.º, n.º 3, do mesmo diploma legal, é da competência do juiz a determinação de realização de exame susceptível de ofender o pudor das pessoas, nas hipóteses de não haver consentimento do visado, porquanto, como consagra o n.º 3 do referido artigo 172.º, *“os exames susceptíveis de ofender o pudor das pessoas devem respeitar a dignidade e, na medida do possível, o pudor de quem a eles se submeter. Ao exame só assistem quem a ele proceder e a autoridade judiciária competente, podendo o examinando fazer-se acompanhar de pessoa da sua confiança, se não houver perigo na demora, e devendo ser informado de que possui essa faculdade”*.

Da mesma forma, quando se trate de correspondência e documentação bancária ou de documentação apreendida em escritório de advogado ou em consultório médico, o exame deve ser feito pelo próprio juiz, nos termos dos artigos 179.º, n.º 3, 180.º, 181.º, n.ºs 2 e 3, do Código de Processo Penal, e dos artigos 16.º, n.ºs 3 e 5, e 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro (Lei do Cibercrime).

2.4. A realização de exames e a sua eventual colisão com direitos fundamentais

Nos termos do artigo 171.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, “logo que houver notícia da prática de crime, providencia-se para evitar, quando possível, que os seus vestígios se apaguem ou alterem antes de serem examinados, **proibindo-se, se necessário, a entrada ou o trânsito de pessoas estranhas no local do crime ou quaisquer outros actos que possam prejudicar a descoberta da verdade**” (negrito nosso).

Da mesma forma, o artigo 172.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, prevê que “se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, **pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente**” (negrito nosso).

Também o artigo 173.º, n.º 1, do Código de Processo Penal estipula que “a autoridade judiciária ou o órgão de polícia criminal competentes **podem determinar que alguma ou algumas pessoas se não afastem do local do exame e obrigar, com o auxílio da força pública, se necessário, as que pretenderem afastar-se a que nele se conservem enquanto o exame não terminar e a sua presença for indispensável**” (negrito nosso).

Ora, a possibilidade de a autoridade judiciária ou dos órgãos de polícia criminal poderem proibir a entrada, saída ou o trânsito de pessoas e a possibilidade de por decisão da autoridade judiciária se poder compelir alguém a ser examinado ou a facultar coisa que deva ser examinada, remete-nos para uma eventual situação de colisão de direitos fundamentais, nomeadamente entre o direito à liberdade, consagrado no artigo 27.º da Constituição da República Portuguesa, e o direito à descoberta da verdade, insito no artigo 32.º da Lei Fundamental.

A restrição do direito à liberdade encontra-se, contudo, nestes casos, o mais das vezes, justificada, porquanto respeita os três subprincípios corolários do princípio da proporcionalidade, isto é, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

De facto, sempre que tais medidas se revelem aptas e proporcionais para realizar a finalidade prosseguida e se não há outro meio de obter o referido fim, estamos perante uma restrição legítima do direito à liberdade.

Porém, tal restrição apenas poderá verificar-se pelo tempo estritamente necessário, explicando, a este respeito, ANTÓNIO LOURENÇO PIMENTEL que “a detenção dos efeitos do 171.º e 172.º deve ser feita respeitando o 27.º, n.º 3, da CRP (...), o seu período máximo será o que está estipulado para o efeito de detenção para identificação, por aplicação analógica do artigo 250.º do CPP em conjugação com o artigo 4.º”³¹.

³¹ ANTÓNIO LOURENÇO GOMES PIMENTEL, *op. cit.*, p. 82.

Por fim, cumpre referir que quem se recusa a submeter-se a exame, além de poder ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente, pode, ainda, ser criminalmente responsável pela prática de um crime de desobediência, previsto e punido pelo artigo 348.º do Código de Processo Penal.

IV. Hiperligações e referências bibliográficas

Hiperligações

www.dgsi.pt

<https://portal.oa.pt/media/117975/e47a3007-21e4-4d94-a4c4-d261fdce7ece.pdf>

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/22873/1/TESE-%20FINAL.pdf>

https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/44470/1/Ana%20Catarina%20Dias%20Martins.pdf?fbclid=IwAR2Tyb2Ax5_zSvRJveeGmnREA39wBmQsqCO8EbyGXU0_JbQwnWdlot9jZps

Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª edição actualizada, Lisboa, Universidade Católica editora, 2011;
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra editora, 1976;
- CARVALHO, Paula Marques, *Manual Prático de Processo Penal*, 9.ª edição, Coimbra, Almedina, 2015;
- DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Processual Penal*, reimpressão 2004, Coimbra, Coimbra editora, 1974;
- DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial*, in *Revista do CEJ*, 2.º semestre, 2005, n.º 3;
- JESUS, Francisco Marcolino de, *Os Meios de Obtenção de Prova em Processo Penal*, 2.ª edição revista, actualizada e ampliada, Coimbra, Almedina, 2015;
- LOPES, Romeu Raimundo, *A Prova Pericial – Evolução, Regime Actual e Questões Constitucionais*, Tese de Mestrado Jurídico-Forense, Faculdade de Direito da Universidade Católica – Escola de Lisboa, 2017, disponível em:
<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/22873/1/TESE-%20FINAL.pdf>;
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código de Processo Penal Anotado*, 17.ª edição revista e actualizada, Coimbra, Almedina, 2009;
- MARTINS, ANA CATARINA DIAS, *Os Poderes de Investigação em matéria tributária – Em especial, a investigação da criminalidade tributária*, Tese de Mestrado em Direito Tributário e Fiscal, Universidade do Minho, Escola de Direito, 2016, disponível em:
https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/44470/1/Ana%20Catarina%20Dias%20Martins.pdf?fbclid=IwAR2Tyb2Ax5_zSvRJveeGmnREA39wBmQsqCO8EbyGXU0_JbQwnWdlot9jZps;

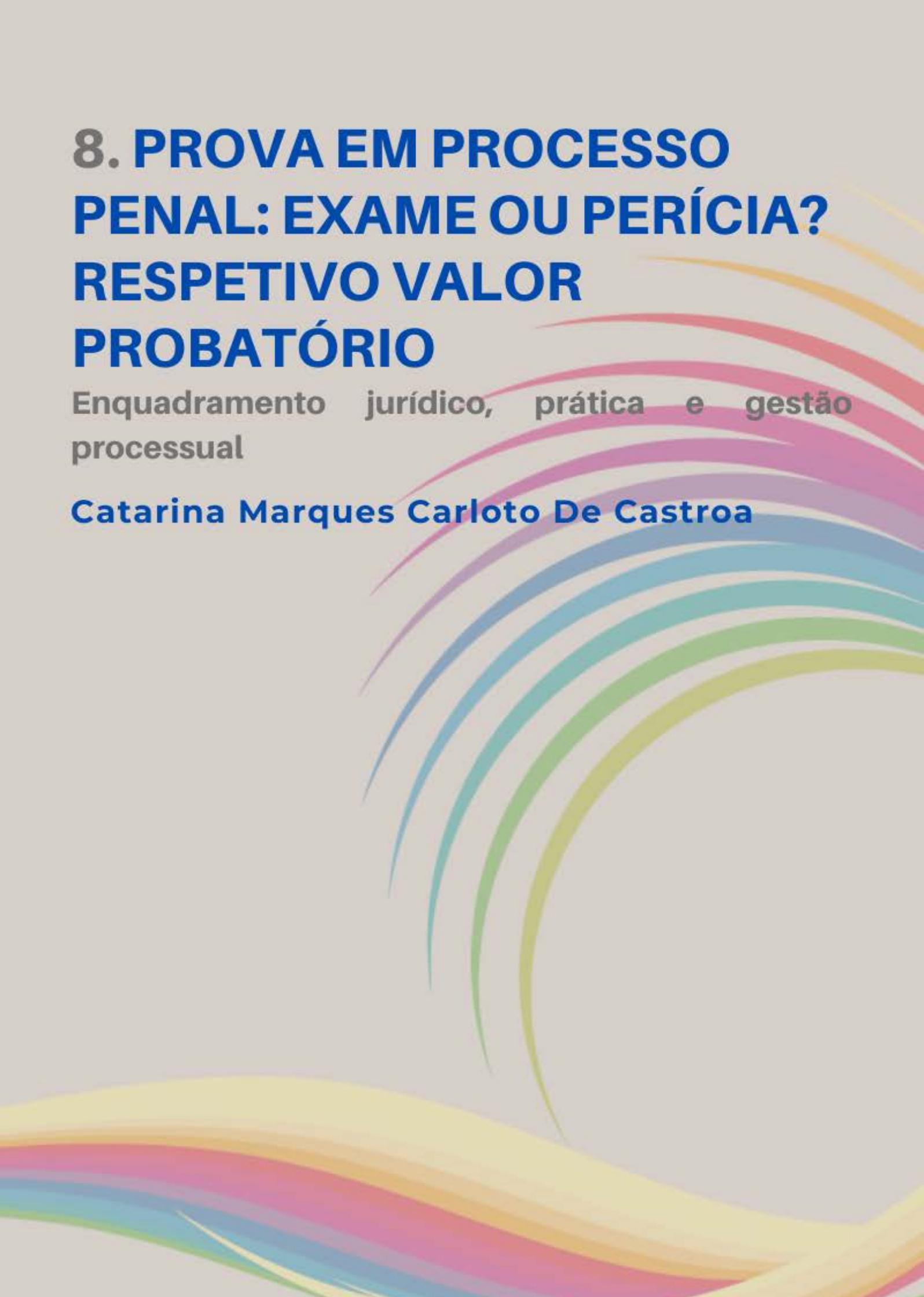
- OLIVEIRA, José Carlos de, *Exames e Perícias: (Des)Construir Conceitos*, Lisboa, Salão Nobre da Ordem dos Advogados, 04-02-2016, disponível em:
<https://portal.oa.pt/media/117975/e47a3007-21e4-4d94-a4c4-d261fdce7ece.pdf>;
- PIMENTEL, António Lourenço Gomes, *O papel da perícia na descoberta da verdade e como garante de um processo equitativo*, Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 120;
- SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, II volume, 4.ª edição revista e actualizada, Editorial VERBO, 2008;
- VERDELHO, Pedro, *Técnica no Novo C.P.P.: Exames, Perícias e Prova Digital*, in Revista do CEJ, 1.º semestre 2008, n.º 9 (especial).

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

8. PROVA EM PROCESSO PENAL: EXAME OU PERÍCIA? RESPECTIVO VALOR PROBATÓRIO

Enquadramento jurídico, prática e gestão processual

Catarina Marques Carloto De Castroa



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

8. PROVA EM PROCESSO PENAL: EXAME OU PERÍCIA? RESPECTIVO VALOR PROBATÓRIO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Catarina Marques Carloto de Castro *

- I. Introdução
- II. Objectivos
- III. Resumo
 - 1. Exame e perícia em Processo Penal
 - 1.1. Enquadramento jurídico
 - 1.1.1. Dos meios de obtenção da prova e os meios de prova
 - 1.1.2. Do exame
 - 1.1.3. Da perícia
 - 1.1.4. Distinção entre exame e perícia
 - 1.2. Prática e gestão processual
 - 1.2.1. Enquadramento
 - 1.2.2. Do exame
 - 1.2.3. Da perícia
 - 1.3. Exame e perícia – casos controversos de valoração
 - 1.3.1. Crime de exploração ilícita de jogo
 - IV. Hiperligações e referências bibliográficas

I. Introdução

No quotidiano dos Tribunais afigura-se essencial assegurar uma tramitação processual eficaz e eficiente, na medida em que apenas o respeito pelos procedimentos previstos na lei, aliado à sua aplicação racional ao caso concreto, levará ao alcance da finalidade do processo penal que se traduz na “(...) aplicação da lei penal aos casos concretos, procurando garantir que nenhum responsável passe sem punição (*impunitum non relinquitur facinus*) nem nenhum inocente seja condenado (*innocentum non condemnari*) (...)”¹.

Deste modo, mostra-se de suma importância refletir sobre a essencialidade da investigação para a descoberta da verdade material (cfr. artigos 262.º, n.º 1, 288.º, n.ºs 1 e 4, 289.º, n.º 1, 290.º n.º 2, e 340.º do Código de Processo Penal, doravante, CPP), concretamente sobre a tramitação do exame e da perícia à luz de critérios objectivos, bem como o seu impacto ao nível valoração da prova.

No que concerne à valoração probatória não se pode olvidar as dificuldades que surgem no plano prático que, não só é fomentada pelas imprecisões legais, como também pelos usos e costumes enraizados na tramitação processual.

* Agradecimentos:

Profundo agradecimento às minhas formadoras: Dra. Edite Sousa, Procuradora da República, Dra. Sónia Setúbal, Procuradora Adjunta e Dra. Ana Centeio, Procuradora Adjunta.

E aos meus colegas: Dra. Carlota Rocha, auditora de justiça, Dra. Elsa Bértolo, auditora de justiça, Dr. Paulo Soares, auditor de justiça e Dra. Tânia Pedrosa, auditora de justiça.

¹ In GONÇALVES, Fernando e Alves, João Manuel – A prova do crime – Meios legais para a sua obtenção, p. 13.

Urge, assim, na tentativa de mitigar estas problemáticas, apelar à aplicação casuística dos critérios traçados pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência, com vista ao tratamento racional do processo, não descurando neste domínio a valoração da prova.

II. Objectivos

O presente trabalho tem como finalidade traçar, sem preocupações de exaustividade, uma análise geral sobre a prática e gestão processual do exame e da perícia, seguindo a visão e a posição da Autoridade Judiciária quanto aos mesmos nas fases de inquérito, de instrução e de julgamento, sem prejuízo do afloramento de determinados exemplos práticos² que importa ter presente, dadas as suas particularidades e por configurarem situações recorrentes no quotidiano jurídico.

Este estudo visa ainda tratar a problemática da valoração do exame e da perícia, com vista a mitigar as dificuldades que surgem neste domínio.

Atenta a amplitude do tema e, visando a sua delimitação, não se apreciaram as temáticas relacionadas com a teoria da prova, assim como não se apreciou o tema segundo a perspectiva dos demais sujeitos processuais, nem se exploraram as respostas e soluções apresentadas ao nível da União Europeia para as questões levantadas.

III. Resumo

Este trabalho inicia-se com um breve enquadramento jurídico que traça a distinção entre os meios de obtenção de prova e os meios de prova, com particular enfoque para as diferenças entre o exame e a perícia.

Após tal abordagem, segue-se a análise da tramitação processual do exame e da perícia, bem como da sua valoração probatória, salientando-se a importância da eficaz e eficiente prática e gestão processual.

Por último, num exercício de reflexão prática e com vista a ilustrar as dificuldades enfrentadas pela Autoridade Judiciária, é apresentado o exemplo da valoração do relatório elaborado pelo Serviço de Regulação e Inspeção de Jogos, no âmbito da investigação do crime de exploração ilícita de jogo, ponderando-se sobre o valor probatório a atribuir ao mesmo.

² No que concerne ao exame, foram apresentados exemplos práticos relacionados com as características físicas do visado, nomeadamente a recolha de amostras para a determinação do perfil genético; colheita de sangue para deteção de álcool e substâncias psicotrópicas, colheita de sangue ou urina para deteção da toxicodependência e ainda exames suscetíveis de ofender o pudor. Por sua vez, no que diz respeito à perícia foram apresentados exemplos práticos relacionados com a perícia à letra; perícias médico-legais e forenses; perícias sobre a personalidade; perícia à droga; perícia sobre mercadorias contrafeitas e ainda perícia à documentação tributária.

1. Exame e Perícia em processo penal

1.1. Enquadramento Jurídico

1.1.1. Dos meios de obtenção da prova e os meios de prova

Considerando a finalidade do processo penal³, apurar se a ocorrência de determinado pedaço de vida pode ou não consubstanciar a prática de factos previstos e punidos pela lei penal, afigura-se absolutamente essencial e imprescindível para o alcance de tal fim a produção de prova, porquanto a mesma *“serve a aplicação do direito, na medida em que demonstra a existência dos factos essenciais à produção de um dado efeito jurídico”*⁴.

Além do mais, a prova serve ainda a realização de um processo justo, evitando que seja pautado pelo arbítrio, uma vez que a demonstração da realidade dos factos não pode ser feita a todo o custo, devendo respeitar os meios lícitos previstos para a sua produção⁵.

A produção de prova⁶ compreende, desde logo, a sua obtenção⁷, ou seja, toda a atividade probatória que, no respeito pela dignidade da pessoa humana e no respeito pelas normas previstas para o efeito, serve as Autoridades Judiciárias e os Órgãos de Polícia Criminal na recolha dos meios de prova⁸.

O CPP prevê no seu Título III do Livro III diversos meios de obtenção da prova⁹, sendo admissível a produção de elementos probatórios que não sejam obtidos *“(...) mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas”* (cfr. artigo 126.º, n.º 1, do CPP).

Por seu turno, os meios de prova^{10 11 12} traduzem-se em elementos através dos quais os factos podem ser demonstrados, servindo para formular a convicção e a motivação sobre os mesmos, sendo este o resultado da atividade probatória.

³ Ao direito processual penal cabe *“(...) a regulamentação jurídica dos modos de realização prática do poder punitivo estadual, nomeadamente através da investigação e da valoração judicial do crime indiciado ou acusado (...)”*, in DIAS, Jorge De Figueiredo – Direito Penal – Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais e a Doutrina Geral do Crime, p. 7.

⁴ In SILVA, Germano Marques da Silva - Curso de Processo Penal, Vol. II, p. 139.

⁵ Neste sentido, SILVA, Germano Marques da Silva - Curso de Processo Penal, Vol. II, pp. 140 e 141.

⁶ Tendo presente que o processo penal português caracteriza-se pela sua estrutura acusatória integrada pelo princípio da investigação, além da prova apresentada pelos sujeitos processuais, o Tribunal poderá obter/recorrer à prova que entenda ser relevante para a boa decisão da causa.

⁷ De entre os vários meios de obtenção da prova, destaca-se no âmbito deste trabalho, o exame.

⁸ Os meios de obtenção de prova permitem *“(...) obter coisas ou declarações dotadas de aptidão probatória (...)”*, in SILVA, Germano Marques da Silva - Curso de Processo Penal, Vol. II, p. 143.

⁹ Além do mais, são admissíveis outros meios de obtenção da prova previstos em legislação avulsa, v.g. Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro ou Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro.

¹⁰ *“(...) Como sinónimo de meio de prova usa-se ainda a expressão elemento de prova e mais frequentemente também simplesmente o termo prova (...)”*, in SILVA, Germano Marques da Silva - Curso de Processo Penal, Vol. II, p. 142.

¹¹ Os meios de prova distinguem-se do tema da prova, que corresponde aos factos a provar, segundo o disposto no artigo 124.º do CPP.

¹² De entre os vários meios de prova, destaca-se no âmbito deste trabalho, a perícia.

Assim, estes “(...) podem servir para formar a convicção do Ministério Público, findo o inquérito, para efeito da acusação; do juiz de instrução sobre a indicição suficiente, finda a instrução, para efeito de pronúncia; e do juiz de julgamento para efeito de condenação ou absolvição (...)”¹³.

O CPP prevê no seu Título II do Livro III diversos meios de prova, sendo que os mesmos não são os únicos meios admissíveis no âmbito do processo penal, imperando o princípio da legalidade da prova, sendo “admissíveis as provas que não forem proibidas por lei” (cfr. artigos 125.º, 126.º e 340.º, n.º 3, do CPP)¹⁴.

A distinção entre os meios de obtenção de prova e os meios de prova traça-se numa dupla perspectiva: lógica e técnico-operativa¹⁵.

Do ponto de vista lógico, os meios de prova são fonte de convencimento, enquanto os meios de obtenção de prova apenas viabilizam a obtenção daqueles meios¹⁶.

Por outro lado, na óptica técnico-operativa, os meios de obtenção da prova definem-se pelo modo e pelo momento da sua aquisição no âmbito do processo penal que, por regra, ocorre na fase de inquérito¹⁷.

No que diz respeito a valoração da prova, dispõe o artigo 127.º do CPP que “salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e livre convicção da entidade competente”¹⁸.

No âmbito desta valoração, as regras da experiência assumem-se como “definições ou juízos hipotéticos de conteúdo genérico, independentes do caso concreto «sub judice», assentes na experiência comum, e por isso independentes dos casos individuais em cuja observação se alicerçam (...)” traduzindo-se “(...) simplesmente da observação dos comportamentos humanos”¹⁹.

Por sua vez, a livre convicção caracteriza-se por uma ponderação da prova feita segundo as regras da lógica, da razão e da ciência, assentando num juízo objectivo e reduzindo-se ao mínimo admissível de discricionariedade congénito às inferências indutivas próprias da condição humana de quem a aprecia, com vista a um exame crítico das provas carreadas para o processo.

“A livre convicção é assim um meio de descoberta da verdade, não uma afirmação infundamentada”²⁰, sendo, por isso, necessário fundamentar a valoração que é dada à prova,

¹³ In SILVA, Germano Marques da Silva - Curso de Processo Penal, Vol. II, pp. 146 e 147.

¹⁴ Neste sentido, são admissíveis meios de prova para além daqueles que estão previstos no CPP.

¹⁵ In SILVA, Germano Marques da Silva - Curso de Processo Penal, Vol. II, p. 280.

¹⁶ Neste sentido, SILVA, Germano Marques da Silva - Curso de Processo Penal, Vol. II, p. 143.

¹⁷ Neste sentido, SILVA, Germano Marques da Silva - Curso de Processo Penal, Vol. II, p. 143.

¹⁸ Neste sentido, o direito processual penal português afastou-se do sistema das provas tarifadas, na medida em que a lei não indica quais os meios de prova utilizáveis para formular a convicção do julgador.

¹⁹ In SILVA, Germano Marques Da - Produção e valoração da prova em processo penal, p. 49.

²⁰ In SILVA, Germano Marques Da - Produção e valoração da prova em processo penal, p. 47.

porquanto actua como garantia de apreciação racional da prova legalmente admitida no processo²¹ e reflecte o cumprimento dos requisitos que legitimam tal valoração²².

Por outro lado, sendo certo que não existe uma hierarquia quanto ao valor a atribuir aos meios de prova, a verdade é que *“o próprio legislador acabou por reconhecer maior importância a alguns deles, em função da natureza dos factos a demonstrar e forma mais exata de obter essa demonstração, atribuindo-lhes uma específica e pré-fixada valoração embora, de forma mitigada, salvaguardando ainda assim o princípio da livre convicção do julgador, (...) aqui se destacando o valor probatório da prova pericial”*^{23 24}.

1.1.2. Do Exame

O exame constituiu um meio de obtenção de prova, que se encontra tipificado nos artigos 171.º a 173.º e 353.º²⁵ do CPP, podendo ter como objecto pessoas, concretamente suspeitos, arguidos ou vítimas; locais, designadamente onde se praticou qualquer acto de execução ou preparatório do crime; ou coisas, nomeadamente objectos que serviram a prática do crime ou que tenham sido o próprio objecto do crime.

Este visa a detecção, preservação e recolha de indícios e vestígios relacionados com a prática de crime que, por seu turno serão susceptíveis de fundamentar a convicção do *dominus* do inquérito ou do juiz em sede de instrução ou de julgamento, dado que permitem a observação directa dos factos probatórios.

Além do mais, caracteriza-se pela sua natureza eminentemente perceptiva e descritiva da realidade, compreendendo a observação directa, nomeadamente visual, olfactiva, táctil, etc, do local, da coisa ou da pessoa²⁶, isto é, uma natureza de simples declaração de ciência, ainda que negativa²⁷ que, posteriormente será relatada no respectivo auto ou relatório (cfr. artigos 94.º, n.º 1, 99.º, n.º 1, 249.º, n.º 1 e n.º 2, a), 253.º e 275.º, n.º 1, do CPP).

²¹ In SILVA, Germano Marques Da - Produção e valoração da prova em processo penal, p. 52.

²² No que concerne à exigência de fundamentação quanto ao exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do Tribunal, veja-se o disposto no artigo 374.º, n.º 2, do CPP. Observe-se ainda o preceituado nos artigos 205.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa, doravante, CRP e 97.º, n.º 5, do CPP, nomeadamente, quanto à exigência de fundamentar todos os atos decisórios tomados no âmbito do processo e ainda quanto à exigência de enunciação das razões que subjazem à opinião, observe-se o disposto no artigo 365.º, n.º 3, do CPP.

²³ In DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva - Particularidades da prova em processo penal, p. 185.

²⁴ Neste sentido, veja-se o Acórdão do TRC, de 04/03/2015, Relator: Fernando Chaves, proc. n.º: 4/13.3TBSAT.C1, destacando que *“(...) valor da prova pericial é acrescido em relação aos outros meios na medida em que «[o] juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador» (...)*”.

²⁵ Cumpre destacar o exame ao local previsto no artigo 353.º do CPP, que visa a deslocação do Tribunal ao local do crime para uma melhor compreensão do circunstancialismo em que o crime ocorreu.

Neste sentido, não se adopta a posição defendida pelos autores SANTOS, Manuel Simas e LEAL-HENRIQUES, Manuel – Código de Processo Penal Anotado, p. 1112, uma vez que ainda que os exames visem a detecção, preservação e recolha de indícios e vestígios relacionados com a prática de crime, não deixa de ser verdade que a sua natureza é eminentemente perceptiva e descritiva, cabendo o exame ao local previsto no artigo 353.º do CPP na observação directa permitida pelos exames. Em sentido oposto ao defendido pelos referidos autores, veja-se o autor VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Processo Penal, pp. 353 e 356.

²⁶ Neste sentido, os exames visam a pura e simples constatação da realidade, in AGOSTINHO, Patrícia Naré - Intrusões Corporais em processo penal, p. 144.

²⁷ Cfr. artigo 171.º, n.º 3, do CPP.

O exame poderá decorrer no âmbito do processo penal ou antes de este ter início, sendo que neste último caso o exame configurará uma providência cautelar (cfr. artigo 249.º, n.º 1 e n.º 2, a), do CPP).

Este distingue-se da reconstituição de facto, não só porque este último é um meio de prova mas também pela natureza que cada um assume, sendo que o exame, conforme já referido, avoca uma descrição, enquanto a reconstituição de facto avoca a solução de uma dúvida, visando apurar se determinado facto podia ou não acontecer de determinada forma (cfr. artigo 150.º, n.º 1, do CPP).

1.1.3. Da Perícia

A perícia é um meio de prova que pode ter como objecto pessoas, designadamente arguido, vítima ou assistente; locais, concretamente onde se praticou qualquer acto de execução ou preparatório do crime e coisas, nomeadamente objectos que serviram a prática do crime ou que tenham sido o próprio objecto do crime.

A mesma tem lugar *“(…) quando a percepção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos”* (cfr. artigo 151.º do CPP), traduzindo-se na *“(…) atividade de percepção ou apreciação dos factos efectuada por pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos”*^{28 29}, ou seja, por peritos.

*“(…) A atividade que o perito desenvolve caracteriza pela observação, recolha de dados, análise própria decorrente dos especiais conhecimentos (técnicos, científicos ou artísticos) que possui, bem como, nas subseqüentes deduções e induções, que permitirão (ou não) retirar determinadas conclusões, operações essas que irão ser descritas no respetivo relatório pericial (…)”*³⁰ (cfr. artigo 157.º do CPP).

*“O perito é obrigado a desempenhar a função para que tiver sido competentemente nomeado (…)”*³¹, (cfr. artigo 153.º, n.º 1, do CPP), devendo assumir uma postura profissional, idónea, independente e diligente³², sendo que os elementos que tome conhecimento no exercício das suas funções só podem ser utilizados dentro do objecto e finalidades da perícia (cfr. artigo 156.º, n.º 5, do CPP)³³.

²⁸ In SILVA, Germano Marques da Silva - Curso de Processo Penal, Vol. II, p. 261.

²⁹ Para os autores Manuel Cavaleiro Ferreira e Marques Ferreira, a perícia assume-se como um meio de apreciação da prova, In SILVA, Germano Marques da Silva - Curso de Processo Penal, Vol. II, p. 261.

³⁰ In DIAS, Maria Do Carmo Saraiva De Menezes Da Silva – Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial, p. 187.

³¹ In DIAS, Maria Do Carmo Saraiva De Menezes Da Silva – Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial, p. 186.

³² O perito está sujeito ao regime dos impedimentos, recusas e escusas, nos termos do disposto nos artigos 47.º e 153.º n.º 1 do CPP, bem como regime de substituição, nos termos do artigo 153.º, n.ºs 3 e 4, do CPP.

³³ Em caso de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro o perito pode prestar declarações para memória futura, nos termos do disposto no artigo 271.º, n.ºs 1 e 7 do CPP.

A perícia distingue-se do parecer de advogados, de jurisconsultos e de técnicos, uma vez que estes pareceres constituem prova documental, visando apenas dar conhecimento à Autoridade Judiciária de um facto juridicamente relevante (cfr. artigos 165.º, n.º 3, e 255.º, a), do CPP).

A prova pericial é um acto processual formal típico, valendo apenas enquanto tal quando cumpridos os requisitos e trâmites previstos na lei (cfr. artigos 151.º a 163.º do CPP).

1.1.4. Distinção entre Exame e Perícia

Em primeiro lugar a distinção entre exame e perícia prende-se, naturalmente com o facto de o primeiro ser um meio de obtenção de prova e de a segunda ser um meio de prova^{34 35}.

Além do mais, a perícia exige especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos de quem a realiza, partindo da apreciação de factos e, focando a sua percepção, sendo que tal exigência não se verifica na concretização do exame que, por sua vez, parte da percepção indirecta por meio da descrição dos vestígios deixados, não sendo necessários especiais conhecimentos^{36 37}.

Ora, é precisamente neste ponto que reside a grande distinção entre exame e perícia, porquanto o facto de a perícia exigir especiais conhecimentos leva a que sua valoração se encontre subtraída à livre apreciação da Autoridade Judiciária (cfr. artigo 163.º do CPP), ao invés, o exame é valorado à luz da livre apreciação da prova (cfr. artigo 127.º do CPP)³⁸.

Cumpra ainda salientar que a perícia é, por regra, ordenada a requerimento ou oficiosamente, pela Autoridade Judiciária competente³⁹, enquanto o exame pode ser efectuado sem ordem judiciária, neste caso, partindo da iniciativa do Órgão de Polícia Criminal (cfr. artigo 249.º, n.º 1 e n.º 2, a), do CPP, por contraposição aos artigos 172.º, n.º 2, 269.º, n.º 1, b), e 270.º, c) e n.º 3 do CPP).

³⁴ Contudo, veja-se que nem sempre assim foi, em concreto, durante a vigência do CPP de 1929, a perícia e o exame eram tratados de forma indiscriminada, valendo a regra de que os exames eram realizados por peritos. (Cfr. os artigos 175.º e seguintes do CPP de 1929).

³⁵ No entanto, atenta a legislação avulsa existente neste domínio, conclui-se que o legislador, por vezes, ignora tal distinção, referindo-se indistintamente a perícias, exames e exames periciais.

³⁶ Veja-se ainda que, em muitos casos, através do exame são recolhidos vestígios ou indícios que posteriormente serão sujeitos a perícia.

³⁷ A simples detecção de vestígios que exija especiais conhecimentos é ainda considerada exame, assim como a avaliação de vestígios que não exija especiais conhecimentos.

³⁸ Esta temática será abordada nos pontos 1.2.2. e 1.2.3. deste trabalho.

³⁹ Apesar de a perícia se encontrar excluída dos atos que podem ser delegados pelo Ministério Público nos Órgãos de Polícia Criminal, segundo o artigo 270.º, n.º 2, b), do CPP, salienta-se que o n.º 3 do mesmo artigo permite que, em casos de urgência ou de perigo na demora, o Ministério Público possa delegar a sua realização.

Contudo, veja-se que “(...) a determinação da realização de uma autópsia médico-legal, em situações de urgência e de perigo na demora, ao contrário de outras perícias médicas, não pode ser delegada nas Autoridades de Polícia Criminal, por força do disposto no artigo 270.º, n.º 3, do Código de Processo Penal. (...)”. Porém, “(...) no contexto da execução das medidas cautelares a que se refere o artigo 249.º do Código de Processo Penal, existe e é operativa a partir do momento em que é proferida, mesmo que naquela situação não possa, desde logo, ser reduzida a escrito, ou integrada imediatamente em suporte material que a documente (...)”, in Parecer da Procuradoria Geral da República n.º 64/2006, de 02.11.2006.

Na fase de inquérito, caso o Ministério Público tenha proferido despacho de delegação de competência genérica para a investigação (cfr. artigo 270.º, n.º 4, do CPP), pode a Polícia Judiciária ordenar perícias a efectuar por organismos oficiais, de acordo com o disposto no artigo 12.º, n.º 1, a), da Lei n.º 37/2008, de 6 de Agosto⁴⁰.

1.2. Prática e gestão processual

1.2.1. Enquadramento

Por gestão entende-se o conjunto de actividades, tais como, planeamento, organização, direcção e controlo, com vista a tornar uma estrutura eficaz e eficiente na prossecução do seu fim último.

Ao transpor tal definição para o processo penal e, tendo em vista lograr uma gestão eficaz de cada fase processual há que, em primeiro lugar, ter presente os fins últimos de cada fase, nomeadamente:

- 1) Fase de inquérito que visa “(...) *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*”, compreendendo para o efeito um conjunto de diligências (cfr. artigo 262.º, n.º 1, do CPP);
- 2) Fase de instrução que “(...) *visa a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento*” (cfr. artigo 286.º, n.º 1, do CPP);
- 3) Fase de julgamento que visa comprovar os factos alegados com relevância para a causa, bem como discutir e apreciar a prova sobre a matéria de facto que interessa à decisão da causa e ainda lograr a decisão final sobre a mesma (cfr. artigo 339.º, n.º 4, do CPP)⁴¹.

Ora, considerando a finalidade de cada fase e, tendo presente a essencialidade da investigação para a descoberta da verdade material, sendo esta transversal a todo o processo (cfr. artigos 262.º, n.º 1, 288.º, n.ºs 1 e 4, 289.º, n.º 1, 290.º, n.º 2 e 340.º do CPP), mostra-se imprescindível adoptar uma gestão racional da investigação, na qual se encontra inserida, entre outros, a gestão racional da tramitação do exame e da perícia.

Para o efeito, cumpre atender ao planeamento e método de trabalho, à organização, à optimização de meios e ainda à direcção e controlo efectivo sobre a tramitação processual.

⁴⁰ Sobre esta questão, veja-se CALADO, António Marcos Ferreira - Legalidade e oportunidade na investigação criminal, pp. 128 a 132.

⁴¹ Neste sentido, CARVALHO, Paula Marques – Manual Prático de Processo Penal, pp. 407 e 408.

1.2.2. Do Exame

No que concerne à tramitação processual do exame e, constatando a sua indispensabilidade enquanto diligência de recolha de material probatório⁴², urge não só assegurar a estreita colaboração e articulação entre a Autoridade Judiciária e os Órgãos de Polícia Criminal, mas também assegurar que o exame é realizado de forma adequada, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo ainda ser ponderada, à luz da prova já produzida no processo, a sua necessidade para a descoberta da verdade material, ou seja, a sua essencialidade para a prova de determinado facto ou para a posterior produção de prova, v.g. perícia, bem como a sua oportuna obtenção⁴³, apreendendo qual o risco da perda ou alteração dos indícios e a sua necessidade de conservação *in casu*.

Na fase de inquérito, a colaboração prestada pelo Órgão de Polícia Criminal afigura-se imprescindível⁴⁴, na medida em que este pode proceder à realização de exames, bastando para o efeito a delegação de competência genérica do Ministério Público, não existindo uma competência própria para a realização dos exames (cfr. artigos 55.º, n.º 2, 270.º, n.º 4, do CPP e artigo 2.º, n.º 3, da Lei n.º 49/2008, de 28 de Agosto)⁴⁵, sem prejuízo da competência originária dos Órgãos de Polícia Criminal, nos casos em que os exames integram medidas cautelares e de polícia necessários e urgentes para assegurar os meios de prova (cfr. artigo 249.º do CPP).

Salienta-se que, neste último caso, os exames assumem tão só a natureza de actos de polícia, não sendo ainda actos processuais, visto que surgem antes da abertura de inquérito, podendo posteriormente integrar o processo, mediante validação do Ministério Público (cfr. artigos 248.º, 249.º, n.º 1 e n.º 2, a), e 253.º do CPP)⁴⁶.

A Autoridade Judiciária⁴⁷ competente deve mencionar, no seu despacho, a autoridade que realiza o exame, o objecto do mesmo e ainda, quando se justifique, a indicação referente à assistência ou não da Autoridade Judiciária ao exame (cfr. artigo 172.º, n.º 3, da CPP)⁴⁸.

O mesmo deve ainda determinar, quando seja previsível, as medidas cautelares que devem ser adoptadas, na eventualidade de se afigurar necessário preservar os vestígios que irão servir o

⁴² Cfr. artigo 1.º da Lei n.º 49/2008, de 28 de Agosto.

⁴³ A omissão da realização de um exame constitui uma mera irregularidade, nos termos do disposto no artigo 123.º do CPP, pois não se trata de um acto processual obrigatório.

⁴⁴ Além do mais, o Órgão de Polícia Criminal, mediante auto, dá conhecimento a Autoridade Judiciária competente sobre a alteração ou desaparecimento dos vestígios, indicando o modo, tempo e causas do mesmo, bem como a sua possível descrição, nos termos do disposto no artigo 171.º, n.º 3, do CPP.

⁴⁵ Veja-se ainda o disposto na Circular da PGR n.º 6/02, de 11-03-2002.

⁴⁶ Daqui resulta o dever que recai sobre o Ministério Público de proceder ao controlo do exame efectuado pelo Órgão de Polícia Criminal, porquanto tem a direcção efectiva do inquérito.

⁴⁷ O despacho do Ministério Público que ordena o exame é sindicável pelo seu superior hierárquico, por meio da reclamação hierárquica, segundo o artigo 278.º do CPP. Por seu turno, o despacho do juiz é recorrível, nos termos do artigo 399.º do CPP.

⁴⁸ Este despacho deve ser notificado ao examinado ou proprietário do lugar ou coisa examinada, ao abrigo do disposto no artigo 111.º, n.º 1, do CPP.

exame⁴⁹, nomeadamente a proibição da entrada ou trânsito de pessoas estranhas no local do crime, bem como a sua detenção⁵⁰ naquele local, durante a realização do mesmo e quando a sua presença for indispensável (cfr. artigos 171.º, n.º 2, e 173.º, n.º 1, do CPP).

O exame pode ainda ser requerido pelo arguido, pelo assistente e pelas partes civis, devendo a Autoridade Judiciária atender à utilidade e oportunidade deste meio de obtenção de prova para a descoberta da verdade *in casu* (cfr. artigo 69.º, n.º 1 e n.º 2, a), 79.º, n.º 1 e 98.º do CPP).

Em todas as fases processuais, o exame é, por regra, determinado por despacho da Autoridade Judiciária competente (cfr. artigos 263.º, n.º 1, 270.º, n.ºs 1 e 4, 288.º, n.ºs 1 e 4, 289.º, n.º 1, 290.º, n.º 2, 340.º, n.ºs 1 e 2, do CPP), no entanto caso o exame verse sobre as características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado o consentimento, bem como caso verse sobre matéria susceptível de ofender o pudor de pessoa que não haja prestado o consentimento, o exame é precedido de despacho judicial (cfr. artigo 172.º, n.º 2, 269.º, n.º 1, b), e 270.º, n.º 2, c), do CPP)⁵¹.

Assim, tendo presente que o ordenamento jurídico português permite a realização de “(...) exames (e de perícias) chamados “intrusivos” desde que deles não resulte perigo para a saúde do vidado (...)”^{52 53}, deve o despacho proferido, após a recusa da sujeição a exame, assim como de recusa de entrega de objecto para que este seja examinado⁵⁴, conter a cominação a que se refere o artigo 348.º, n.º 1, b), do CP, mencionando ainda que, caso a recusa persista, deve ser feito uso da força na medida do indispensável para a concretização do exame⁵⁵.

Entende-se que ao cometer o crime de desobediência previsto no artigo do 348.º, n.º 1, b), Código Penal, doravante CP, torna-se justificável o uso da força, se assim o exigirem as circunstâncias do caso concreto. Além do mais, “(...) não será, a este propósito, aplicável o

⁴⁹ A Autoridade Judiciária deve formular, previamente à determinação de tais medidas, um juízo de necessidade sobre as mesmas e a sua compatibilidade com o disposto nos artigos 27.º, n.º 1 e n.º 3, f) e g), da CRP e artigo 5.º, n.º 1, b) e c), e n.º 3 da CEDH.

⁵⁰ Veja-se que esta detenção deve ser validada pela Autoridade Judiciária competente.

⁵¹ Veja-se, a título de exemplo que, após recusa de colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido para a determinação do seu perfil genético (cfr. artigo 8.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro), assim como a recusa de colheita de amostra de sangue para diagnóstico do estado de influência pelo álcool e ou por substâncias psicotrópicas (cfr. 153.º, n.º 8, e 156.º do Código da Estrada e artigos 1.º, 4.º, n.º 1, 5.º, 6.º e 7.º, da Lei n.º 18/2007, de 17 de Maio) e ainda após recusa de colheita de amostra de sangue ou urina para detecção da toxicod dependência (cfr. artigo 43.º, n.º 4, do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro), pode ser o visado compelido a fazê-lo, mediante despacho judicial, devidamente fundamentado (cfr. artigo 97.º, n.º 5, do CPP).

⁵² In VERDELHO, Pedro - Técnica no novo C.P.P.: exames, perícias e prova digital, p.156.

⁵³ Estão em causa “actos como a recolha de saliva, ou de amostras de sangue, ou de cabelos, ou a recolha de fezes ou urina, ou ainda a realização de radiografias ou outros exames médicos (...)”, in VERDELHO, Pedro - Técnica no novo C.P.P.: exames, perícias e prova digital, p. 156.

⁵⁴ No que respeita ao exame que verse sobre objectos apreendidos em bancos ou outras instituições de crédito, bem como em escritório de advogado ou em consultório médico, deve o mesmo ser realizado por juiz, de acordo com os artigos 179.º, n.º 3, 180.º, 181.º, n.ºs 2 e 3, do CPP e 16.º, n.ºs 3 e 5, da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro.

⁵⁵ No âmbito da estratégia processual, a Autoridade Judiciária competente poderá ainda recorrer ao acesso coercivo ao lugar ou coisa que se pretende examinar, mediante despacho que ordene, para além do exame, revista, busca ou apreensão (cfr. artigos 174.º a 181.º do CPP).

*princípio do direito do arguido à sua não auto incriminação. Ou seja, todos estes exames poderão ser realizados contra a vontade deste visado (...)*⁵⁶.

Por outro lado, no que concerne à fundamentação do despacho que ordena o exame sobre as características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado o consentimento, assim como o despacho que ordena o exame sobre matéria susceptível de ofender o pudor, cumpre destacar que este deve ser fundamentado, reflectindo a ponderação de interesses que esteve na base de tal decisão, designadamente o juízo formulado sobre a estrita necessidade da realização deste meio de obtenção de prova, tendo presente o princípio da dignidade da dignidade da pessoa humana e o respeito pela integridade pessoal e reserva da intimidade do visado (cfr. artigos 97.º, n.º 5, do e 172.º, n.º 2, do CPP e 18.º, n.º 2, e 205.º da CRP).

Tal despacho, caso verse sobre exame susceptível de ofender o pudor, deve ainda conter a informação de que o visado se poderá fazer acompanhar de pessoa da sua confiança aquando da realização do exame, bem como os devidos e pertinentes esclarecimentos acerca do mesmo, com vista a que, de forma consciente, o visado possa dar o seu consentimento para a sua realização ou se recuse a fazê-lo (cfr. artigo 172.º, n.º 3, do CPP)⁵⁷. Neste último caso, poderá o visado ser compelido a realizá-lo (cfr. 172.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2, da CRP).

Ultrapassada a fase que ordena a realização deste meio de obtenção de prova, recebido o auto de exame⁵⁸, a Autoridade Judiciária competente deve averiguar se o mesmo contém os elementos necessários à sua correcta interpretação e valoração⁵⁹. Neste sentido, caso o auto se apresente incompleto deve a Autoridade Judiciária providenciar pela sua rectificação, assegurando assim a credibilidade do exame efectuado.

No que concerne à valoração do exame, importa considerar que este é reduzido a auto, devendo o mesmo apenas conter factos, pelo que, na hipótese de conter opiniões ou juízos, estes não poderão ser valorados (cfr. 94.º, n.º 1, 99.º, n.ºs 1 e 3, 275.º, n.º 1, e 253.º do CPP).

À partida, consideram-se provados os factos materiais constantes do auto de exame, no entanto, este não deixa de estar sujeito à livre apreciação da prova, segundo as regras da experiência e a livre convicção da Autoridade Judiciária (cfr. 169.º *ex vi* 99.º, n.º 4, e 127.º do CPP).

Assim, a força probatória conferida ao exame pelo artigo 169.º *ex vi* 99.º, n.º 4, do CPP é afastada se for fundadamente posta em causa.

⁵⁶ In VERDELHO, Pedro - Técnica no novo C.P.P.: exames, perícias e prova digital, p.156.

⁵⁷ Este despacho deve ser notificado ao examinado, ao abrigo do disposto no artigo 111.º, n.º 1, do CPP, sendo de ponderar casuisticamente e perante a justificação apresentada pelo visado, a aplicação do disposto no artigo 116.º, n.º 2, do CPP.

⁵⁸ “A falta do auto corresponde à falta da diligência a que diz respeito”, in ALBUQUERQUE, Paulo Pindo de – Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, p. 283.

⁵⁹ Nomeadamente, a identidade da autoridade que realiza o exame; as pessoas presentes na sua realização; se for caso disso, a identidade do visado e se consentiu ou não na realização do exame; dia e hora em que começou e terminou o exame; o local do mesmo; descrição do modo como foi feito o exame; descrição dos vestígios do crime; descrição dos factos; menção das diligências cautelares eventualmente tomadas; registo de eventuais incidentes; e se for caso disso, as medidas tomadas para o resguardo do pudor do visado (cfr. artigo 99.º, n.º 3, do CPP).

1.2.3. Da Perícia

No âmbito da tramitação processual, atenta a natureza, objecto e finalidade da perícia, em primeiro lugar, revela-se fundamental ponderar, casuisticamente acerca da sua necessidade⁶⁰ e utilidade^{61 62} e, concluindo-se pela afirmativa, revela-se essencial planejar a sua realização.

Nos termos do disposto no artigo 154.º, n.º 1, do CPP, a determinação da perícia é feita oficiosamente ou a requerimento⁶³ do arguido, do assistente e/ou das partes civis⁶⁴, devendo a Autoridade Judiciária atender à utilidade e oportunidade deste meio de prova para a descoberta da verdade *in casu*.

Por outro lado, a Autoridade Judiciária cabe ainda decidir qual o momento adequado para a realização da perícia, tendo em conta os elementos probatórios coligidos nos autos e a sua utilidade, na medida em que estes contextualizam e auxiliam a delimitação do objecto da perícia⁶⁵. O que também se afigura essencial à correcta elaboração dos quesitos, permitindo, posteriormente, obter de forma clara e objectiva, a percepção ou apreciação dos factos⁶⁶.

O estudo cuidadoso do processo, assente na prova já recolhida, permite, além do mais, que a Autoridade Judiciária competente transmita ao perito toda a informação relevante e

⁶⁰ Não restam dúvidas de que a prova pericial se revela essencial para a descoberta da verdade material na investigação de determinados crimes, designadamente, na área dos crimes contra as pessoas, crimes contra o património, crimes fiscais, infracções antieconómicas, crimes ambientais, crimes informáticos, exploração ilícita de jogo, entre outros.

⁶¹ “(...) A falta da realização da perícia nos casos em que é necessário a detenção de especiais conhecimentos técnicos, artísticos ou científicos, configura um vício que é de conhecimento oficioso e contido no artigo 410.º, n.º 2, al. a), do CPP, ou seja a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada (...)”, in Acórdão do TRL, de 06/07/2017, Relatora: Filipa Costa Lourenço, proc. n.º: 590/12.5JDL5B.L1-9.

“(…) A ausência de perícia pode implicar vício do processado, a incluir na parte final da alínea d) do n.º 2 do artigo 120.º do CPP, sempre que, não obstante a inexistência de literal e específica exigência legal de realização da mesma, ocorra situação em que a essencialidade probatória dela se revele, por um critério de necessidade ponderado pela especial natureza dos conhecimentos em causa (...)”, in o Acórdão do TRE, de 02/05/2017, Relator: João Gomes Sousa, proc. n.º: 208/14.1ECL5B.E1.

⁶² A este propósito, na fase de julgamento, veja-se o disposto no artigo 340.º, n.ºs 3 e 4, do CPP.

⁶³ Caso o requerimento para a realização de perícia se mostre ambíguo ou incompleto mas ainda assim, revelando interesse para a descoberta da verdade, a Autoridade Judiciária competente deve convidar o requerente a esclarecer o teor do seu requerimento ou, ordenando a perícia, optar por completar as omissões daquele no despacho que vier a proferir. Por outro lado, caso a perícia requerida se mostre dispensável e inútil à descoberta da verdade, deve a Autoridade Judiciária competente indeferir tal pretensão.

⁶⁴ A perícia psiquiátrica pode ainda ser requerida pelo legal representante do arguido, pelo cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens, pela pessoa com quem o arguido viva em condições análogas às dos cônjuges, pelos descendentes e adoptados, ascendentes e adoptantes e na falta destes, pelos irmãos e seus descendentes, nos termos do disposto no artigo 159.º, n.º 7, do CPP.

⁶⁵ Além do mais, veja-se que determinadas perícias que têm uma maior eficácia investigatória quando ordenadas logo após o cometimento dos factos, na medida em que os indícios a recolher para a elaboração da perícia podem, em pouco tempo, desaparecer, como é o caso dos crimes sexuais e de crimes cometidos com violência exercida sobre as pessoas.

No domínio da prontidão na requisição da perícia, veja-se ainda o exemplo da perícia necessária para fundamentar a decisão judicial sobre: um internamento preventivo, nos termos do disposto no artigo 202.º, n.º 2, do CPP; suspensão da execução da prisão preventiva, ao abrigo do disposto no artigo 211.º do CPP; revogação da prisão preventiva, de acordo com o artigo 160.º, n.º 1, parte final do CPP; ou modificação da execução da pena de prisão, segundo o artigo 166.º, n.º 1, a), do Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade.

⁶⁶ A título de exemplo, veja-se que, no caso da perícia à letra, mostra-se essencial que a Autoridade Judiciária tenha conhecimento sobre a tramitação da recolha de autógrafos, designadamente quais são as condições gerais para proceder a essa recolha, v.g. remeter os originais do documento suspeito e da recolha de autógrafos.

necessária à realização da perícia, evitando posteriores esclarecimentos que apenas fomentam a morosidade processual, sem prejuízo dos casos de necessidade de actualização superveniente de informação, por força de eventuais alterações processuais (cfr. artigos 154.º, n.º 2, e 156.º, n.º 3, do CPP).

Na fase de inquérito, o Ministério Público não deve descurar a estratégia que envolve a realização da perícia. Neste domínio, importa ponderar acerca da eventual não notificação da realização da perícia ao arguido, ao assistente e às partes civis nos casos em que existam razões para crer que o conhecimento da mesma prejudicará a investigação (cfr. artigos 154.º, n.º 5, a), e 262.º, n.º 1, do CPP)⁶⁷.

Ainda que se trate de uma questão de estratégia processual, a mencionada decisão do Ministério Público deverá ter reflexo no despacho que ordena a prova pericial, afirmando e demonstrando as razões que estiveram na base de tal decisão, uma vez que a ocultação da perícia mitiga a publicidade dos actos processuais e a concretização do princípio do contraditório⁶⁸, concretamente, quanto à eventual assistência à realização da perícia e respectivos pedidos de esclarecimentos (cfr. artigo 157.º, n.º 1, *in fine* do CPP), bem como eventual designação de consultores técnicos⁶⁹ (cfr. artigo 155.º, n.º 1, do CPP)^{70 71 72}.

De todo o modo, salienta-se que em qualquer altura do processo, a Autoridade Judiciária competente pode determinar, oficiosamente ou a requerimento, quaisquer esclarecimentos relativamente à perícia já realizada ou ordenar a realização de nova perícia, acautelando, por esta via, o princípio do contraditório⁷³.

Ainda por razões de urgência ou perigo na demora, em qualquer fase do processo, pode a Autoridade Judiciária competente ordenar a perícia sem notificar o Ministério Público, se este

⁶⁷ Em termos práticos, perspectivando sempre a necessidade de evitar condicionamentos ou impedimentos à aquisição, conservação e veracidade desta prova, poder-se-ão equacionar várias hipóteses, tais como: 1) assegurar a imparcialidade do perito que poderá ser posta em causa em caso de notabilidade dos sujeitos processuais envolvidos, quer pela pressão inerente a tal notabilidade ou a casos mediáticos, quer pela exposição a eventuais influências exercidas pelos mesmos; 2) assegurar a aquisição de outro tipo de prova que se revele necessária face às conclusões obtidas com a perícia e que podem ser dissimuladas com o conhecimento da mesma; 3) evitar constrangimentos e perturbações no decurso da perícia, designadamente, casos em que a perícia seja susceptível de ofender o pudor da pessoa visada, entre outros exemplos.

⁶⁸ Veja-se que “(...) o princípio do contraditório não estabelece um princípio geral e abstracto segundo o qual (...)” os sujeitos processuais “(...) tenham o direito de assistir à perícia ou ter acesso à documentação que ela levou em conta – Acórdão Mantovanelli v. França (§ 33); (...)”, in SOUSA, João Henriques Gomes – A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial, p. 38.

⁶⁹ Os consultores técnicos apresentam as suas conclusões oralmente em audiência de discussão e julgamento, nos termos do disposto no artigo 350.º, n.ºs 1 e 2, do CPP, estando sujeitas à livre apreciação da prova, ao abrigo do artigo 127.º do CPP, dado que não têm o valor dos juízos técnicos e científicos inerentes à prova pericial.

⁷⁰ Defende a autora Maria Do Carmo Dias que “(...) a decisão da não notificação do referido despacho decisório deve ser devidamente fundamentada, isto é, devem ser especificados os motivos de facto e de direito de tal decisão (artigo 97.º, n.º 4, do CPP e 205.º, n.º 1, da CRP), “para se evitar as desvantagens resultantes do não cumprimento do princípio do contraditório (...)”, in DIAS, Maria Do Carmo Saraiva De Menezes Da Silva – Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial, p. 190.

⁷¹ Sendo certo que o consultor técnico sempre poderá ser designado após a realização da perícia, tomando conhecimento do respectivo relatório, nos termos do disposto no artigo 155.º, n.º 3, do CPP.

⁷² No âmbito desta matéria veja-se a excepção disposta no artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto, a propósito das perícias médico-legais e forenses.

⁷³ In Acórdão do TRP, de 30/03/2005, Relator: Coelho Vieira, proc. n.º: 0444597.

não for o seu autor, o arguido, o assistente e as partes civis, devendo fundamentar tal decisão (cfr. artigo 154.º, n.º 5, do CPP e 205.º, n.º 1, da CRP).

Ultrapassada a fase que rege a ponderação sobre a necessidade e oportunidade da realização da perícia, cabe a autoridade judiciária refletir sobre a concreta tramitação, organização e optimização de meios que envolvem a perícia.

Neste ponto, cabe destacar que a tramitação das perícias médico-legais e forenses⁷⁴, das perícias sobre a personalidade⁷⁵ e das perícias sobre as características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado o seu consentimento⁷⁶ ⁷⁷ apresenta especificidades relativamente à tramitação geral da prova pericial.

Sendo a perícia um acto formal processual típico importa, em primeira linha, respeitar as regras atinentes ao despacho que a ordena (cfr. artigo 154.º, n.º 1, do CPP).

Neste sentido, deve o mesmo⁷⁸ conter: o objecto da perícia; os quesitos a que os peritos devem responder; a instituição, laboratório ou nome dos peritos que a realização (cfr. artigo 154.º, n.º 1, do CPP); a indicação dos sujeitos que podem assistir à perícia (cfr. artigo 156.º, n.º 2, do CPP); indicação se a Autoridade Judiciária assiste à realização da perícia (cfr. artigo 156.º, n.º 2, do CPP); a autorização para destruir ou alterar o objecto submetido a perícia (cfr. artigo 161.º do CPP); a cominação de que a recusa de obediência implica a respectiva responsabilidade criminal (cfr. artigo 348.º, n.º 1, b), do CPP)⁷⁹; e o prazo para a sua realização.

O respeito pela forma e conteúdo deste despacho mostra-se essencial não só por ser a principal via de comunicação entre a Autoridade Judiciária e o perito⁸⁰, mas também pela circunstância de ser notificado ao Ministério Público, quando este não é o seu autor, ao

⁷⁴ No que concerne às perícias médico-legais e forenses veja-se o disposto no artigo 159.º do CPP e nos artigos previstos na Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto.

⁷⁵ No que toca às perícias sobre a personalidade veja-se o disposto nos artigos 160.º e 131.º, n.º 3, do CPP.

⁷⁶ Quanto às perícias sobre as características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado o seu consentimento, veja-se que o despacho que ordena a sua concretização é sempre da competência do juiz, sendo que a mesma não pode criar perigo para a saúde do visado, nos termos do disposto nos artigos 154.º, n.º 3, e 156.º, n.ºs 6 e 7, do CPP. O teor de despacho deve reflectir, além do mais, a ponderação da necessidade da realização da perícia.

⁷⁷ No âmbito desta matéria, após recusa do visado, pode o mesmo ser compelido a realizar a perícia para detecção da toxicodependência, mediante despacho judicial, de acordo com o artigo 43.º, n.º 4, do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, que erradamente é denominada pelo legislador como exame.

O mesmo raciocínio tem aplicação no caso das perícias previstas nos artigos 52.º e 53.º do mesmo diploma, v.g. 53.º, n.º 3, do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, conjugado com o artigo 154.º, n.º 3, do CPP *ex vi* 51.º, n.º 2, do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, acompanhando assim o entendimento do autor Paulo Pinto de Albuquerque, *in* ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, p. 442. Em sentido contrário, quanto à perícia prevista no artigo 53.º daquele diploma, veja-se o Acórdão do TRC, de 30/03/2011, Relator: Paulo Guerra, proc. n.º: 10/10.0PECTB.C1.

⁷⁸ O despacho que ordena a perícia é recorrível, nos termos do disposto no artigo 399.º do CPP e, sendo proferido pelo Ministério Público, poderá ser alvo de reclamação hierárquica.

⁷⁹ No caso da perícia à droga cfr. artigo 53.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

⁸⁰ Veja-se que sempre que o despacho que ordena a perícia não contiver o objecto da perícia e os quesitos a que os peritos devem responder, estes devem obrigatoriamente requerer as diligências ou esclarecimentos necessários, no prazo máximo de cinco dias, de acordo com o disposto no artigo 156.º, n.º 4, do CPP.

arguido, ao assistente e às partes civis (cfr. artigo 154.º, n.º 4, do CPP)⁸¹, assegurando o princípio do contraditório⁸².

No que toca à escolha do estabelecimento, laboratório ou serviço para a realização da perícia, a Autoridade Judiciária deve escolher de entre entidades públicas que tiver ao seu dispor^{83 84 85}, regra que apenas é afastada por impossibilidade ou inconveniência (artigo 151.º, n.º 1, e 160.º-A do CPP)⁸⁶.

Segue-se o acto de nomear o perito (cfr. artigo 152.º, n.º 1, do CPP), cujo formalismo não pode ser olvidado, porquanto a sua verificação é essencial à valoração deste meio de prova como prova pericial.

Nesta sequência, para além de apurar se o perito possui reconhecidos conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, a Autoridade Judiciária deve certificar-se que o perito a nomear não representa os interesses do arguido, do assistente ou do ofendido^{87 88 89}.

⁸¹ Ressalvando-se o disposto no artigo 154.º, n.º 5, do CPP, conforme já exposto.

⁸² A falta da notificação do despacho que ordenou a perícia constitui uma irregularidade processual, de acordo com o artigo 123.º do CPP, dependendo de arguição, neste sentido, veja-se a Jurisprudência do Tribunal da Relação do Porto, *in* Acórdão do TRP, de 30/03/2005, Relator: Coelho Vieira, proc. n.º: 0444597.

⁸³ A opção legislativa pelo carácter público da perícia encontra-se associada à credibilidade que é dada à imparcialidade e competência do perito nomeado pelo Tribunal ou integrado em quadro administrativo das instituições oficiais de peritagem forense, neste sentido SOUSA, João Henriques Gomes – A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial, p. 29.

⁸⁴ Encontra-se excluído, em regra, o regime de perícias adversariais, privadas, assentes na possibilidade do arguido e assistentes apresentarem as suas próprias perícias ou de serem outras entidades não designadas pelo Tribunal a realizar a perícia, neste sentido SOUSA, João Henriques Gomes – A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial, p. 29.

⁸⁵ As perícias médico-legais e forenses são obrigatoriamente realizadas nas delegações e gabinetes médico-legais do Instituto Nacional de Medicina Legal, nos termos do disposto no artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto.

⁸⁶ Neste sentido, veja-se a Jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa, no Acórdão do TRL, de 06/07/2017, Relatora: Filipa Costa Lourenço, proc. n.º 590/12.5JDLSB.L1-9.

⁸⁷ No âmbito desta temática, veja-se que “(...) é o que sucede, por ex. com as chamadas “peritagens” de mercadorias contrafeitas apreendidas, quando são realizadas por “peritos” que representam as marcas ofendidas, as quais não podem ser tratadas como prova pericial para efeitos penais”, *in* DIAS, Maria Do Carmo Saraiva De Menezes Da Silva – Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial, p. 186, nota de rodapé n.º 46.

⁸⁸ Observe-se ainda no âmbito da criminalidade fiscal que face à complexidade e tecnicidade das matérias em apreço, o Ministério Público, por regra, delega competência investigatória nos Inspectores Tributários (cfr. artigo 50.º, n.º 1, do RGIT). Contudo, com a aprovação do DL n.º 557/99, de 17 de Dezembro determinou-se a extinção das categorias de Perito Tributário e Perito de Fiscalização Tributária e a criação, em sua substituição, das categorias de Técnico da Administração Tributária e de Inspetor Tributário (cfr. artigo 58.º, n.º 9, 60.º a 61.º do DL n.º 557/99, de 17 de Dezembro). Face ao exposto, o Inspetor Tributário pode ser chamado ao processo penal na qualidade de perito e na qualidade de testemunha, por ter participado nas ações inspetivas (cfr. artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 413/98 e 54.º, n.º 1, a), e n.º 4, do DL n.º 398/98, de 17 de Dezembro). Tal situação não se compadece com o dever de imparcialidade inerente à qualidade de perito, atenta à sua qualidade de funcionário da Autoridade Tributária e à sua função de assistir tecnicamente o Ministério Público no âmbito da investigação (cfr. artigos 47.º, 39.º, n.º 1, d), e 133.º, n.º 1, d), do CPP). Assim, o Inspetor Tributário não deve ser nomeado como perito nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 152.º a 154.º do CPP, podendo apenas ser designado pelo MP como consultor técnico, nos termos do artigo 155.º do CPP. Nesta sequência, o relatório elaborado pelo mesmo, no qual consta a descrição do que apurou no âmbito da acção de inspecção não é uma perícia, mas sim um exame, devendo ser valorado à luz do disposto no artigo 127.º do CPP.

⁸⁹ À Autoridade Judiciária que tiver procedido à nomeação do perito cabe decidir no âmbito de incidentes desencadeados por impedimentos, suspeições, recusas e escusas, sendo tal decisão irrecorrível, nos termos do disposto no artigo 47.º, n.º 2, do CPP.

Ordenada a perícia e nomeado o perito, a Autoridade Judiciária deve aguardar pela sua realização, controlando e compatibilizando os prazos processuais com o prazo necessário para a realização da mesma (cfr. artigo 157.º, n.ºs 2 e 3, do CPP)⁹⁰, o que variará, consoante a complexidade do caso, o comportamento dos sujeitos processuais, assim como os meios logísticos e humanos disponíveis nas entidades periciais^{91 92}.

A exigência de controlo da realização da perícia em prazo razoável advém da necessidade de assegurar a tramitação de um processo equitativo⁹³ (cfr. artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, aplicável no ordenamento jurídico português por força do disposto no artigo 8.º, n.º 2, da CRP), por este motivo, a Autoridade Judiciária deve fixar um prazo para a realização da perícia, conforme supra mencionado.

O prazo concedido para a sua realização afigura-se ainda de extrema importância, visto que a Autoridade Judiciária pode proceder à substituição do perito, nos casos em que este não tenha apresentado o relatório pericial no prazo fixado ou nos casos em que perícia não foi desempenhada de forma zelosa, nos termos do disposto no artigo 153.º, n.ºs 3 e 4, do CPP, “(...) podendo ser, inclusivamente condenado no pagamento de uma quantia monetária – entre 1 e 6 UCs⁹⁴ – se, mediante decisão devidamente fundamentada vier a apurar-se a existência de grosseira violação dos seus deveres(...)”⁹⁵, bem como incorrer em responsabilidade criminal (cfr. artigos 348.º, n.º 1, b); 360.º e 381.º do CP).

Finda a realização da perícia, o relatório pericial será remetido ao processo, devendo a Autoridade Judiciária⁹⁶ conferir se o mesmo menciona e descreve, de forma clara e precisa, as respostas e conclusões devidamente fundamentadas⁹⁷, não se resumindo a meras “opiniões” subjectivas e sem a pretensão objectiva e racional de ver a verdade⁹⁸. Além do mais, deve conferir se as mesmas não reflectem um uso abusivo da prova já existente no processo e que serviu de base de trabalho à perícia^{99 100}.

⁹⁰ Sem prejuízo do disposto no artigo 157.º, n.º 4, do CPP.

⁹¹ No âmbito do controlo do andamento do processo, a Autoridade Judiciária deve ainda ter em conta se a designação de consultor técnico e o desempenho da sua função atrasará ou não a realização da perícia e o respectivo impacto na tramitação processual, nos termos do disposto no artigo 155.º, n.º 4, do CPP.

⁹² Para aprofundar a temática do controle judicial sobre o prazo para a realização da perícia, veja-se SOUSA, João Henriques Gomes – A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial, pp. 32 e 33.

⁹³ Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, designadamente, Acórdãos Billi v. Itália; Proszak v. Polónia; e Gozalvo v. França, citados na obra, SOUSA, João Henriques Gomes – A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial, pp. 33 e 34.

⁹⁴ Nos termos do disposto no artigo 153.º, n.º 4, do CPP.

⁹⁵ In DIAS, Maria Do Carmo Saraiva De Menezes Da Silva – Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial, pp. 186 e 187.

⁹⁶ A Autoridade Judiciária deve ainda conferir se o perito remeteu ao processo o compromisso de honra (cfr. artigos 156.º, n.º 1, e 91.º, n.º 2, do CPP), sendo prática comum que os peritos sejam ajuramentados. Contudo, salienta-se que os peritos que sejam funcionários públicos e intervierem no exercício das suas funções não prestam juramento (cfr. artigo 91.º, n.º 6, b), do CPP).

⁹⁷ A exigência de fundamentação do relatório pericial prende-se com a extrema relevância que o seu teor assume enquanto elemento objectivo que a Autoridade Judiciária dispõe para aquilatar da sua credibilidade da perícia.

⁹⁸ “(...) Uma opinião é aquilo que, de intermédio, fica entre a ignorância e a ciência, no dizer que Platão uma faculdade – diferente da ciência – capaz de fazer juízos sobre a aparência”, in SOUSA, João Henriques Gomes – A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial, p. 40.

⁹⁹ Em caso de obscuridade nas respostas e conclusões apresentadas, a Autoridade Judiciária poderá pedir os devidos esclarecimentos, nos termos do disposto no artigo 157.º, n.º 1, do CPP.

A Autoridade Judiciária deve dar conhecimento do relatório pericial aos demais sujeitos processuais¹⁰¹ ¹⁰², assegurando o princípio do contraditório, bem como o princípio da igualdade de armas¹⁰³.

No que diz respeito à valoração da perícia, esta assume uma valoração especial, decorrendo do artigo 163.º do CPP que “o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador”¹⁰⁴, o que se justifica face à intervenção de pessoas dotadas de especiais conhecimentos para a sua realização.

Contudo, cumpre salientar que o valor atribuído à prova pericial não obriga a Autoridade Judiciária a submeter-se ao *ipse dixit* dos peritos pois, pese embora o recurso a este meio de prova resulte da exigência de conhecimentos técnicos que aquela autoridade não detém, a sua utilização como prova não pode ser isenta de crítica, uma vez que a decisão final sobre a causa é da responsabilidade do Tribunal.

Nestes termos, a Autoridade Judiciária aprecia a prova, fixando o concreto valor que há-de conceder a este meio de prova, visto que apesar de se presumir subtraído à apreciação do julgador, importa ter conta que esta presunção é ilidível (cfr. artigo 163.º, n.º 2, do CPP)¹⁰⁵.

Não descurando o controlo sobre o cumprimento dos requisitos formais da prova pericial, uma vez que a sua inobservância implicará uma valoração da prova nos termos do artigo 127.º do CPP, a Autoridade Judiciária deve atender a um conjunto de critérios objectivos que permitem,

¹⁰⁰ O relatório pericial deve assentar “(...) em factos e dados suficientes e judicialmente aceites (...)”, no qual tenham sido “(...) utilizados princípios e métodos (científicos ou técnicos) de confiança (...)” e que esses princípios e métodos tenham sido “(...) devidamente aplicados aos factos do caso a ser julgado (...)”, revelando-se “(...) existente uma relação lógica, científica ou técnica, que se estabelece entre os fundamentos factuais e metodológicos e as conclusões do relatório”, in SOUSA, João Henriques Gomes – A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial, p. 45.

¹⁰¹ A falta da notificação do relatório pericial constitui uma irregularidade processual, de acordo com o artigo 123.º do CPP, dependendo de arguição, neste sentido, veja-se a Jurisprudência do Tribunal da Relação do Porto, in Acórdão do TRP, de 30/03/2005, Relator: Coelho Vieira, proc. n.º: 0444597.

¹⁰² Coloca-se ainda a questão de saber se a Autoridade Judiciária pode facultar o acesso de terceiros a relatórios periciais em que estejam em causa dados pessoais, ainda que o processo penal seja público. Ora, no âmbito de tal decisão, incumbe à autoridade judiciária verificar, casuisticamente se, existe um interesse legítimo no acesso ao relatório pericial, nos termos do disposto no artigo 90.º, n.º 1, do CPP, o que implica um juízo de ponderação sobre os interesses em conflito, ao abrigo do artigo 18.º da CRP, que justifique a restrição do direito à reserva da vida privada. Neste domínio desta matéria, veja-se o Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 30/2005, de 02/06/2005.

¹⁰³ “O princípio da igualdade de armas (...) impõe que a cada parte seja oferecida uma possibilidade razoável de apresentar a sua causa em condições que a não coloquem numa situação de desvantagem em relação à contraparte (Acórdão Nideröst-Huber v. Suíça, 27-01-1997, § 23). Isto implica, no mínimo, a possibilidade de tomar conhecimento das observações ou elementos de prova produzidos (...), bem como a possibilidade de as discutir (Acórdão Brandstetter v. Áustria § 67), in SOUSA, João Henriques Gomes – A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial, pp. 35 e 36.

¹⁰⁴ Veja-se que nem sempre foi assim. Na vigência do CPP de 1929 era entendimento unânime da doutrina e jurisprudência que o Tribunal apreciava livremente a prova pericial.

¹⁰⁵ Apesar da especial valoração concedida pelo disposto no artigo 163.º do CPP, não significa que “(...) a prova pericial, só por si seja suficiente para, em sede de inquérito, permitir uma acusação ou um arquivamento ou para, em sede de instrução, permitir uma pronúncia ou uma não pronúncia ou para, em fase de julgamento, permitir uma condenação ou absolvição (...)”, in DIAS, Maria Do Carmo Saraiva De Menezes Da Silva – Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial, p. 188.

na ausência de conhecimentos científicos, formular “(...) *um juízo sobre o mérito intrínseco e grau de convencimento a atribuir ao laudo pericial*”¹⁰⁶.

Assim, em primeiro lugar, deve verificar-se se as técnicas e teorias científicas utilizadas para obter dados e conclusões foram utilizadas previamente e se as mesmas são relevantes e geralmente aceites pela comunidade científica¹⁰⁷.

Em segundo lugar, deve analisar-se se “(...) *as técnicas utilizadas foram aplicadas segundo os padrões e normas de qualidade vigentes (...)*”^{108 109} e, por último, compreender se o relatório pericial “(...) *contém informação sobre o nível de erro e sobre a graduação de variabilidade e incerteza dos dados obtidos através da técnica ou teoria científica utilizadas (...)*”^{110 111}, bem como se o juízo científico apresentado assenta em factos e em dados suficientes.¹¹²

Deste modo, a Autoridade Judiciária aprecia “(...) *o rigor do método, a veracidade das suas premissas e a consistência das suas conclusões (...)*”¹¹³, com vista a decidir se a prova apresentada deve ser valorada como uma forma de conhecimento dotada de validade técnica, científica ou artística^{114 115 116}.

Podem ainda ser pedidos esclarecimentos complementares¹¹⁷ ao perito ou ordenar que seja realizada nova perícia¹¹⁸ ou renovada a perícia anterior¹¹⁹, quando tal seja necessário à descoberta da verdade material e consoante a gravidade e relevância do vício de que padece a

¹⁰⁶ In SOUSA, Luís Filipe Pires – A valoração da prova pericial, p. 15.

¹⁰⁷ “(...) *A indagação sobre a observância deste requisito pode alcançar-se mediante: a menção das publicações científicas ou manuais onde estão expostas essas técnicas e teorias que foram utilizadas (...)*”, referir se as mesmas são de “(...) *uso comum na praxis científica ou profissional (...)*” e, ainda descrever o procedimento de análise, assim como os instrumentos utilizados, ou seja, “(...) *explicar o iter técnico que conduziu às conclusões (...)*”, in SOUSA, Luís Filipe Pires – A valoração da prova pericial, p. 14.

¹⁰⁸ In SOUSA, Luís Filipe Pires – A valoração da prova pericial, p. 15.

¹⁰⁹ Apelando-se a normas deontológicas e manuais de boas práticas.

¹¹⁰ In SOUSA, Luís Filipe Pires – A valoração da prova pericial, p. 15.

¹¹¹ Apelando-se a informação estatística contrastável sobre certo resultado.

¹¹² Neste sentido, veja-se também SOUSA, João Henriques Gomes – A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial, p. 43.

¹¹³ In SOUSA, Luís Filipe Pires – A valoração da prova pericial, p. 17.

¹¹⁴ Por outro lado, perante perícia cujos juízos são inconclusivos, deve a autoridade judiciária, valorá-la nos termos do disposto no artigo 127.º do CPP.

¹¹⁵ No caso da coexistência de relatórios periciais contraditórios, por exemplo, na sequência do disposto no artigo 158.º n.º 1 b) do CPP ou no caso de perícia colegial, em que os peritos apresentam conclusões dispares, nos termos do artigo 157.º n.º 5, do CPP, a autoridade judiciária deve recorrer aos referidos critérios, com vista a fundamentar a sua preferência e valoração da mesma.

¹¹⁶ Posteriormente, com vista a assegurar os princípios do contraditório e de igualdade de armas, a autoridade judiciária deve assegurar que os intervenientes, incluindo peritos, são chamados ao processo, caso seja necessário prestar esclarecimentos, nomeadamente na fase de julgamento.

¹¹⁷ Caso o relatório pericial apresente determinadas insuficiências, tais como, a falta de resposta a alguma das questões colocadas pela Autoridade Judiciária, esta pode, desde logo, notificar o perito, solicitado por escrito, que o relatório pericial seja completado. Por outro lado, caso apenas apresente um lapso de escrita, a Autoridade Judiciária deve requerer a sua rectificação por escrito.

¹¹⁸ Veja-se ainda que caso o perito “(...) *em audiência, mude de opinião em relação à perícia que havia feito, (...)* ponderando as circunstâncias concretas e razões, bem como relevância da mudança de posição do perito, concluindo-se que se releva de interesse para a descoberta da verdade, deverá ser realizada nova perícia, ou se for caso disso, renovada a perícia anterior”, in DIAS, Maria Do Carmo Saraiva De Menezes Da Silva – Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial, p. 218.

¹¹⁹ A renovação da perícia anterior equivale à repetição da perícia já realizada no processo.

prova pericial (cfr. artigo 158.º, n.º 1, a) e b), do CPP), dissipando eventuais dúvidas ou suprimindo faltas ou deficiências da prova pericial.

“Mas, se apesar dos esclarecimentos prestados, as dúvidas persistirem, então, como se diz no Ac. do TRG, de 9/1/2004, CJ 2004, I, 293, «só deve ordenar-se novo exame se houver fundada convicção de que elas se devem insuficiência do exame realizado, e não há incapacidade do destinatário do relatório para o compreender»¹²⁰”.

Por outro lado, partindo do pressuposto de que *“(…) o juízo técnico, científico ou artístico formulado pelo perito terá que ter como suporte determinados factos, factos esses que serão o seu ponto de partida e que lhe irão permitir retirar as respetivas conclusões (…)*¹²¹”, a sua impugnação, por regra, apenas pode ser feita, refutando os factos que estiveram na base das conclusões¹²² ou, mostrando que as conclusões alcançadas estão erradas ou são inexatas ou ainda, demonstrando que a metodologia utilizada não era adequada, quando comparada com a metodologia utilizada geralmente naquele tipo de perícia.

A Autoridade Judiciária *“(…) só pode arredar a conclusão inscrita no relatório pericial com fundamento numa crítica material da mesma natureza (…)*¹²³, sendo que, tal crítica, não pode estar alicerçada em critérios pessoais e subjectivos e, sem apoio em conceitos científicos^{124 125}. Por último, a Autoridade Judiciária competente deve ordenar o pagamento da perícia, em função de tabelas aprovadas pelo Ministério da Justiça ou, na falta destas, segundo os usos do mercado (cfr. artigo 162.º do CPP)¹²⁶.

¹²⁰ In DIAS, Maria Do Carmo Saraiva De Menezes Da Silva – Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial, p. 218.

¹²¹ In DIAS, Maria Do Carmo Saraiva De Menezes Da Silva – Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial, p. 216.

¹²² *“Quanto à base de facto (…)* é lícito ao julgador divergir dela, sem que haja necessidade de fundamentação científica, porque não é posto em causa o juízo de carácter técnico-científico expendido pelos peritos, aos quais escapa o poder de fixação daquela matéria. Ou seja, o Tribunal mantém a liberdade de apreciação da prova se a divergência se confinar a factos em que se apoia o juízo pericial”, in SOUSA, Luís Filipe Pires – A valoração da prova pericial, p. 19.

¹²³ In SOUSA, Luís Filipe Pires – A valoração da prova pericial, p. 18. Neste sentido, veja-se ainda a obra DIAS, Jorge Figueiredo, Direito Processual Penal, Tomo I, pp. 208 e 209, sustentado que a liberdade de apreciação da prova pericial está, assim, restringida aos dados de facto que servem de base ao juízo científico, considerando que o juízo científico só é suscetível de uma crítica igualmente material e científica.

¹²⁴ A Autoridade Judiciária pode ainda recorrer às conclusões vencidas numa perícia colegial ou às observações expressas pelo consultor técnico.

¹²⁵ Sobre a inexistência de fundamentação do relatório pericial, veja-se SOUSA, João Henrique Gomes de - A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial, pp. 46 a 47.

¹²⁶ Neste domínio, veja-se o artigo 91.º do Código das Custas Processuais que estabelece a remuneração das perícias nos processos iniciados antes de 20/04/2009 e o artigo 17.º do Regulamento das Custas Processuais para os processos iniciados depois dessa data. Por outro lado, quanto ao custo das perícias médico-legais veja-se o disposto no artigo 8.º da Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto, bem como a Portaria n.º 175/2011, de 28 de Abril.

1.3. Exame e Perícia – Casos controversos de valoração

1.3.1. Crime de exploração ilícita de jogo

No plano teórico, a tarefa de traçar a distinção entre o exame e a perícia afigura-se simples quando comparada com a mesma incumbência no plano prático, porquanto surgem os problemas associados à interpretação da lei que, neste domínio, se apresenta equívoca, utilizando indistintamente a denominação de exame e perícia, sem que devidamente seja acautelado o rigor jurídico do que se refere, ao que acresce a falta de aplicação dos conceitos jurídicos na tramitação processual.

Ora, conforme já explanado, a referida distinção tem importantes repercussões jurídicas a nível da valoração da prova, pelo que e porque polémico, veja-se o exemplo da valoração do relatório elaborado pelo Serviço de Regulação e Inspeção de Jogos no âmbito da investigação do crime de exploração ilícita de jogo (cfr. artigo 108.º do DL n.º 422/89, de 02 de Dezembro), colocando-se a questão de saber qual o valor probatório a atribuir ao referido relatório.

Em sede de recurso, não são raras as vezes em que, pelo arguido, é levantada a questão do erro na apreciação da prova, concretamente na valoração do relatório pericial elaborado pelo Serviço de Regulação e Inspeção de Jogos, sustentando que o mesmo não é suportado por conclusões científicas e que por este motivo deveria ser valorado à luz do disposto no artigo 127.º do CPP, defendendo que se trata de um exame e não de uma perícia, não podendo conforme é vulgarmente feito ser valorado nos termos do disposto no artigo 163.º do CPP.

Assim, as dúvidas surgem relativamente ao teor do relatório pericial^{127 128} no âmbito deste tipo de criminalidade.

Importa salientar que, na grande esmagadora maioria dos casos, estes relatórios apenas apresentam a identificação da máquina, descrevem as suas características físicas, elencam o funcionamento da mesma¹²⁹ e terminam sobre o título “conclusão” com a constatação de que estamos ou não perante um jogo de fortuna ou azar.

No âmbito da exposição sobre o funcionamento da máquina, cabe destacar que estes relatórios descrevem o conteúdo do disco rígido, ou seja, o conteúdo do software, enunciando os jogos que a mesma contém e descrevendo o modo de jogar.

¹²⁷ Salienta-se que, por norma, “exame pericial” é a denominação imprecisa atribuída pelo Serviço de Regulação e Inspeção de Jogos ao relatório por si elaborado.

¹²⁸ Na fase de inquérito, por regra, é ordenada a perícia à máquina de jogo apreendida pelo Serviço de Regulação e Inspeção de Jogos (cfr. artigos 95.º e 96.º, n.º 1, c), do DL n.º 422/89, de 2 de Dezembro conjugado com os artigos 151.º, 152.º e 154.º do CPP), sendo que, após a sua realização, é junto aos autos o respetivo relatório.

¹²⁹ No que concerne à descrição do seu funcionamento são frequentes as narrações puramente descritivas, por exemplo: “ao ligar-se a máquina à corrente elétrica aparece no ecrã a informação de inicialização do seu sistema operativo “Windows XP”, acabando por colocar no ecrã a imagem estática de uma página de acesso ao “facebook”. No entanto, quando se introduzem moedas ou notas, nada acontece. Estas máquinas são conhecidas por necessitarem de um código de toques em determinadas áreas do ecrã táctil para a invocação de um teclado virtual no qual se digita um código para ativação de jogos de fortuna ou azar”.

A questão não é pacífica entre a jurisprudência portuguesa, defendendo a Relação do Tribunal de Coimbra que *“(...) através da análise do disco rígido da máquina referida em 2., foi possível identificar diversos ficheiros, localizados em pastas escondidas no sistema, que evidenciavam o facto de a máquina desenvolver jogos de fortuna ou azar (...). Essas referências foram encontradas no disco, o que permitiu, por conseguinte, identificar os ficheiros executáveis e dele extrair imagens donde se concluiu que a mesma esteve apta a desenvolver quatro jogos de slotmachine (...).*

A análise dos discos rígidos das máquinas apreendidas constitui uma verdadeira perícia, porquanto a perceção e/ou apreciação do conteúdo da informação depositada nos mesmos só é alcançável por quem detém especiais conhecimentos técnicos e científicos na área informática (...).

Com efeito, concedendo, embora, que os relatórios em causa assumem – como se nos afigura ter de ser - uma natureza mista, ou seja uma vertente de «perícia» e uma outra de «exame», é inquestionável não se mostrar aquela excluída, pois que não se limitam os mesmos a traduzir o resultado de uma mera observação de vestígios e de indícios relativos ao modo como foram praticados os factos.

Em síntese, diremos que: (...) Os relatórios contra os quais o recorrente se insurge, na medida em que refletem a análise levada a efeito aos discos rígidos das máquinas apreendidas, donde foi possível extrair o conteúdo da informação nos mesmos depositada assume a natureza de perícia uma vez que a perceção e ou apreciação do conteúdo daquele só é realizável por quem detém especiais conhecimentos técnicos, concretamente na área informática (...)¹³⁰.

Em sentido oposto, defende o Tribunal da Relação de Évora que *“(...) o que consta de fls. 38 a 41 é a descrição física da máquina e o seu modo de funcionamento. Se o tribunal "a quo" tivesse a máquina na sala de audiências, pespegada em cima de uma mesa e a ligasse à corrente e pusesse a funcionar, em breve a descreveria tal como foi feito a fls. 38 a 41 e depois nos pontos 3, 4 e 5 dos factos provados, sem serem necessários os especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos de que fala o mencionado artigo 151.º (...)*

O que está a fls. 38 a 41 não pode considerar-se uma perícia, na mais correcta asserção do termo jurídico; chamaram-lhe assim, mas do que se trata é antes de um exame, diligência probatória realizada por técnico do Serviço de Inspeção de Jogos (...).

¹³⁰ In Acórdão do TRC, de 20/05/2015, Relatora: Maria José Nogueira, proc. n.º: 149/12.7EACBR.C1.

No mesmo sentido, veja-se o Acórdão do TRC, de 04/03/2015, Relator: Fernando Chaves, proc. n.º: 4/13.3TBSAT.C1, defendendo que *“Como resulta do referido relatório elaborado pelo Serviço de Inspeção de Jogos, o mesmo, para além de identificar a máquina em causa, descreve as suas características exteriores, bem como o modo do seu funcionamento, sendo que a conclusão de que este tipo de máquinas está preparado para desenvolver jogos de fortuna ou azar foi alcançada através da análise pormenorizada ao disco rígido da máquina (...).*

A análise técnica efectuada ao software da máquina (instalado em disco rígido) foi possível identificar diversos ficheiros localizados em pastas escondidas do sistema que evidenciam o facto de a máquina desenvolver jogos de fortuna ou azar (...)

A descrição que o relatório pericial faz da máquina apreendida e do seu modo de funcionamento resulta, portanto, do conhecimento especializado do perito sobre o tipo de máquinas em causa, sendo certo que nenhum elemento de prova foi apresentado ao tribunal a quo que lhe permita divergir do juízo contido no relatório pericial (...).”

Enquanto a perícia tem uma finalidade valorativa (o perito interpreta e avalia os vestígios da prática do crime), o exame tem uma finalidade descritiva (visa a inspeção e detecção de vestígios da prática de um crime e a sua descrição em auto, ou seja, é, essencialmente, uma actividade de recolha de meios de prova, sejam pessoais ou reais (...)).

A finalidade do exame é fixar documentalmente ou permitir a observação directa pelo tribunal de factos relevantes em matéria probatória e, mesmo quando efectuado por pessoa com especiais conhecimentos, o exame distingue-se da perícia porquanto aquele apenas descreve o que o examinador observa – Germano Marques da Silva, “Curso de Processo Penal”, II, Verbo, 5.ª edição, pág. 281.

Por isso é que, apesar de a fls. 38-41 constar uma conclusão a dizer que o material examinado serve para a prática de um jogo de fortuna e azar, o tribunal pode muito bem afinal classificá-lo como modalidades afim do jogo de fortuna ou azar e fazê-lo apenas com base em argumentação jurídica, pois não se trata de assunto compreendido no âmbito da previsão do artigo 163.º do Código de Processo Penal (...)”¹³¹.

Ora, sufragamos o entendimento do Tribunal da Relação de Évora uma vez que, não obstante estes relatórios apresentem uma descrição do software, sendo necessário para o efeito especiais conhecimentos técnicos, não deixa de ser verdade que tais conhecimentos servem a mera detecção e descrição factual, que posteriormente é inscrita num documento.

Nestes termos, a circunstância de estarmos perante conhecimentos técnicos não é suficiente para que se possa considerar tal descrição como perícia, pois encontram-se em falta os juízos de apreciação e valoração dos factos detectados.

¹³¹ In TRE, de 07/01/2014, Relator: Martinho Cardoso, proc. n.º: 67/09.6EASTR.E1.

No mesmo sentido veja-se o Acórdão do TRP, de 24/04/2013, Relator: Joaquim Gomes, proc. n.º: 33/11.1PFVNG.P1, defendendo que “(...) Ora e como se pode constatar do relatório elaborado pelo Serviço de Inspeção de Jogos constante a fls. 64-69 o mesmo para além de identificar a máquina em causa, descreve as suas características exteriores, bem como o modo do seu funcionamento, o que para o efeito não são exigíveis específicos conhecimentos técnicos, pelo que tal exame não pode ser considerado como pericial. E muito menos seria a conclusão de que “de acordo com a experiência adquirida, os vales de desconto têm como finalidade escamotear a verdadeira natureza do jogo, dado que não são para ser entregues, prova disso é que uma das senhas premiadas se encontra[r] agrafada ao respectivo vale de desconto”, pelo que “Em face do exposto, o material que foi examinado, serve para a prática de um jogo de fortuna ou azar, ...”. Nesta conformidade, não existe nenhuma censura a fazer à decisão recorrida que apreciou livremente o referido exame e o seu relatório (...).”

E ainda no mesmo sentido, o Acórdão do TRE, de 02/05/2017, Relator: João Gomes Sousa, proc. n.º: 208/14.1ECLSB.E1, sustentando que “(...) De facto, o dito acto processual de fls. 24-28 só pode ser qualificado como um exame nos termos do artigo 172 e seguintes do C.P.P. e não uma perícia (artigos 151º e seguintes do mesmo diploma), pois que não exige a percepção ou apreciação de factos nem a exigência de “especiais conhecimentos”, enquanto documentação processual do que existe. E o exame de fls. 24-28vº apenas pode ter essa vertente: a documentação das características da máquina apreendida. E características existentes e verificáveis no momento, não daquilo que é imaginado. Isso já é “literatura (...) Daqui resultam evidentes duas conclusões para o caso dos autos: o documento de fls. 24-28vº não é uma perícia; as conclusões (?) de um exame - que nem deveriam existir - não afastam as conclusões de uma perícia, a não ser que o juiz fundamente materialmente essa divergência. E o documento não é uma perícia desde logo porquanto não realizado por perito ou peritos nomeados pelo tribunal mas sim por funcionários com funções policiais sem que – por essa simples circunstância – reúnam as condições de isenção e imparcialidade exigível a qualquer perito. [2] São funcionários da investigação e se nada impede que façam “exames” tudo impede que façam “perícias” (...).”

Estamos assim perante relatórios que se limitam a apresentar uma mera observação: se a máquina é ou não uma máquina de jogo de fortuna ou azar, ainda que assente em especiais conhecimentos para a obtenção dessa observação, concretamente no que diz respeito à descrição do software.

IV. Hiperligações e referências bibliográficas

AGOSTINHO, Patrícia Naré – Intrusões Corporais em processo penal, (2014), Coimbra, Coimbra Editora, ISBN: 978-972-32-2302-6;

ALBUQUERQUE, Paulo Pindo de – Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, (2011), Lisboa, 4.ª Edição: Universidade Católica, ISBN: 978-972-54-0295-5;

ANTUNES, Maria João – Direito Processual Penal, (2016), Coimbra, Edição: Almedina, ISBN: 978-972-40-6558-8;

CALADO, António Marcos Ferreira - Legalidade e oportunidade na investigação criminal, (2009), Coimbra: Coimbra Editora, ISBN 978-972-32-1696-7;

CALHEIROS, Clara - Verdades difíceis: intersecções entre direito e ciência. Revista Julgar. N.º Especial, (2014), Coimbra, Coimbra Editora, ISSN 1646-6853;

CARVALHO, Paula Marques – Manual Prático de Processo Penal, 8.ª Edição, (2014), Coimbra, Edição: Almedina, ISBN: 978-972-40-5581-7;

DIAS, Jorge De Figueiredo – Direito Penal – Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais e a Doutrina Geral do Crime, (2004), Coimbra, Coimbra Editora, ISBN: 9723212889;

DIAS, Jorge De Figueiredo - Direito Processual Penal, Tomo I, (1974), Coimbra, Coimbra Editora;

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva - Particularidades da prova em processo penal. Revista do CEJ. N.º 3, (2004), Lisboa, Edição: Centro de Estudos Judiciários, ISSN 1645-829X;

FERNANDES, Maria José - Investigação Criminal e Gestão de Inquérito: práticas de optimização de meios (materiais e humanos) e de métodos de trabalho condicionantes do êxito da investigação. Ebook CEJ: Gestão processual: agenda, conclusões, serviço urgente e serviço diário, provimentos e ordens. (2013), Lisboa, Edição: Centro de Estudos Judiciários, ISBN: 978-972-9122-27-9;

GONÇALVES, Fernando e Alves, João Manuel – A prova do crime – Meios legais para a sua obtenção, (2009), Coimbra, Edição: Almedina, ISBN: 978-972-40-3971-8;

JESUS, Francisco Marcolino de – Os meios de obtenção da prova em processo penal, (2011), Coimbra, Edição: Almedina, ISBN: 978-972-40-4428-6;

MARTINS, Ana Catarina – Os poderes de Investigação em matéria tributária – Em especial, a investigação da criminalidade tributária (2016), Universidade do Minho, disponível na internet: https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/44470/1/Ana%20Catarina%20Dias%20Martins.pdf?fbclid=IwAR3Bqil_srgA1K8ZLTPkYck5B6GGWcHnwBi7wgVp5vbQoEjjVnlx08u_mfw;

MELIM, Mafalda, Standards de prova e grau de convicção do julgador. Revista de concorrência e regulação. N.º 16, (2013), Coimbra, Editora Almedina, ISSN 1647-5801;

SANTOS, Gil Moreira dos – O direito processual penal, (2003), Porto, Edição: Asa, ISBN: 972-41-3195-5;

SANTOS, Manuel Simas e LEAL-HENRIQUES, Manuel – Código de Processo Penal Anotado, do 1.º ao 240.º artigos, Volume I, 3.ª Edição, (2008), Lisboa, Editora: Rei dos Livros, ISBN: 978-972-51-1144-4;

SILVA, Germano Marques Da - Curso de Processo Penal, Vol. II, 5.ª Edição Revista e Atualizada, (2011), Lisboa, Editora Verbo, ISBN: 9789722230438;

SILVA, Germano Marques Da - Produção e valoração da prova em processo penal. Revista do CEJ. N.º 4, (2004), Lisboa, ISSN 1645-829X;

SOARES, Paulo – Meios de obtenção de prova no âmbito das medidas cautelares e de polícia, (2014), Coimbra, Edição: Almedina, ISBN: 978-972-40-5593-0;

SOUSA, João Henrique Gomes de - A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial. Revista Julgar. N.º 15, (2011), Coimbra, Coimbra Editora, disponível na internet <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/02-JULGAR-A-per%C3%ADcia-t%C3%A9cnica-ou-cient%C3%ADfica.pdf>;

SOUSA, Luís Filipe Pires de - A valoração da prova pericial. Revista Portuguesa do Dano Corporal. N.º 27, (2016), Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, ISSN: 1645-0760;

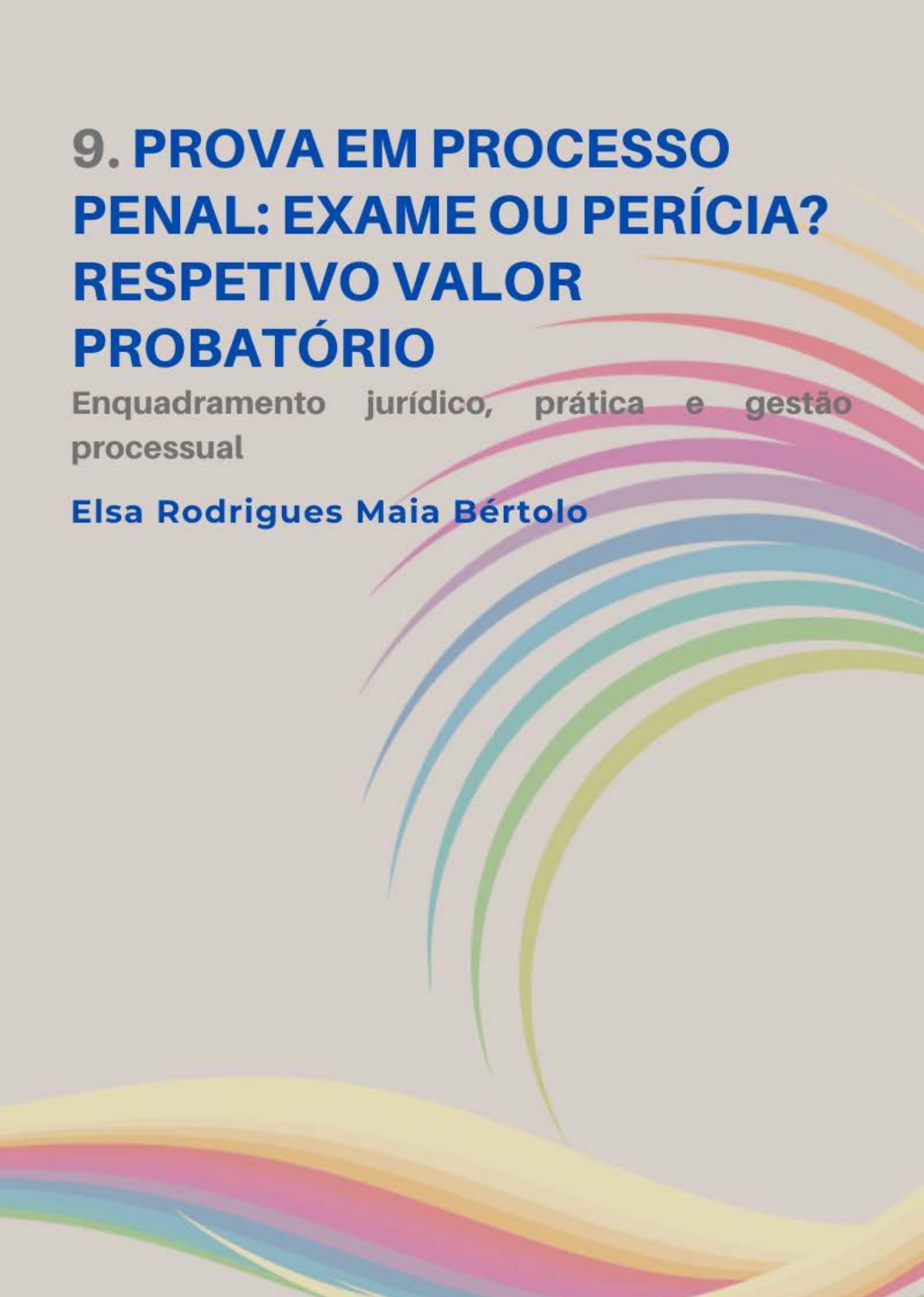
VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Processo Penal, 3ª Edição, (2010), Coimbra, Edição: Almedina, ISBN: 978-972-40-4207-7;

VERDELHO, Pedro - Técnica no novo C.P.P.: exames, perícias e prova digital. Revista do CEJ. N.º 9, (2008), Lisboa, ISSN 1645-829X.

9. PROVA EM PROCESSO PENAL: EXAME OU PERÍCIA? RESPECTIVO VALOR PROBATÓRIO

Enquadramento jurídico, prática e gestão processual

Elsa Rodrigues Maia Bértolo



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

9. PROVA EM PROCESSO PENAL: EXAME OU PERÍCIA? RESPETIVO VALOR PROBATÓRIO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Elsa Rodrigues Maia Bértolo *

- I. Introdução
- II. Objectivos
- III. Resumo
 - 1. Enquadramento jurídico
 - 1.1. Da prova – conceito
 - 1.2. Meio de prova e meio de obtenção de prova – conceitos
 - 1.2.1. Meio de prova
 - 1.2.2. Meio de obtenção de prova
 - 2. Perícia e exame – conceitos e regimes
 - 2.1. A perícia
 - 2.1.1. Regime processual – breve alusão
 - 2.1.2. Modelo público de perícia – artigo 152.º do CPP
 - 2.1.3. A obrigatoriedade de despacho – artigo 154.º, n.º 1, do CPP
 - 2.1.4. A obrigatoriedade da perícia
 - 2.1.5. Os limites da perícia face aos direitos fundamentais – artigo 154.º, n.º 3, do CPP
 - 2.1.6. O dever de notificação do Despacho que ordena a perícia – artigo 154.º, n.º 4, do CPP
 - 2.1.7. Procedimento – artigo 156.º do CPP
 - 2.1.8. Valor probatório da perícia
 - 2.2. O exame
 - 2.2.1. Regime Processual – Breve alusão
 - 2.2.2. Da competência para ordenar – artigo 171.º, n.º 4, do CPP
 - 2.2.3. A obrigatoriedade do exame
 - 2.2.4. Da sujeição a exame – possibilidade de compulsão – artigo 172.º, n.º 1, do CPP
 - 2.2.5. Da detenção de pessoas no local do exame – artigo 173.º do CPP
 - 2.2.6. Valor probatório do exame
 - 3. Da prática e gestão processual
 - 3.1. Considerações processuais de ordem práticas
 - 3.2. Casos práticos / jurisprudência
- IV. Referências bibliográficas

I. Introdução

As figuras do *exame* e da *perícia* podem assumir expressão nas mais diversas áreas do direito, sendo, contudo, incontornável a sua intrínseca associação ao regime processual de produção de prova.

No presente trabalho, o enfoque será limitado à jurisdição processual penal no âmbito da qual estas figuras se inserem como *meio de obtenção de prova* e *meio de prova*, respetivamente.

* Agradecimentos:

“Leve é a tarefa quando muitos dividem o trabalho”.

Homero.

Aos meus colegas de grupo, Ana Carlota Lopes Pereira Aguiar da Rocha, Catarina Marques Carloto de Castro, Paulo Alexandre Fernandes Soares, Tânia Patrícia Francisco Pedrosa.

Pese embora a elevada utilização de *exames* e *perícias* no âmbito processual penal, é frequente observar alguns equívocos na prática judiciária no que respeita à distinção entre estas duas figuras, impondo-se, porém, uma correcta destrição entre ambas, não só porque podem pressupor a intervenção de diferentes actores processuais, mas também e essencialmente, porque têm valores probatórios distintos, com distintas repercussões.

Atentas as respectivas caracterizações e âmbitos legais, existem requisitos próprios de execução de cada uma delas, desde logo quanto aos trâmites a seguir para a sua realização, sendo estes mais exigentes, em regra, na perícia, na certeza, porém, que exames existem cuja fronteira que os separa da perícia é ténue. Abordaremos a questão.

Do mesmo modo, do confronto e convivência prática destas duas figuras, surgem muitas questões práticas complexas, pois que, se no regime processual actual a distinção legal é muito clara, estando as duas figuras perfeitamente discriminadas no Código de Processo Penal – a perícia inserida nos meios de prova e a figura dos exames inserida nos meios de obtenção de prova, cada uma com o seu regime – na prática, nem sempre tal distinção se evidencia com a mesma clareza.

Com efeito, não pouco frequentes são as situações que fazem emergir dúvidas quanto à forma de conjugação destas figuras, como, por exemplo, quando para a realização de um exame se exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos (pense-se na recolha de amostras de sangue), recolha de vestígios biológicos no local do crime, entre outros, ou quando, face à, em alguns casos, complementaridade entre estas figuras, após a recolha de vestígios (exames) se proceda a uma perícia.

Com este trabalho procuraremos fazer uma abordagem prática das questões que a destrição em causa suscita, sem poder, porém, deixar de ter como ponto de partida a própria definição e algumas questões particulares decorrentes do regime de cada uma destas figuras.

II. Objectivos

O objectivo do presente trabalho passa por abordar o conteúdo e respectivas fronteiras das figuras da *perícia* e do *exame* no âmbito processual penal, abordando cada uma de forma prática, escorreita, sem lançar mão das múltiplas construções dogmáticas que as envolvem, com excepção do que sirva de apoio à compreensão dos exemplos práticos que se procurará trazer à discussão. Visamos contribuir, assim, para uma maior reflexão sobre o tema e sobre aquilo que as questões práticas podem trazer de útil a uma melhor construção legislativa.

Com efeito, são muitas as questões que se levantam quando “executamos” as normas jurídicas que regulam quer a perícia, quer o exame, sendo várias as dúvidas, assim como díspares os entendimentos e por vezes as decisões, sobre as mesmas questões de facto.

Neste sentido, sem grande pretensiosismo, mas de forma dedicada e com a certeza de que não abarcaremos toda a multiplicidade de situações aqui enquadráveis, procuraremos

elaborar um manual, de consulta fácil, que sirva de apoio a algumas discussões que circundam o tema e contribuir para a sua melhor resolução. Para tanto, deixaremos, a final, alguns exemplos práticos, de situações da vida real, que têm vindo a ser identificados e trazidos à discussão pelos mais diversos intervenientes no plano geral de incidência do tema.

III. Resumo

O percurso que nos propomos percorrer, iniciar-se-á pela inserção da perícia e do exame no mapa processual penal, começando por abordar o conceito de *prova*, para daí seguir para a definição de *meios de prova* e *meios de obtenção de prova* e, de seguida, para a necessária determinação da feição conceptual de cada uma das figuras em causa. Visando alcançar uma melhor compreensão das figuras em estudo, faremos uma abordagem separada a cada uma delas, ao respectivo regime processual e a algumas especificidades decorrentes do regime de cada uma, como seja,

- (i) A sua obrigatoriedade,
- (ii) Os seus limites no confronto com os direitos fundamentais e quanto ao exame e
- (iii) Questões de competência na determinação da realização e de obrigatoriedade de cada uma delas.

Terminaremos com a vertente prática e de gestão processual, que passará, primeiro, por fazer referência a algumas questões que julgamos úteis de atender para uma correcta gestão processual no âmbito aqui em causa e, por último, pela identificação de vários casos práticos, decorrentes de situações reais, fornecendo doutrina e/ou jurisprudência pertinentes a cada caso, propugnando, sempre que possível, por uma posição.

1. Enquadramento Jurídico

Importa começar a abordagem ao tema pelo enquadramento destas duas figuras no mapa processual penal. Com efeito, **a perícia** encontra-se prevista no Capítulo VI, do Título II, do Código de Processo Penal, sob a classificação de **meio de prova** e sob a epígrafe *Da Prova Pericial*. Por sua vez, **o exame** encontra-se previsto no Capítulo I, do Título III, do Código de Processo Penal, sob a classificação de **meio de obtenção de prova** e sob a epígrafe *Dos Exames*.

Encontram-se ambas previstas no Livro III do Código de Processo Penal, inserindo-se, portanto, no âmbito alargado da *prova* em processo penal.

Impõe-se, assim, uma breve alusão ao conceito de *prova*.

1.1. Da Prova – Conceito

Dispõe o artigo 124.º, n.º 1, do Código de Processo Penal que “*constituem objecto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicadas*”, incluindo o n.º 2 deste mesmo artigo todos os factos relevantes também para aferir da responsabilidade civil, caso tenha havido lugar ao respectivo pedido.

Resulta, assim, deste preceito legal que a prova poderá incidir sobre todo o universo de factos que são levados a juízo, quer pela acusação, quer pela defesa, recaindo não só sobre os elementos essenciais e acidentais do crime, mas sobre toda a factualidade que compõe o objecto do processo.

A respeito do conceito de prova, escreve o Professor Manuel Cavaleiro de Ferreira¹ que a mesma visa “*Demonstrar a realidade dos factos que interessa conhecer para aplicação do direito e alcançar um juízo de certeza sobre esses factos, ou seja, a verdade. A verdade é a correspondência do juízo formado com a realidade*”.

Atento todo o seu âmbito de incidência, a *prova* assume uma dimensão polissémica. Num sentido restrito, onde se afirma como a demonstração inequívoca da verificação de um facto ou acto jurídico; num sentido lato, onde configura uma sucessão de procedimentos que visam tais demonstrações e num sentido próprio de resultado, como *juízo de verosimilhança da verificação histórica de facto juridicamente relevante*.²

Debruçar-nos-emos sobre as duas primeiras acessões supra descritas, pois que estas, em definição, correspondem sinteticamente ao que o legislador qualificou como *meios de prova* e *meios de obtenção de prova*, onde se integram as figuras aqui objecto de estudo – a *perícia* e o *exame*, respectivamente.

1.2. Meio de Prova e Meio de Obtenção de Prova – Conceitos

1.2.1. Meio de Prova

Meios de prova são os elementos que permitem demonstrar a verificação e a veracidade dos factos relevantes para aferir da existência de crime (tipicidade penal dos factos), da necessidade de punição do arguido (inexistência de circunstâncias de facto que obstem à punição) e da determinação da pena aplicável (factualidade relevante para medida da pena).

Na verdade, é dos meios de prova que o julgador retira os elementos de facto necessários para, em análise concatenada com os demais circunstancialismos do processo, efectuar o juízo crítico dos elementos probatórios e, após aplicar-lhes o correspondente direito, sustentar a sua decisão.

¹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, Vol. 1, Lisboa, Edições Danúbio, 1986, pág. 204.

² SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, Editorial Verbo, 2002, pág. 96.

Os meios de prova mais comuns encontram-se previstos nos artigos 128.º a 170.º do Código de Processo Penal e são:

- A prova testemunhal;
- As declarações de arguido, do assistente e das partes civis;
- A prova por acareação;
- A prova por reconhecimento;
- A reconstituição do facto;
- A prova pericial e
- A prova documental.

1.2.2. Meio de Obtenção de Prova

Diferentemente, os **meios de obtenção de prova** são todas as diligências, métodos, procedimentos levados a cabo pelas autoridades competentes para recolher a prova. São, portanto, a via de obtenção da prova, o caminho encadeado de actos através dos qual se visa obter a prova daquela que é a verdade material, no caso concreto, e que alicerçará a decisão.

Contudo, consciente que tais meios poderiam contender – e em alguns casos contendem – com alguns dos mais elementares direitos fundamentais dos cidadãos, o legislador limitou esta prossecução pela verdade material ao estrito cumprimento de regras, de natureza material e processual, as quais regulam tais vias de obtenção de prova.

É nesta matéria especial, e sobretudo na vida real e no decurso de casos concretos, que ocorrem as problemáticas mais relevantes, sobre as quais nos debruçaremos a jusante.

Os meios de obtenção de prova mais tradicionais e que encontram previsão nos artigos 171.º a 190.º do Código de Processo Penal, são os exames, as revistas e buscas, as apreensões e as escutas telefónicas.

Outro ponto de caracterização dos meios de obtenção de prova reside no momento/fase em que estes são adquiridos no processo, pois que, em regra, operam em sede de inquérito, ou seja, na fase de investigação por natureza, onde se centra toda a recolha de prova com vista a munir o processo de todos os elementos necessários à decisão, no caso, de arquivamento ou acusação.

Tal não significa, porém, que, atento o disposto no n.º 2 do artigo 287.º e n.º 1 do artigo 292.º do Código de Processo Penal, não possam produzir-se em sede de instrução, mas o inquérito será a fase, por excelência, onde se centra tal produção. Diversamente, os meios de prova são produzíveis e constantes ao longo de todo o processo.

Em suma e pelas palavras do Professor Germano Marques da Silva³ *“na perspectiva lógica os meios de prova caracterizam-se pela sua aptidão para serem por si mesmos, fonte de convencimento, ao contrário do que sucede com os meios de obtenção da prova que apenas possibilitam a obtenção daqueles meios. Na perspectiva técnica ou operativa os meios de obtenção da prova caracterizam-se pelo modo e também pelo momento da sua aquisição no processo, em regra nas fases preliminares, sobretudo no inquérito”*.

Sedimentando a distinção entre perícia e exame, leia-se ainda o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães⁴ *“I – Os meios de prova são os elementos de que o julgador se pode servir para formar a sua convicção acerca de um facto, conf. Antunes Varela, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora – Manual de Processo Civil, pág.452. II – Os meios de obtenção de prova são os instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias para investigar e recolher meios de prova, conf. Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal II, págs. 209 a 210, que distingue os meios de prova dos meios da sua obtenção: “ É claro que através meios de obtenção de prova se podem obter meios de prova de diferentes espécies, v.g. documentos, coisas, indicação de testemunhas, mas o que releva de modo particular é que, nalguns casos, o próprio meio de obtenção da prova acaba por ser também um meio de prova.*

2. Perícia e Exame – Conceitos e Regimes

2.1. A Perícia

O regime processual penal da prova pericial é encabeçado pelo artigo 151.º e estende-se até ao artigo 163.º do Código de Processo Penal, sendo que em nenhum dos artigos que compõem tal regime se encontra a definição legal de *perícia*.

Porém, se nos debruçarmos sobre o teor do mencionado artigo 151.º, constatamos, desde logo, que a perícia tem subjacente a exigência de conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos de quem a realiza, o que se prende com o facto de, em determinadas circunstâncias, a realidade a apreender e a analisar ser tão complexa que só mediante o uso de valias especializadas será possível obter o elemento probatório que se visava *ab initio*.

Não obstante, vasta é já a doutrina que, procurando colmatar a inexistência de uma definição legal, avançou com várias definições possíveis de *perícia*, sendo todas, no essencial, convergentes na necessidade de o intérprete possuir determinados conhecimentos especiais, de cariz técnico, científico ou artístico.

Ilustrativas são as posições do Professor Germano Marques da Silva⁵, para quem *“a perícia é a actividade de percepção ou apreciação dos factos efectuada por pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos”* – os peritos.

³ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. II; 3.ª Edição, Verbo, 2002, pág. 209.

⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 29.03.2004, Relatora Maria Augusta, in www.dgsi.pt.

⁵ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, 4.ª Edição, Verbo, 2008, pág. 215.

Assim como a do Professor Manuel Maia Gonçalves⁶, que define a perícia como “*meios de prova em que a percepção ou apreciação dos factos recolhidos exigem conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos de especialidade*”.

Pode ler-se ainda, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa⁷, a título de exemplo na jurisprudência, que “*A perícia, (...) é um meio de prova que deve ser produzido quando o processo e a futura decisão se defrontam com conhecimentos especializados que estão para além das possibilidades de constatação e/ou percepção, efectivas ou presumidas, do tribunal em três campos do saber, os técnicos, os científicos e os artísticos. (...) Perícia é a emissão de um juízo especializado em determinada área do saber, considerando certos factos assentes*”.

Em suma, podemos afirmar que a perícia, porque incorpora um juízo técnico, científico ou artístico sobre factos, realizado por quem deles é dotado (o perito) é auto-suficiente no fim probatório que visa, pois que permite, por si só, demonstrar a realidade dos factos sob investigação, sendo-lhe inerente a presunção de elevada assertividade nos resultados.

2.1.1. Regime Processual – breve alusão

Estabelecida a definição de perícia, importa fazer uma alusão, ainda que sintética, a alguns dos pontos do regime da prova pericial, o qual se estende pelos artigos 151.º a 163.º do Código Processo Penal, por se entender relevante para a melhor compreensão das questões práticas que o tema suscita.

2.1.2. Modelo público de perícia – artigo 152.º CPP

O artigo 152.º concretiza a opção legislativa por um “*modelo de perícia preferencialmente pública, regra que apenas é afastada por impossibilidade ou inconveniência - artigos 152.º, 153.º 154.º, n.º 1, e 160.º-A do Código de Processo Penal. Consagrou-se, portanto, um regime misto com prevalência de intervenção de organismos públicos, com a qualidade pericial a assentar numa certificação pública, sem exclusão da possibilidade hipotética de apresentação de perícias contraditórias quando não existam organismos públicos reconhecidos para a realização da perícia*”.⁸

Esta preferência prende-se com a necessidade de garantias suficientes que sustentem a credibilidade, imparcialidade e eficácia da perícia a realizar. Ela caracteriza-se ainda pela subsidiariedade de todos os outros meios previstos no n.º 1 do artigo 152.º, face às entidades públicas e pela imposição da designação de uma entidade oficial ou perito constante da respectiva lista existente na comarca.

⁶ GONÇALVES Manuel Lopes Maia, *Código de processo penal anotado*, 17ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, comentário ao artigo 151.º do Código de Processo Penal.

⁷ Tribunal da Relação de Lisboa, de 06.07.2017, Relatora Filipa Costa Lourenço, in www.dgsi.pt.

⁸ SOUSA, João Gomes de in «A “Perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial», Revista Julgar, n.º 15, Setembro-Dezembro de 2012, pág. 28, referido no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 13.05.2014, em que o autor foi relator.

Pelo disposto no artigo 153.º, o perito nomeado é obrigado a desempenhar a função para a qual foi nomeado, sem prejuízo do regime dos impedimentos, recusas e escusas e, bem assim, dos casos dos n.ºs 2 e 3 deste artigo.

Para além do critério geral constante do artigo 152.º, importa atender que existem competências definidas por lei para a realização de certos tipos de perícia, como sejam, as perícias médico-legais do artigo 159.º, n.º 1, com inclusão das psiquiátricas do artigo 159.º, n.º 7, que são obrigatoriamente realizadas nas delegações e nos gabinetes médico-legais do Instituto Nacional de Medicina Legal, (artigo 1.º da Lei n.º 45/2004, de 19 Agosto e artigo 5.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2008, de 12 Fevereiro, sem prejuízo da excepção prevista no n.º 2 do mesmo artigo e ainda as perícias sobre a personalidade, do artigo 160.º, n.º 2, as quais, sendo relevantes para a pena concreta a aplicar, a qual terá em conta a avaliação da personalidade e perigosidade do arguido, deve realizar-se, para além da competente área do INMLCF, no caso da patologia e clínica forense, pelos serviços de reinserção social, institutos de criminologia ou outros entes e peritos especializados.

2.1.3. A obrigatoriedade de despacho – artigo 154.º, n.º 1, do CPP

Conforme resulta deste preceito legal, o despacho a ordenar a perícia tem que provir da autoridade judiciária competente, em cada momento do processo, o qual deve conter a indicação do objecto da perícia, os quesitos a serem respondidos e a entidade (estabelecimento ou perito) que deverá realizar a perícia, nomeando-a/o (artigo 154.º, n.º 1), devendo ainda ser transmitida a esta última toda a informação e elementos necessários para a efectivação da mesma (artigo 154.º, n.º 2).

Cumpre aqui lançar mão do disposto no artigo 1.º, alínea b), do Código de Processo Penal quanto à definição de *autoridade judiciária*, a qual engloba o juiz, o juiz de instrução e o Ministério Público, pelo que, na fase de inquérito, a competência para ordenar a perícia pertence ao Ministério Público⁹, só podendo este delegar em órgão de polícia criminal em caso de urgência, pelo juiz de instrução nesta fase e pelo juiz presidente na fase de julgamento.

Contudo, a competência não depende só da fase do processo, mas também a natureza da perícia, porquanto, em determinadas situações, pese embora o processo se encontre em fase de inquérito, onde, funcionalmente, a competência para a determinar pertence ao Ministério Público, esta passa a ser do juiz de instrução criminal. Tais situações constituem a excepção à regra e prendem-se com a realização de perícias sobre características físicas ou psíquicas de quem não haja prestado consentimento, no âmbito das quais a competência para ordenar a perícia passa a ser do juiz de instrução – artigos 154.º, n.º 3, e 269.º, n.º 1, alínea a).

Reveste ainda importância fazer aqui menção ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007, no qual este Tribunal se pronunciou pela inconstitucionalidade do artigo 172.º, n.º 1, quando interpretado no sentido da possibilidade de compulsão do visado a exame de

⁹ Artigo 270.º, n.º 2, alínea b), do Código de Processo Penal e Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 161/2005

colheita de vestígios biológicos de arguido para determinação do seu perfil genético, sem a prévia autorização do juiz. Nesta sequência, apenas o juiz pode ordenar a referida perícia sobre características físicas ou psíquicas, que possa ofender o pudor da pessoa que não haja prestado consentimento.

Este acórdão não põe, porém, em causa, aquele que tem sido o entendimento maioritário da jurisprudência dos Tribunais comuns, no sentido de o visado poder ser compelido a efectuar a perícia, apenas estabelece que, para o ser, é necessário que haja despacho judicial prévio.¹⁰

Sendo de realçar a importância do despacho que ordena a perícia definir, com precisão, o seu objecto, não só como forma de controlo da acção dos peritos, evitando que extravasem a sua competência formulando juízos sobre responsabilidade com recurso a elementos que muitas vezes não foram sequer admitidos como prova, mas também como forma de proteger a credibilidade da perícia em si.¹¹

2.1.4. A obrigatoriedade da perícia

Questão que tem gerado alguma discussão é a de saber se a perícia, dependendo de despacho prévio da autoridade judiciária, assume, na sua génese processual, um carácter obrigatório ou meramente facultativo.

Tal discussão assume relevância se tivermos em conta que a produção de prova, ainda mais no caso da pericial, atento o seu valor probatório reforçado, (sobre o qual infra nos debruçaremos) é pedra basilar na descoberta da verdade material e, por consequência, da decisão justa.

A questão coloca-se, naturalmente, fora dos casos em que a perícia é, por lei, obrigatória, como sucede no caso do artigo 166.º, n.º 2, referente a documento cifrado, nas perícias previstas no artigo 351.º, n.º 1, que, pese embora na sua concepção atribua ainda ao juiz uma margem de análise acerca da necessidade da perícia, impõe-na sempre que o juiz conclua pela verificação de indícios de inimputabilidade e ainda nas do artigo 18.º da Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto, do qual decorre a obrigatoriedade de realização de perícia médico-legal *“excepto se existirem informações clínicas suficientes que associadas aos demais elementos permitam concluir, com segurança, pela inexistência de suspeita de crime”*.

Com efeito, da redação do artigo 151.º *“a prova pericial **tem lugar quando** a percepção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos”*, daqui parecendo resultar que a perícia terá que ser realizada se e quando o processo se

¹⁰ A jurisprudência dos tribunais comuns admite a legalidade e constitucionalidade da colheita compulsiva, com recurso à força, de amostras biológicas (cabelo, saliva, urina ou sangue) para determinação do ADN do arguido (Acórdãos: da Relação de Coimbra, de 9-1-2002, Proc. n.º 3261/2001, Relator Oliveira Mendes; da Relação de Lisboa, de 24-8-2007, Proc. n.º 6553/2007, Relator Vieira Lamin, da Relação do Porto, de 3-5-2006, Proc. n.º 0546541, Relatora Alice Santos, todos disponíveis em www.dgsi.pt).

¹¹ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, II Volume, 4.ª Edição, Verbo, 2008, pág. 220.

defrontar com certa realidade cuja percepção e análise exija tais conhecimentos especializados. (negrito e sublinhado nossos)

Da conjugação dos artigos 151.º e 154.º, n.º 1, decorre, assim, que a determinação de uma perícia está dependente de um juízo prévio de necessidade, ou seja, a autoridade judiciária só ordena a perícia depois de constatar que:

- Primeiro, está perante situação cuja percepção e interpretação estão para além das possibilidades do tribunal,
- Segundo, necessita de coadjuvação por quem seja dotado de tais conhecimentos especializados na matéria,
- Terceiro, a mesma é necessária ao fim do processo – a descoberta da verdade material e
- Quarto, sendo o caso, que feita a ponderação acerca da necessidade, adequação e proporcionalidade de eventual restrição de direitos fundamentais, a mesma mostra-se justificada, no confronto, pelos fins que visa atingir.

O critério da necessidade, nas quatro vertentes supra indicadas, deverá ser o polo norteador da determinação da perícia.

Como refere o Professor Paulo Pinto de Albuquerque¹² “A versão inicial do CPP não estabelecia qualquer critério explícito para determinação de uma perícia, considerando a jurisprudência que a diligência deveria ser realizada sempre que fosse essencial para a descoberta (acórdão do STJ de 10/07/1997, citado em MAIA GONÇALVES). Esta jurisprudência está agora prejudicada. A lei n.º 48/2007, de 29/08, consagrou explicitamente o critério da necessidade para determinação da perícia sobre características físicas ou psíquicas (artigo 154.º/2) que é aplicável, por interpretação extensiva, a qualquer perícia”.

Acompanhando a posição supra exposta, acrescentamos que, o facto de o legislador ter sujeitado a determinação de qualquer perícia à emissão de despacho prévio da autoridade judiciária, tem naturalmente implícita a opção legislativa pela verificação de um juízo prévio de necessidade, a efectuar pela autoridade judiciária competente, o que parece fazer precluir a ideia de obrigatoriedade da perícia (fora dos casos em que a lei a determina como tal).

Contudo, há que atender às situações em que, afigurando-se a perícia necessária e a única via de descoberta da verdade, ela assume condição sem a qual não se poderá, à partida, aferir da verdade dos factos, pelo que, nestes casos, podemos dizer que a perícia se impõe como obrigatória, não directamente por lei, mas por um juízo de necessidade.

Como se deixa expresso no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora¹³, “Estes serão casos em que a realização de perícia não é “legalmente obrigatória”, no sentido de literal e específica exigência legal de realização. Ao invés, pode implicar a realização de perícia qualquer caso em

¹² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, in *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª Edição, Universidade Católica, pág. 421.

¹³ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 13.05.2014, Relator João Gomes de Sousa in www.dgsi.pt.

que a essencialidade probatória da perícia se revele, e aqui neste sentido “a prova pericial não é facultativa, mas obrigatória como resulta do artigo 151.º do Código Penal” no dizer do acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 25-02-2008 (rel. Cruz Bucho). Ou seja, será o critério da necessidade e da especial natureza científica (artística ou técnica) dos conhecimentos implicados a determinar a exigibilidade da realização de perícia. Esse critério tem que assentar naquilo que os autos já dispõem e naquilo que se espera vir a obter com a perícia para responder às questões em dúvida. O que supõe uma análise quanto aos indícios existentes e aos que podem vir a ser colhidos com a eventual perícia”.

Ora, se por um lado o Professor Manuel Maia Gonçalves¹⁴ em sintonia com o defendido no já mencionado Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, defende que a consequência da não determinação da perícia quando a mesma se impõe, não pela letra da lei, mas pelo juízo de necessidade à descoberta da verdade material, configura uma nulidade decorrente da alínea d) do n.º 2 do artigo 120.º do Código de Processo Penal, já o Professor Paulo Pinto de Albuquerque¹⁵ defende que só estaremos perante esta nulidade nos casos em que a lei determina expressamente a obrigatoriedade da perícia, para todas as outras situações, estaremos perante a irregularidade prevista no artigo 123.º.

Conscientes que de acordo com o disposto na alínea d) do n.º 2 do artigo 120.º, em sede de inquérito e instrução, apenas a preterição de actos legalmente obrigatórios gera a nulidade do processado (o que ocorrerá no caso de preterição das perícias que a lei determina como obrigatórias), julgamos forçoso que, em respeito pela letra da lei, preterindo-se a realização da perícia nestes casos - quer por não ter sido oficiosamente determinada, quer por ter sido indeferido pedido a require-la – tal omissão apenas poderá ser sancionada com o vício da irregularidade – artigo 123.º.

Contudo, entendemos que em situações de preterição de perícias não legalmente, mas necessariamente obrigatórias, poderá estar em causa o direito fundamental de ser julgado no âmbito de um processo equitativo (artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa e 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

De todo o modo, o reflexo evidente da preterição de uma perícia quando a mesma se revelava essencial, será a posterior manifesta falta de prova para sustentar qualquer que seja a decisão, em cada uma das fases do processo, pelo que, a jusante, caso seja proferida sentença que dê como provado facto que apenas poderia ser provado mediante a perícia omissa, a mesma poderá vir a ser sindicada, em sede recursiva, por insuficiência da prova (preterição de prova essencial) para a decisão proferida, nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 410.º do Código de Processo Penal, reenviando o processo para novo julgamento (artigos 426.º, n.º 1, e 426.º-A do CPP) e ordenando-se a realização da perícia em falta.

¹⁴ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código de Processo Penal anotado*, 17.ª Edição, comentário ao artigo 151.º do Código de Processo Penal.

¹⁵ Paulo Pinto de Albuquerque¹⁵ - *in ob. cit.*, pág. 422.

2.1.5. Os limites da perícia face aos direitos fundamentais – artigo 154.º, n.º 3, do CPP

As perícias podem incidir sobre coisas ou pessoas. Incidindo sobre pessoas¹⁶ e sendo a determinação da sua realização emanada por despacho da autoridade judiciária, podem os visados recusar-se a submeter-se a perícia? E, na negativa, recusando-se, qual a consequência?

Importa desde já realçar que, como supra referimos acerca da obrigatoriedade da perícia e, mais concretamente, do critério da necessidade subjacente ao despacho que a ordena, é possível determinar uma perícia cuja efectivação contenda com direitos fundamentais do visado, desde que enquadrada nos limites que o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa impõe – critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade.¹⁷

Paradigma desta questão é a perícia sobre características físicas ou psíquicas de pessoas que não hajam prestado consentimento, as quais, nos termos do 154.º, n.º 3, são sempre da competência do Juiz, mesmo em sede de inquérito (artigo 269.º, n.º 1, alínea a)).

Nesta matéria tendemos a acompanhar os acórdãos citados na nota 17 e, bem assim, o entendimento do Doutor Lourenço Pimentel, segundo o qual *“a substituição do consentimento do visado pelo despacho do juiz, responsável por aquela fase processual, leva a concluir que este não terá outra alternativa que não seja a submissão à sua realização compulsiva que poderá ser feita, se necessário for, através da utilização de força pública”*.¹⁸

Com efeito, julgamos não haver razão justificativa que diferencie, nesta matéria, os exames das perícias, no sentido de não se justificar que para os exames ordenados pela autoridade judiciária os visados possam ser compelidos a realizá-los (artigo 172.º, n.º 1, do CPP) e para a realização de perícia tal já não seja possível! Não vemos onde possa assentar o critério justificativo para tal diferença de regimes, tanto mais que, face às exigências inerentes à perícia, esta assume um maior valor probatório e, em consequência, uma maior credibilidade do que, em abstracto, um exame.

Em abono de tese contrária¹⁹, poderão ser chamados aqui à colação os princípios da presunção de inocência e do *nemo tenetur se ipsem accusare*²⁰ como eventual justificativa não só contra a compulsão em geral, como para o facto de apenas existir previsão legal do artigo 172.º, n.º 1, para os exames, no sentido de, tratando-se de perícia e face ao valor probatório

¹⁶ Não obstante a perícia sobre coisas poder igualmente contender com direitos constitucionalmente garantidos (ex: artigo 62.º da CRP), nesta matéria, face ao âmbito do presente trabalho, debruçar-nos-emos sobre as perícias que incidem sobre as pessoas.

¹⁷ Neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de Janeiro de 2016, Relatora Rosa Tching, in www.dgsi.pt e o já mencionado Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007.

¹⁸ PIMENTEL, António Lourenço Gomes, *O papel da perícia na descoberta da verdade e como garante de um processo equitativo*, Lisboa, Tese de mestrado, Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2012, pág. 120.

¹⁹ Vide ALBUQUERQUER, Paulo Pinto de, *in op. cit.*, pág. 422 – no sentido de, não dispendo a lei nesse sentido, não pode o visado ser compelido à realização da perícia, mas apenas incriminado pelo crime de desobediência do artigo 348.º, n.º 1, alínea b), do Código Penal.

²⁰ Princípio da proibição da auto-incriminação, traduzindo na expressão “ninguém é obrigado a incriminar-se” e que assenta na ideia segundo a qual o acusado não está obrigado a contribuir para a sua própria incriminação, não recaindo sobre ele o dever de colaborar na descoberta da verdade material.

reforçado da mesma, a imposição ao visado implicar uma maior sujeição à sua eventual auto-incriminação e conseqüente condenação (concluindo-se pela imputação do crime), o que já não acontecerá com o exame, o qual não tem o valor probatório acrescido daquela, sendo, por isso, mais facilmente contraditado.

Contudo, a maioria da jurisprudência nacional²¹ tem vindo a entender que, face a decisão judicial que ordena uma perícia, o visado poderá ser compelido a efectua-la, entendimento esse que é espelhado no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007, que veio defender (no caso de recolha de saliva) que a prerrogativa contra a auto-incriminação não se estendia aos casos de recolha de vestígios de ADN, ali firmando o entendimento, a propósito da restrição à integridade física e identidade pessoal, que a mesma estava justificada pelo princípio da proporcionalidade.

A este respeito pode ler-se ainda em tal aresto que *“a Constituição não proíbe, em absoluto, a recolha coercitiva de material biológico de um arguido (designadamente de saliva, através da utilização da técnica da zaragatoa bucal) e a sua posterior análise genética não consentida para fins de investigação criminal, no caso concreto para subsequente comparação com vestígios biológicos colhidos no local do crime. Decisivo é, no entanto, verificar se os normativos que concretizam os termos dessa possibilidade respeitam as exigências constitucionais de adequação, de exigibilidade e de proporcionalidade em sentido estrito que, como vimos, decorrem, designadamente, da segunda parte do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa”*.

Também no Acórdão n.º 340/2013 do Tribunal Constitucional, reportando-se em concreto ao direito à “não auto-incriminação”, fez-se contar que *“tem sido reconhecido que o direito à não auto-incriminação não tem um carácter absoluto, podendo ser legalmente restringido em determinadas circunstâncias (v.g. a obrigatoriedade de realização de determinados exames ou diligências que exijam a colaboração do arguido, mesmo contra a sua vontade)”*.

Por outro lado, nos termos do artigo 61.º, n.º 3, alínea d), o arguido deve sujeitar-se às *“diligências de prova [...] especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente”*, o que, conjugado com a expressa previsão legal da recolha de ADN para efeitos de perícia (artigo 6.º da Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto) e o controlo dos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade que obrigatoriamente subjazem ao despacho judicial que ordena a perícia, reforçado pelas normas internacionais da Convenção Europeia dos Direitos do Homem que, face ao teor do artigo 8.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, é direito interno e por isso vincula os juízes nacionais, é credencial suficiente para concluir pela sujeição do visado à perícia, mesmo perante recusa, porque nestes casos se justifica a colisão dos direitos fundamentais em prevalência do princípio da descoberta da verdade material. Isto, sem prejuízo da imputação do crime de desobediência previsto do artigo 348.º do Código Penal

²¹ A título de exemplo: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24.08.2007, Relator Vieira Lamim, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10.12.2008, Relatora Maria Elisa Maques e Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 03.12.2018, Relatora Ausenda Gonçalves, todos in www.dgsi.pt.

Terminamos este subcapítulo com as palavras elucidativas do Professor Jorge Reis Novais²² a este respeito, no sentido de o juiz não poder, contudo, centrar a sua decisão apenas na proporcionalidade da restrição a impor ao visado, mas também num controlo de razoabilidade que *“concentra-se na gravidade, qualitativa ou quantitativa, que a medida restritiva provoca na esfera do(s) afectado(s), havendo inconstitucionalidade sempre que, independentemente da adequação (...) a quantidade ou a qualidade dos encargos impostos excede o que é legitimamente tolerável pela liberdade e autonomia pessoal em Estado de Direito”*.

2.1.6. O dever de notificação do Despacho que ordena a perícia – artigo 154.º, n.º 4

No artigo 154.º, n.º 4, encontra-se previsto o dever de notificação com a antecedência mínima de três dias sobre a data indicada para a realização da perícia. A previsão legal deste dever está intimamente relacionada com os princípios constitucionais da igualdade de armas e do contraditório. Com efeito, esta notificação permite a preparação da defesa no sentido de uma efectiva participação na perícia, como por exemplo, através da designação de um consultor técnico da sua confiança, com conhecimentos qualificados e especializados, que possa formular quesitos sobre a perícia – artigo 155.º.

As excepções a esta notificação estão previstas no n.º 5 do artigo 154.º, sendo, porém, de acompanhar o entendimento do Professor Paulo Pinto de Albuquerque²³ no sentido de o visado na perícia ter sempre que ser notificado, podendo designar um consultor técnico que a acompanhe: *“perícia realizada ao próprio sujeito processual ou a objecto com valor económico que seja sua propriedade (...) é-lhe necessariamente notificada e ele pode assistir a ela, podendo também fazer-se acompanhar do seu consultor técnico, além do seu advogado”*.

Atento o valor probatório da perícia (sobre o qual infra nos debruçaremos), facilmente se compreende que, como refere o Professor Germano Marques da Siva²⁴ *“a não notificação ao arguido e aos demais sujeitos processuais do despacho que ordena a perícia, impedindo a nomeação de consultor técnico da sua confiança para assistir à realização da mesma, pode significar a frustração do direito ao contraditório para a prova e representar uma limitação inadmissível ao direito de defesa, atento o especial valor probatório da prova pericial que, como vimos, se presume subtraída à livre apreciação do julgador”*.

A propósito da restrição da participação dos consultores técnicos nas perícias médico-legais²⁵, efectuadas por estabelecimentos oficiais (excepções previstas no artigo 159.º), afigura-se relevante dar nota do Acórdão do Tribunal do Tribunal Constitucional n.º 13/2007, de 24 de Abril, no qual se decidiu *“Não julga inconstitucional a norma constante do artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto, na parte em que inviabiliza a participação de consultores*

²² NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004, pág. 189.

²³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *in Ob. cit.* pág. 429.

²⁴ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, II volume, 4.ª Edição, Verbo, 2008, pág. 222.

²⁵ O artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto determina a não aplicação do artigo 155.º do Código de Processo Penal às perícias médico-legais.

técnicos nas perícias médico-legais realizadas em delegação do Instituto Nacional de Medicina Legal”.

2.1.7. Procedimento – artigo 156.º do CPP

O perito nomeado por despacho para realização de perícia presta compromisso, cfr. n.º 1 deste preceito legal, o que, juntamente com os conhecimentos especializados que tem, confere à perícia toda a natureza de prova solene, tarifada, que tem, caracterizando-a.

A propósito do preceituado no n.º 2 do artigo em causa, seguimos de perto a posição do Professor Paulo Pinto de Albuquerque²⁶ no que respeita ao entendimento que a assistência dos sujeitos processuais às perícias apenas se encontra vedada quando estiver em causa ofensa ao pudor do visado e nos casos expressamente previstos no artigo 154.º, n.º 5. Exceptuando estes casos, a regra deve ser a presença dos sujeitos processuais, para que se garanta o contraditório e a igualdade de armas.

Referência ao n.º 5 deste artigo 156.º, porquanto tudo aquilo de que o perito tiver conhecimento durante a perícia e que não incida sobre o objecto desta, não pode ser valorado, de onde mais uma vez se retira a importância da definição precisa do objecto da perícia pela autoridade judiciária competente. Proibição, esta, que se estende ao consultor técnico.

Importa realçar quanto ao disposto no n.º 6 deste artigo, que o facto de a perícia não poder criar perigo para a saúde do visado, não significa que este não possa ser compelido a realizá-la, dentro dos limites constitucionais que supra referimos, pois que, o facto de ser imposta não significa necessariamente que ofenda a saúde. Sendo causado perigo para a saúde (independentemente de a perícia ter sido ou não imposta), assim como, não sendo a mesma efectuada por médico ou pessoa equiparada, estaremos perante uma proibição absoluta de prova (artigo 126.º, n.º 1, do Código de Processo Penal).

Por fim, fazer notar que a possibilidade prevista no n.º 7 deste mesmo artigo, de utilização da amostra de sangue ou outras células estaminais noutros processos pendentes (que não aquele onde foi recolhida), encontra-se derrogada pelo disposto no n.º 1 do artigo 34.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, pelo que esta apenas pode ser usada dentro do próprio processo.

2.1.8. Valor probatório da perícia

O princípio da livre apreciação da prova é um princípio basilar do Direito Processual Penal que está consagrado no artigo 127.º do Código de Processo Penal, nos termos do qual o julgador não está sujeito às regras rígidas da prova tarifada, contudo, não podendo o mesmo ser arbitrário e estando vinculado à busca da verdade material, é limitada pelas regras da

²⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *in op. cit.* pág. 434.

experiência comum e por algumas restrições legais. Tal princípio concede ao julgador uma margem de discricionariedade na formação do seu juízo de valoração, mas que deverá ser capaz de fundamentar de modo lógico e racional.

A prova pericial, porém, configura uma exceção a tal princípio, conforme resulta do artigo 163.º do Código de Processo Penal, porquanto, os juízos técnicos, científicos ou artísticos subjacentes à perícia, presumem-se subtraídos à livre apreciação do julgador, o que necessariamente confere a este meio de prova um valor probatório reforçado, que decorre, necessariamente, quer dos especiais conhecimentos que implica, quer da cada vez maior assertividade da ciência, atribuindo, em consequência e por via de regra, uma maior credibilidade e infalibilidade aos resultados/conclusões obtidos, mas também (ressalvados os casos das alíneas do n.º 5 do artigo 154.º do Código de Processo Penal), pela necessidade do cumprimento de um efectivo contraditório, de cariz participativo, conforme resulta do disposto no n.º 4 dos artigos 154.º e 155.º.

Contudo, tal presunção é ilidível, porquanto o juiz é o perito dos peritos, o *perito peritorum* mantendo, por completo, o poder de decisão da causa através do exercício do princípio da livre apreciação relativamente aos factos que sustentam o parecer dos peritos, podendo afastar a presunção estabelecida no artigo 163.º do Código de Processo Penal.²⁷

O valor da prova pericial não exclui, assim, o princípio da livre apreciação da prova, que persiste, mas apenas de forma mais restritiva, pois que, pese embora o juiz não tenha de aderir às conclusões constantes da perícia, caso delas discorde, tem que justificar a discordância com base em argumentos de mesma natureza - técnica, científica ou artística. Para este facto chama a atenção o Professor Germano Marques da Silva: *“a presunção que o artigo 163.º, n.º 1, consagra não é uma verdadeira presunção, (...) o que a lei verdadeiramente dispõe é que salvo com fundamento numa crítica material da mesma natureza isto é, científica, técnica ou artística, o relatório pericial se impõe ao julgador. Não é necessária uma contraprova, basta a valoração diversa dos argumentos invocados pelos peritos e que são fundamento do juízo pericial”*.²⁸

Conforme se escreveu, também, no Acórdão da Relação de Évora já supra mencionado na nota 13, *“já afirmámos que o artigo 163.º do Código de Processo Penal é compatível com a livre apreciação probatória, apenas se erigindo como uma norma que qualifica essa apreciação probatória na medida em que permite ao juiz divergir com argumentos qualificados na área técnica, científica ou artística em causa. Apenas está vedada ao juiz uma livre apreciação com apelo a “regras de experiência comum”, à sua convicção pessoal ou a qualquer outro critério que não o uso de conhecimentos e argumentos inerentes à área artística, técnica ou científica da perícia. O que qualifica a perícia, naturalmente, e obriga à sua qualificada ponderação, sem impedir que o poder judicial a possa afastar quando materialmente isso se imponha”*.

²⁷ Neste sentido, vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de Maio de 1993; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de Julho de 2007.

²⁸ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, II volume, 4.ª Edição, Verbo, 2008, pág. 218.

Nesta sequência, refere o Professor Paulo Pinto de Albuquerque²⁹ que *“o julgador fundamenta suficientemente a sua divergência, por exemplo, quando: adere às conclusões da opinião vencida numa perícia colegial; adere às observações expressas pelo consultor técnico ou; adere a uma das opiniões diante de duas ou mais perícia com resultados contraditórios”*.

Importa, porém, ter em conta que, conferindo o legislador um valor reforçado à prova pericial e que, conforme supra deixámos expresso, o juiz terá que fundamentar qualificadamente a sua discordância das conclusões que ali forem obtidas, caso não o faça, a consequente sentença que proferir padecerá necessariamente de vício. Alguma doutrina entende que tal vício enquadra uma mera irregularidade, já outra, onde se insere o Professor Paulo Pinto de Albuquerque, entende que se verifica *“uma nulidade da sentença derivada de uma omissão de pronúncia sobre uma questão que devia apreciar, isto é, o valor da perícia”*. Tendemos a seguir esta posição pelas razões que expressámos no início do presente parágrafo.

A perícia tem, obviamente, valor de prova pericial conforme artigo 163.º do Código de Processo Penal, pelo que sempre que quem subscreve a perícia é chamado a depor sobre a mesma, fá-lo na qualidade de perito, ao abrigo do artigo 350.º e não do artigo 348.º, ambos do Código Processo Penal

2.2. O Exame

O exame encontra-se previsto e regulado nos artigos 171.º a 173.º do Código de Processo Penal e à semelhança do que sucede com a perícia, a lei também não nos fornece uma definição do que seja o exame.

Dispõe, porém, o artigo 171.º do Código de Processo Penal que *“Por meio de exames das pessoas, dos lugares e das coisas, 261 inspecionam-se os vestígios que possa ter deixado o crime e todos os indícios relativos ao modo como e ao lugar onde foi praticado, às pessoas que o cometeram ou sobre as quais foi cometido”*.

Nas palavras da relatora Filipa Costa Loureço³⁰ *“Exame é o verter em auto de condições materiais, sem opinar ou emitir juízos. Ou seja, sem conclusões”*. O exame assume natureza descritiva, decorrente de uma observação, visionamento ou percepção directa, relatada ou registada de pessoas, lugares ou coisas, que deve, necessariamente, ser reduzida a auto (artigos 275.º, n.º 1, e 99.º, do Código de Processo Penal). Distancia-se, pois, da perícia já que esta é conclusiva, resultado de interpretação, apreciação ou juízo técnico, científico ou artístico.

No âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça³¹, pode ler-se *“para os exames bastará, para cumprir tais finalidades (inspecionar vestígios, recolher indícios relativos ao*

²⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *in ob. cit.* pág. 444.

³⁰ Tribunal da Relação de Lisboa, de 06.07.2017, Relatora Filipa Costa Lourenço, *in* www.dgsi.pt.

³¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05.06.2002, Proc. n.º 02P1391, *in* www.dgsi.pt.

modo, lugar e pessoas), os conhecimentos profissionais dos titulares dos OPC”, ou seja, dispensa-se aqui a figura do perito para a realização do exame.

Tiramos, assim, desta conjugação que os exames passam por uma actividade de recolha de vestígios, de sinais que tenha deixado o crime e/ou o seu agente e ainda quaisquer indícios relativos às circunstâncias do cometimento do crime, vestígios esses que, uma vez recolhidos, *“ou são depois objecto de perícia ou são valorados directa e livremente pela autoridade judiciária”*.³²

2.2.1. Regime Processual – Breve alusão

À semelhança do efectuado para a perícia, procuraremos deixar aqui apenas breves linhas sobre as questões mais relevantes acerca do regime processual do exame, por se nos afigurar relevante para a melhor compreensão do tema e das questões práticas do mesmo, sobre as quais nos pronunciaremos em posterior capítulo.

2.2.2. Da competência para ordenar – artigo 171.º, n.º 4, do CPP

Embora não haja estipulação expressa quanto à competência para ordenar os exames, é possível retirar do artigo 171.º, n.º 4, do Código de Processo Penal que, em regra, tal compete às autoridades judiciárias ou aos órgãos de polícia criminal (competentes consoante o caso), sem esquecer o artigo 270.º, n.º 1, e 249.º, n.º 2, alínea a), ambos do Código de Processo Penal, sendo certo que não depende de despacho prévio, ao contrário da perícia.

Assim, caso haja consentimento do visado, os exames podem ser determinados quer pela autoridade judiciária, quer pelos órgãos de polícia criminal. Porém, não havendo consentimento, ou seja, havendo recusa à sujeição, só a autoridade judiciária os poderá ordenar.

Também aqui, tratando-se de exame sobre características físicas ou psíquicas da pessoa ao qual esta não haja dado o seu consentimento, a competência para o determinar é do juiz – artigos 172.º, n.º 2, e 154.º, n.º 3, ambos do Código de Processo Penal.

Contudo, caso exista perigo iminente de perda de vestígios ou contaminação do local do crime e aquelas entidades não estiverem presentes, qualquer agente da autoridade presente e mesmo antes de receberem qualquer ordem da autoridade judiciária competente, pode assegurar as diligências provisórias adequadas para o efeito, as quais, como determina o n.º 2 do mesmo preceito legal, podem passar por proibir a entrada ou passagem de pessoas estranhas naquele local ou quaisquer outros actos necessários, retirando-se tal competência da conjugação do n.º 4 do artigo 171.º, com o artigo 249.º, n.º 1, ambos do Código de Processo Penal.

³² SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, Verbo, 2008, pág. 237.

2.2.3. A obrigatoriedade do Exame

Os argumentos usados supra a propósito da obrigatoriedade da perícia são igualmente válidos para os exames. Com efeito, o critério regulador da necessidade subjacente à determinação de uma perícia nos termos do n.º 3 do artigo 154.º do Código de Processo Penal é, de igual modo, e por determinação do n.º 2 do artigo 172.º, aplicável aos exames. Nessa medida, sendo necessário à descoberta da verdade material (muitas vezes como forma de se poder sujeitar os vestígios/amostras recolhidos a perícia) como forma de assegurar as finalidades do processo penal (artigo 267.º), respeitadas que sejam as exigências constitucionais decorrentes dos direitos fundamentais (vide págs. 13 e 17 supra), caso não seja determinado o exame, poderemos estar perante uma violação do direito constitucional previsto no n.º 4 do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa e artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

2.2.4. Da sujeição a exame – possibilidade de compulsão – artigo 172.º, n.º 1, do CPP

A questão essencial quanto a este preceito legal, prende-se, naturalmente, com as situações em que os visados do exame se recusem a sujeitar-se ao mesmo. Nestes casos, determina o n.º 1 do artigo 172.º que pode o visado ser compelido a realizá-lo, mas apenas por decisão da autoridade judiciária competente. Para o efeito, pode recorrer-se ao uso da força ou mesmo à detenção pelo tempo estritamente necessário à realização do exame³³.

Contudo, tratando-se de exame sobre características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado o seu consentimento, apenas o juiz o pode ordenar, mediante despacho fundamentado nos mesmos termos da perícia (critério da necessidade) e compelir o visado a sujeitar-se ao mesmo, conforme n.º 2 do artigo 172.º, com a verificação dos requisitos dos n.ºs 6 e 7 do artigo 154.º, todos do Código de Processo Penal.

Já no que respeita aos exames susceptíveis de ofender o pudor do visado – artigos 172.º, n.º 3, e 270.º, n.º 2, alínea c), do Código de Processo penal – retoma-se a competência da autoridade judiciária. Contudo, como assinala o Professor Paulo Pinto de Albuquerque³⁴ a conjugação destas duas regras de competência pode gerar uma contradição.

Com efeito, parece resultar do próprio senso comum que a expressão “ofender o pudor da pessoa” poderá, com grande probabilidade, ou pelo menos na maioria das vezes, reportar-se a partes do corpo com conotação sexual, mas, nestes casos, parece-nos ser de efectuar um juízo prévio antes de determinar a competência.

Com efeito, julgamos ser relevante nestas situações perceber se o exame incidirá efectivamente sobre partes físicas da pessoa, ou seja, se um órgão em si, ou qualquer tipo de

³³ A este respeito vide Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 161/2005 e Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª Edição, Lisboa, Univ. Católica, pág. 463.

³⁴ Paulo Pinto de Albuquerque, *in Ob. cit.* pág. 464.

elemento que o compõe (como o sangue, saliva ou mesmo o órgão genital), serão o alvo, o objecto do exame, ou se este incidirá sobre qualquer outro elemento, externo ao corpo, mas que o usa para um qualquer efeito.

Exemplo interessante a este respeito é o do Acórdão da Relação de Coimbra³⁵, que se centra em situação do artigo 53.º, n.ºs 1 e 3, da Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro e, no qual, defendendo-se que “o corpo humano não pode ser alvo de revista, classifica como exame médico-legal, da competência do Ministério Público, a simples retirada, em hospital e por médico, de produto estupefaciente (que a própria já havia confessado ter) dentro da vagina da arguida, sem que esta tivesse dado consentimento para tal”.

Parece-nos que, nestes casos, não sendo alvo de exame o próprio corpo, não haverá razão para não se aplicar a regra geral do n.º 1 do artigo 172.º do Código de Processo Penal, porquanto, mesmo que se trate de recolha de produto estupefaciente para posterior perícia, também para esta, o Ministério Público teria, porquanto não estará em causa características físicas do corpo da arguida.

2.2.5. Da detenção de pessoas no local do Exame – artigo 173.º do CPP

O artigo 173.º estipula uma medida cautelar adicional à prevista no n.º 2 do artigo 171.º e que passa pela possibilidade de obrigar³⁶ alguma ou algumas pessoas a permanecer no local em exame. Esta imposição de permanência num determinado local, inclusive com recurso a força policial, sem dali se poderem ausentar, assume contornos de uma efectiva detenção³⁷, razão pela qual só pode suceder relativamente a quem se afigure, pelo menos, como suspeito.

Estabelece ainda o mesmo preceito legal que tal “detenção” durará enquanto o exame não terminar e a presença da pessoa retida se reportar indispensável. Ora, de todo o modo estamos em crer que este procedimento, ainda que preventivo, não poderá ser arbitrário, pelo que terá que se circunscrever às situações das alíneas f) e g) do n.º 3 do artigo 27.º da Constituição da República Portuguesa, remetendo esta última alínea para o prazo limite das seis horas previsto no artigo 250.º, n.º 6, do Código de Processo Penal.

A desobediência das medidas cautelares previstas nestes artigos poderá redundar na prática do crime de desobediência (artigo 358.º, n.º 1, do Código Penal) desde que seja efectuada a cominação prevista neste preceito legal.

³⁵ Ac. Tribunal da Relação de Coimbra, de 30.03.2011, Relator Paulo Guerra, in www.dgsi.pt.

³⁶ Sendo a competência idêntica à das medidas cautelares do n.º 4 do artigo 171.º, para onde remete o n.º 2 do artigo 173.º.

³⁷ Neste sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, in *op. cit.*, pág. 464.

2.2.6. Valor probatório do Exame

Aos exames não se aplica o regime legal de prova vertido no artigo 163.º do Código de Processo Penal, pelo que não assumindo um regime probatório especial, cai na regra prevista no artigo 127.º do mesmo diploma legal, ou seja, a da livre apreciação da prova pelo juiz.

Como supra se referiu, toda a actividade desenvolvida na realização de um exame em sede de inquérito, tem que ser vertido em auto (documento escrito), pela respectiva entidade que o realiza, para que sirva como meio de prova – artigos 99.º, 169.º e 275.º, todos do Código de Processo Penal. Neste sentido, consideram-se provados os factos materiais neles documentados, o que significa que se têm como provados os factos que ali se referem como praticados, assim como os factos que no documento são atestados com base nas suas percepções, enquanto a autenticidade do documento ou a veracidade do seu conteúdo não forem fundamentamente postas em causa. O auto de exame configurará prova documental.

Do mesmo modo, os subscritores de tais autos, a prestarem depoimento, fá-lo-ão na qualidade de testemunhas, estando por isso o seu depoimento igualmente sujeito à livre apreciação do julgador.

3. Da Prática e Gestão Processual

3.1. Considerações processuais de ordem práticas

No que respeita à perícia,

- a) Impõe-se uma correcta definição do objecto da perícia, porque só a perícia competentemente realizada e fundamentada cumpre o seu objectivo e pode ter o valor probatório reforçado que lhe é conferido, constituindo um efectivo auxílio do juiz na decisão justa por espelhar a verdade material dos factos.
- b) Cumprimento do artigo 152.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, contribuindo, assim, não só para a celeridade processual, mas também para uma redução acentuada dos custos e maximização de recursos da administração da justiça.
- c) Atentar no facto de a destruição de amostras de sangue ou outras células corporais, só poder ser autorizada depois do trânsito em julgado da sentença proferida no processo em que foi recolhida, pois só aí deixam de ser necessárias (artigo 156.º, n.º 7, do Código de Processo Penal).

Relativamente ao exame,

- d) Logo que haja notícia do crime, promover pela imediata salvaguarda/protecção dos vestígios existentes, sua correcta conservação, procurando, nos casos do n.º 3 do artigo 171.º do Código de Processo Penal, ser o mais fiel aos factos e claro e assertivo na descrição.

- e) A detenção prevista nos artigos 171.º, n.º 4, e 173.º, n.º 2, ambos do Código de Processo Penal efectuada pelo órgão de polícia criminal ou agente de autoridade, têm necessariamente que ser controlada e validada pela autoridade judiciária, sob pena de ilegalidade, para o que é essencial o auto a redigir por aqueles.
- f) Qualquer que seja a entidade a fazer o exame deve reduzi-lo a escrito – auto da diligência (artigo 253.º, n.º 1, e 275.º n.º 1) – com atenção ao conteúdo que o mesmo deve ter (artigo 99.º), todos do Código de Processo Penal.
- g) Nos casos de recusa de sujeição a exame, a autoridade judiciária deve, primeiro, ordenar a respectiva realização sob cominação do crime de desobediência e, segundo, caso o visado persista na recusa, ordenar o uso da força para sujeição a exame.

3.2. Casos práticos/jurisprudência

A correcta distinção entre a *perícia* e o *exame* assume especial relevância face ao regime do valor probatório atribuída a cada uma destas figuras, pelo que a sua correcta qualificação assume particular importância, assim como, em situações mais complexas, a quem incumbe a competência de ordenar a perícia ou o exame. Neste seguimento, a definição e o estabelecimento de linhas fronteiriças entre estas duas figuras não assume tarefa simplificada, pelo que trazemos à colação alguns exemplos práticos, em matérias tendencialmente mais frequentes no âmbito do inquérito, e que, de alguma forma poderão levantar dúvidas na respectiva qualificação. Assim,

1) Relatório efectuado por inspectores tributários em sede de fraudes fiscais

Nesta matéria e atenta a exigência de imparcialidade do perito/estabelecimento oficial, desde logo decorrente do próprio modelo público de perícia adoptado pelo legislador português, acompanhamos a posição de Ana Catarina Dias Martins³⁸ que defende que *“Os entendidos peritos tributários, funcionários da Administração Tributária, que assistem tecnicamente o Ministério Público “em todas as fases do processo”, à luz do artigo 50.º do RGIT, não podem ser confundidos com os peritos designados para efeitos da lei processual penal. Estes peritos tributários são funcionários da Administração Tributária ou da Segurança Social, designados pelo Ministério Público, com quem estabeleceram uma certa vinculação, já que assistem tecnicamente o MP em todas as fases do processo, devido às dificuldades de natureza técnica que a matéria levanta, dependendo por isso de conhecimentos especiais. Logo, como imporá o bom senso e as regras da imparcialidade, os mesmos não devem ser nomeados e ouvidos como peritos, para efeitos dos artigos 152.º a 154.º do CPP, devendo antes serem designados pelo MP como consultores técnico, nos termos e para efeitos do artigo 155.º do CPP”*.

Nesta sequência, não podem tais inspectores depor como peritos, apenas como testemunhas, com reforço do disposto no artigo 39.º, n.º 1, alínea d), do Código de Processo Penal, aplicável aos peritos *ex vi* artigo 47.º, n.º 1, do mesmo diploma legal.

³⁸ Ana Catarina Dias Martins, in *Dissertação de Mestrado em Direito Tributário e Fiscal, sob o tema Os Poderes de Investigação em matéria tributária – Em especial, a investigação da criminalidade tributária*, Universidade do Minho, Abril de 2016, pág. 51.

Aqui convém recordar que o para a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem³⁹ uma perícia deve cumprir uma tríplice perspectiva: ver assegurada a imparcialidade do(s) perito(s); realizar-se em prazo razoável; sujeitar-se aos princípios da igualdade de armas e do contraditório.

2) Os casos dos artigos 43.º e 62.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 15/93 de 22 de Janeiro

Quando no artigo 43.º com a epígrafe “*exame médico a consumidores habituais*”, o mesmo preceitua que através daquele, visa-se concluir “*pela toxicodependência da pessoa a ele sujeita*”, pelo que é de fácil percepção que estamos perante uma perícia e não exame pois que, só através das execução pericial se irá determinar os componentes químicos existentes no sangue ou urina, que determinem o consumo de substâncias estupefacientes. De outro modo, tal norma estaria a prever a recolha inútil deste material biológico.

Do mesmo modo, no artigo 62.º, n.º 1, ao determinar que as “*As plantas, substâncias e preparações apreendidas são examinadas, por ordem da autoridade judiciária competente, no mais curto prazo de tempo possível*”, continuando no n.º 2 que “*Após o exame laboratorial, o perito procede à recolha, identificação (...)*” o raciocínio a aplicar é exactamente o mesmo, porquanto, para se determinar que planta é aquela, a que tipo de preparação foi sujeita e com a aplicação de que tipo de substâncias, é necessário o emprego de conhecimentos técnicos e científicos em análises a efectuar em laboratório oficial e que não se coadunam com o exame.

A este respeito: “*Com efeito, os exames laboratoriais juntos aos autos (fls 39 e 41) identificam as substâncias em causa; os respetivos pesos líquidos; a concentração de THC e, fazendo o cálculo segundo a Portaria n.º 94/96, indicam o número de doses resultantes. De acordo com o disposto no n.º 3 do artigo 71.º da Lei n.º 15/93, os limites fixados nos exames juntos são apreciados nos termos da prova pericial – artigo 163.º do Código Processo Penal - pelo que, o juízo a fazer sobre a suficiência ou insuficiência desses limites se presume subtraído à livre convicção do julgador, devendo este fundamentar qualquer divergência desse juízo*”. - Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28.02.2018, Relatora Maria Ermelinda Carneiro, in www.dgsi.pt.

3) O caso do artigo 53.º do Decreto-Lei n.º 15/93 de 22 de Janeiro

“*Ora, se o n.º 2 fala em perícia e já não em revista é porque se entende que aquilo que é feito num hospital deixa de ter a natureza de uma mera «revista», passando para o domínio das perícias, mesmo que atípicas (pois aqui não se pretende nenhuma avaliação pericial mas apenas o desencadear de um procedimento seguro para a saúde da visada).*

Rigorosamente, foi feito um exame médico-legal - o exame é descritivo, fruto de observação, visionamento ou percepção directa, relatada ou registada.

Na nossa situação, temos então um exame médico-legal que foi autorizado pela autoridade judiciária competente (o MP – artigo 53.º/3 do DL n.º 15/93, aqui lei especial relativamente ao regime geral dos exames previsto no CPP), não sendo necessária a intervenção do JIC na

³⁹ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, caso Eugénia Lazăr v. Roménia de 16/02/2010.

medida em que não estamos perante um exame tipificado no n.º 2 do artigo 154.º (não foi um exame sobre as características físicas e psíquicas da MP...), no n.º 2 do artigo 172.º e no n.º 1, alínea b), do artigo 269.º do CPP.

No nosso caso, já se sabia com antecedência que a arguida escondia droga no interior da sua vagina.

Apenas a queríamos tirar em segurança. O que se visava era retirar do interior do corpo desta arguida a heroína que já se sabia que estava ocultada no interior do corpo e que ela já até havia assumido perante a referida agente da PSP, o que nada tinha a ver com características físicas ou psíquicas.

*Aqui discordamos da posição de Paulo Pinto de Albuquerque, abundantemente citado nas alegações de recurso, na medida em que não vemos qualquer necessidade de intervenção do JIC no exame previsto no n.º 3 do artigo 53.º da Lei da Droga - haverá necessidade de **intervenção judiciária mas já não judicial**". - Ac. Tribunal da Relação de Coimbra, de 30.03.2011, Relator Paulo Guerra, in www.dgsi.pt.*

4) Valor probatório dos radares de controlo de velocidade

"Os radares de controlo de velocidade não assumem a qualidade de exame em sentido jurídico-penal, pelo que não se lhes aplica o regime processual dos exames, constituindo apenas um meio de detecção de infracção cuja fiabilidade pode ser posta em causa". - Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10.01.94, publicado na CJ, Ano XIX, 1994, Tomo I, p. 140.

5) O caso da máquina usada para jogo ilegal

"De facto, o dito acto processual de fls. 24-28 só pode ser qualificado como um exame nos termos do artigo 172 e seguintes do C.P.P. e não uma perícia (artigos 151.º e seguintes do mesmo diploma), pois que não exige a percepção ou apreciação de factos nem a exigência de "especiais conhecimentos", enquanto documentação processual do que existe. E o exame de fls. 24-28v.º apenas pode ter essa vertente: a documentação das características da máquina apreendida. E características existentes e verificáveis no momento, não daquilo que é imaginado. Isso já é "literatura". - Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 02.05.2017, Relator João Gomes de Sousa, in www.dgsi.pt.

6) Análise efectuada a dois quadros apreendidos no âmbito dos crimes de falsificação de documento e burla

"Um processo judicial é uma forma que se pretende equilibrada de chegar a uma decisão pelo que a existência nos autos de um exame directo (vide folhas 56) efectuado por um inspector da PJ, sem conhecimentos científicos comprovados, a atestar que os dois quadros apreendidos nos autos (e referidos no número 4 dos factos provados) constituem falsificações, não tem qualquer valor, entenda-se "pericial", para comprovar tal facto, o qual como se sabe requer conhecimentos muito específicos técnico, artísticos e científicos, uma vez que nos movemos no mercado da arte, já por si bastante escorregadio, como é aliás por todos muito bem consabido. (...) Dada a dita característica complexa de tais conhecimentos é suposto que o tribunal seja adjuvado por quem reúna os conhecimentos e a credibilidade necessárias para verter, com

conhecimento e neutralidade, em linguagem comum a referida complexidade. Isto supõe que tal pessoa deva ser escolhida por lei (LPC e IML) ou pelo tribunal e, se for caso, por este ajuramentada como perito, elabore relatório pericial e preste esclarecimentos, se estes se revelarem necessários. É o que resulta do regime sabido dos artigos 151.º a 163.º do C.P.P”. – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06.07.2017, Relatora Filipa Costa Lourenço, in www.dgsi.pt.

7) Recusa à prestação de autógrafos

“Os arguidos que se recusarem à prestação de autógrafos, para posterior exame e perícia, ordenados pelo Exm.º Magistrado do M.º P.º, em sede de inquérito, incorrem na prática de um crime desobediência, previsto e punível pelo artigo 348.º, n.º 1, b), do Código Penal, depois de expressamente advertidos, nesse sentido, por aquela autoridade judiciária”. - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Uniformizador de Jurisprudência n.º 14/2014 in www.dgsi.pt.

8) Sujeição a exame radiológico – artigo 53.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro

“Se o arguido se recusa a ser submetido a exame, a circunstância de essa recusa ser punível criminalmente (artigo 53.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro) não obsta a que se realize coactivamente exame radiológico com a finalidade de apurar se essa pessoa oculta ou transporta no seu corpo estupefacientes, desde que ele tenha sido ordenado por despacho judicial, com respeito pelos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade, e a realização da diligência, por técnico habilitado, com respeito pela dignidade do examinado, não coloque em perigo a vida ou a saúde do arguido”. – Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 15-10-2012, Proc. n.º 21/10.5JABRG.G1, Relator Cruz Bucho, in www.colectaneadejurisprudencia.com.

IV. Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª Edição, Lisboa, Universidade Católica, 2009.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª Edição, Lisboa, Universidade Católica, 2011.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, Vol. 1; Lisboa, Edições Danúbio, 1986.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código de processo penal anotado*, 17.ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, comentário ao artigo 151.º do Código de Processo Penal.

MARTINS, Ana Catarina Dias, *Os Poderes de Investigação em matéria tributária – Em especial, a investigação da criminalidade tributária*, Dissertação de Mestrado em Direito Tributário e Fiscal, Universidade do Minho, Abril de 2016, pág. 51.

NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

PIMENTEL, António Lourenço Gomes, *O papel da perícia na descoberta da verdade e como garante de um processo equitativo*, Tese de mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, pág. 120.

SANTOS, Manuel Simas, LEAL-HENRIQUES, Manuel – *Código de Processo Pena Anotado*, artigos 1.º a 240.º, 3.ª Edição, Lisboa, Rei dos Livros, 2008.

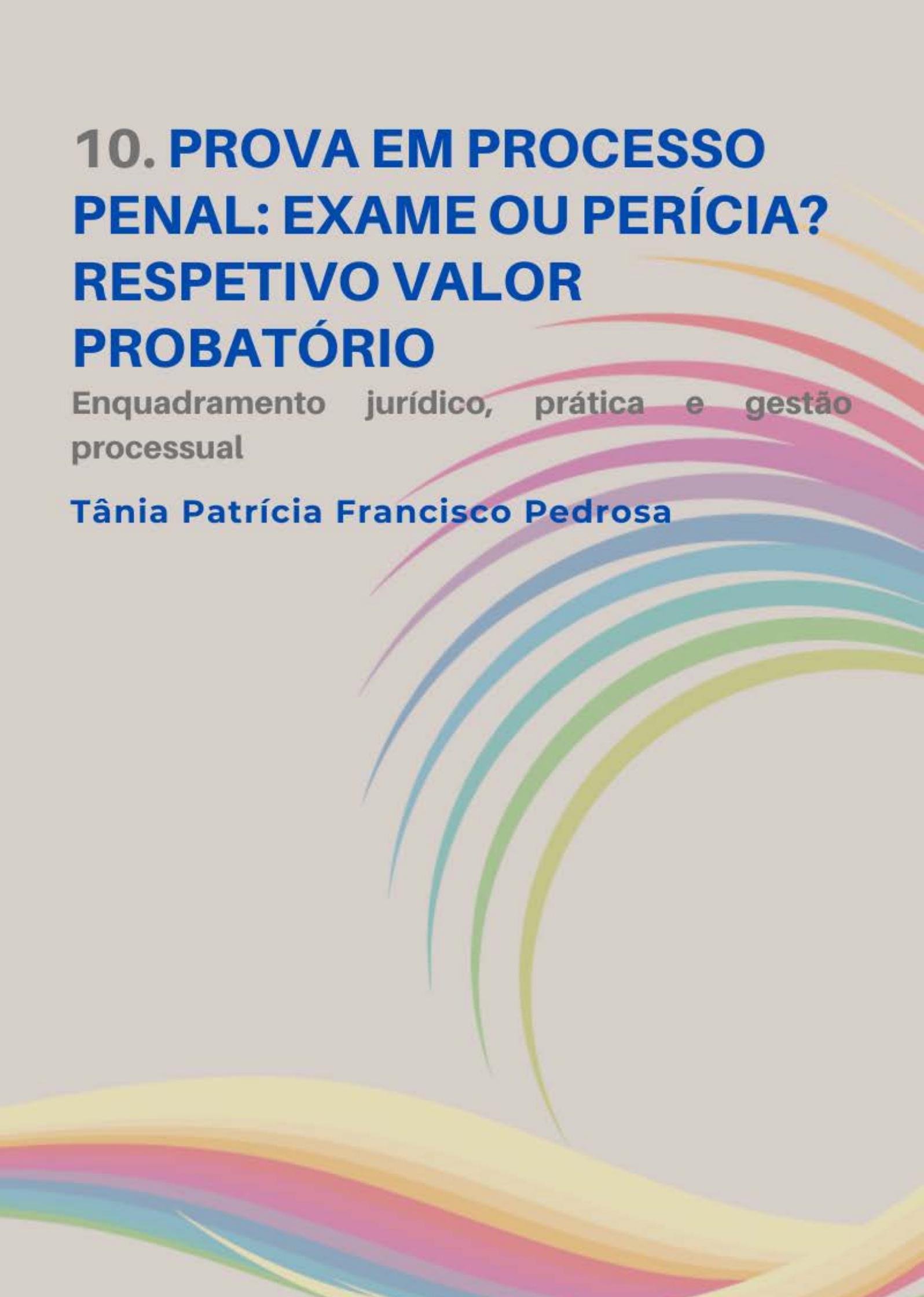
SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Volume II, 4.ª Edição, Lisboa, Editorial Verbo, 2008.

SOUSA, João Gomes de, *A Perícia técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial*, Revista Julgar, n.º 15, Setembro-Dezembro de 2012, pág. 28.

10. PROVA EM PROCESSO PENAL: EXAME OU PERÍCIA? RESPETIVO VALOR PROBATÓRIO

Enquadramento jurídico, prática e gestão processual

Tânia Patrícia Francisco Pedrosa



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

10. PROVA EM PROCESSO PENAL: EXAME OU PERÍCIA? RESPETIVO VALOR PROBATÓRIO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Tânia Patrícia Francisco Pedrosa *

- I. Introdução
- II. Objetivos
- III. Resumo
 - 1. Prova em Processo Penal
 - 1.1. Princípios processuais penais relativos à prova
 - 1.1.1. O princípio da legalidade ou legitimidade da prova
 - 1.1.2. O princípio da livre apreciação da prova
 - 1.1.3. O princípio da investigação ou da descoberta da verdade material
 - 1.1.4. O princípio da presunção de inocência
 - 1.1.5. O princípio da imediação e da contraditoriedade
 - 1.2. Distinção entre prova, meios de prova e meios de obtenção de prova
 - 2. Exame ou perícia?
 - 2.1. Das perícias
 - 2.1.1. Natureza, objeto e finalidades da perícia
 - 2.1.2. Valor da prova pericial
 - 2.1.3. Questões suscitadas no âmbito das perícias
 - 2.2. Dos exames
 - 2.2.1. Natureza, objeto e finalidades do exame
 - 2.2.2. Obrigatoriedade ou não de sujeição a exame
- IV. Hiperligações e referências bibliográficas

I. Introdução

O presente trabalho temático – Prova em Processo Penal: exame ou perícia? Respetivo Valor probatório. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual – insere-se no 2.º ciclo do 33.º Curso do CEJ – Ministério Público.

Após a consulta da legislação e bibliografia relacionadas com a temática em análise, propomos deixar aqui umas breves reflexões sobre o conceito de prova em processo penal, nomeadamente sobre a produção e valoração de provas, a qual constitui o cerne de qualquer processo.

Visamos estabelecer a distinção entre a prova pericial e os exames (de pessoas, de lugares ou de coisas), uma vez que os exames e perícias muitas vezes se confundem, tentando determinar o objeto, os pressupostos e a sua finalidade e bem assim as repercussões jurídicas que lhes estão associadas.

* Agradecimentos:

A palavra agradecimento é sinónimo de gratidão e de reconhecimento. Assim, venho, por este meio, agradecer a todos os meus colegas do grupo, com quem aprendi muito ao longo dos últimos meses e com quem partilhei vários momentos de angústia, dúvidas e momentos de boa disposição, contribuindo assim para que eu concluísse este trabalho. São eles: Dra. Catarina Carloto de Castro, auditora de justiça; Dra. Carlota Rocha, auditora de justiça; Dra. Elsa Bértolo, auditora de justiça; Dr. Paulo Soares, auditor de justiça e Dra. Filipa Marques, Procuradora adjunta – Ministério Público – Procuradoria da República da Comarca de Leiria – DIAP – 1.ª Secção de Leiria.

Este trabalho parte da premissa que as perícias e exames são duas figuras conceptualmente bem definidas e delimitadas na lei e têm regimes distintos. Enquanto a prova pericial/perícia é qualificada como meio de prova, os exames constituem-se como um meio de obtenção de prova, como adiante se explanará.

II. Objetivos

Pretendemos dar resposta às perguntas-chave do nosso trabalho, que de seguida se apresentam:

- a) Afinal em que consiste uma perícia?
- b) Em que é que difere do exame?
- c) Qual o seu valor probatório?

Aflorando, ao longo do presente estudo, os aspetos essenciais relativos às perícias: a questão de saber se as perícias são ou não obrigatórias, quais as consequências da sua não realização, quem as ordena, quando é que estamos na presença de perícias e não na presença de exames.

No que concerne aos exames, algumas questões de particular importância, nomeadamente, a da obrigatoriedade ou não de sujeição a exame e o das consequências da recusa, quer no que toca à deteção de álcool, estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou produtos com efeito análogo no sangue (recusa com efeito previsto na lei), quer no que se refere a exames médico-forenses, físicos ou mentais, ao arguido ou ao condenado (recusa com efeito não previsto legalmente).

Este trabalho tem como destinatários todos os profissionais do direito, tais como estudantes de direito, auditores de justiça, advogados, magistrados judiciais e também magistrados do Ministério Público.

III. Resumo

O presente trabalho divide-se em dois grupos. No primeiro, falamos da prova em processo penal, os princípios processuais penais relativos à prova e a distinção entre prova, meios de prova e meios de obtenção de prova. O segundo debruçar-se-á sobre perícias e exames.

Sobre a prova, o instituto da prova encontra-se consagrado no Livro III, do Código Processo Penal¹, atenta a sistematização do Código Processo Penal, assim iniciaremos o seu estudo com o Título I, o qual sob a epígrafe de “Disposições gerais”, no seu o artigo 124.º, n.º 1, dispõe *“Constituem objeto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis”*.

¹ Referindo que, de ora em diante, os artigos referidos sem identificação de origem e não relacionados com segmentos textuais explícitos reportam-se ao Código de Processo Penal (CPP) vigente.

No Título II estão regulados os meios de prova, de entre os quais, as perícias que vêm reguladas diretamente em treze artigos do Código Processo Penal (artigos 151.º a 163.º), como adiante se explanará.

Por fim, no Título III, temos os meios de obtenção de prova, previstos nos Capítulos I a IV, que estabelecem a regulamentação dos exames (previsto nos artigos 171.º a 173.º, do Código Processo Penal), das revistas, das buscas, das apreensões e das escutas telefónicas, *“são instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias, para investigar e recolher meios de prova; não são instrumentos de demonstração do thema probandi, são instrumentos para recolher no processo esses meios”*².

Finalmente, no segundo grupo, abordaremos de forma pormenorizada as perícias e exames, sua natureza, objetivos e finalidades, bem como o respetivo valor probatório.

O nosso trabalho será concluído com algumas questões de particular importância/ pertinência para a temática em estudo

1. Prova em Processo Penal

1.1. Princípios processuais penais relativos à prova

O conceito de prova surge identificado e definido em diversos contextos legais, nomeadamente no Código Civil e no Código de Processo Penal. Repare-se: o artigo 341.º, do Código Civil, dispõe que *“as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos”*, pelo que, para se demonstrar a realidade dos factos em discussão em determinado processo, é necessário produzir provas. Já em processo penal, a prova está intimamente ligada ao domínio processual e à finalidade do processo, constituindo o cerne de qualquer processo penal.

A iniciativa processual cabe ao Ministério Público, atento o preceituado no artigo 48.º, do Código Processo Penal, sendo ele quem dirige o inquérito, coadjuvado pelos Órgãos de Polícia Criminal (OPC's)³. É ele quem, orientado pelo princípio da legalidade (artigo 219.º, n.º 1, da

² Cf. de Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal, II volume, 4.ª Edição revista e atualizada, Editorial VERBO, 2008, páginas 233 a 234. Aí se refere *“na perspetiva lógica os meios de prova caracterizam-se pela sua aptidão para serem por si mesmos fonte de convencimento, ao contrário do que sucede com os meios de obtenção da prova que apenas possibilitam a obtenção daqueles meios. Na perspetiva técnica ou operativa os meios de obtenção da prova caracterizam-se pelo modo e também pelo momento da sua aquisição no processo, em regra nas fases preliminares, sobretudo no inquérito”*.

³ A direção da investigação pertence ao Ministério Público, atuando os OPC's sob a sua direta orientação e na sua dependência funcional. Veja-se nesse sentido os artigos 1.º, 3.º, n.ºs 1, alíneas c), h) e n) e 3, do Estatuto do Ministério Público:

Artigo 1.º: O Ministério Público [...] participa na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exerce a ação penal orientada pelo princípio da legalidade [...], nos termos da Constituição, do presente Estatuto e da Lei.

Artigo 3.º, n.º 1: Compete, especialmente, ao Ministério Público:

Alínea c): Exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade;

Alínea h): Dirigir a investigação criminal, ainda quando realizada por outras entidades;

Alínea n): Fiscalizar a atividade processual dos órgãos de polícia criminal;

N.º 3: No exercício das suas funções, o Ministério Público é coadjuvado por [...] órgãos de polícia criminal.

Constituição da República Portuguesa) e visando sempre as finalidades indicadas no artigo 262.º, do Código Processo Penal, investiga a existência de um crime, determinando quem são os seus agentes e a sua responsabilidade, descobrindo e recolhendo provas com vista a acusação e/ou arquivamento.

Manuel Cavaleiro de Ferreira explica que o *“processo destina-se à aplicação do direito; a aplicação do direito tem por objeto realidades de facto”*⁴.

Assim, a prova, em processo penal enquanto atividade probatória, é o esforço metódico através do qual são demonstrados os factos relevantes para a existência do crime, a punibilidade do arguido e a determinação da medida da pena ou medida de segurança aplicáveis (cf. artigo 124.º, n.º 1, do Código Processo Penal).

A prova assenta em dois pilares fundamentais, por um lado, na estrutura acusatória; por outro, no asseguramento das garantias de defesa (através do Juiz de Instrução – Juiz das liberdades e garantias).

Vejamos alguns dos princípios processuais penais relativos à prova.

1.1.1. O princípio da legalidade ou legitimidade da prova

Dispõe o artigo 125.º do Código Processo Penal, que *“são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”*.

Nos termos do preceituado no artigo 126.º, n.ºs 1 e 2, do Código Processo Penal, são absolutamente proibidos os métodos de prova obtidas com violação dos direitos, liberdades e garantias individuais consagrados nos artigos 25.º, 26.º, n.º 1, 32.º, n.º 8, e 34.º, todos da Constituição da República Portuguesa, tendo como cominação legal a nulidade das provas obtidas por esses métodos (cfr. artigo 122.º, do Código Processo Penal e artigo 32.º, n.º 8, da Constituição da República Portuguesa).

Posição também defendida pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH). Nesse sentido a título de exemplo, de entre outros, o Ac. TEDH, Jalloh v. Germany⁵, 11 July 2006, application n.º 54810/00, sobre a proibição de uso forçado de substâncias indutoras de regurgitação e o princípio da proporcionalidade e o Ac. TEDH, Gäfgen v. Germany⁶, 10 June 2010, application n.º 22978/05, sobre a proibição de tortura e tratamentos desumanos ou degradantes (artigo 3.º CEDH). O efeito-à-distância da prova proibida. Processo equitativo (artigo 6.º CEDH).

⁴ MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, Curso de Processo Penal, vol. I, Lisboa, Editora Danúbio, Lda., 1986, página 203.

⁵ [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["54810/00"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-76307"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

⁶ [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["22978/05"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-99015"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

Assim, da conjugação das disposições legais dos artigos 125.º e 126.º, ambos do Código Processo Penal, extrai-se que são admissíveis todas as provas, desde que não sejam proibidas por lei, mesmo que atípicas (cf. artigo 34.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa).

No entanto, para aferir se uma prova é ou não proibida/permitida, tem a mesma de ser analisada à luz dos princípios da ponderação de interesses e da proporcionalidade, tendo em conta, por um lado, o interesse público do *ius puniendi* e, por outro, os direitos fundamentais dos cidadãos em jogo. Qualquer restrição aos direitos, liberdades e garantias só é constitucionalmente legítima se respeitar o artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa.

O regime legal dos meios de prova visa garantir a máxima credibilidade dos mesmos, havendo casos em que a própria lei estabelece que as provas não podem ser produzidas ou valoradas (proibições de prova), sob pena de nulidade.

1.1.2. O princípio da livre apreciação da prova

O sistema processual penal português consagra, como regra, o princípio da livre apreciação da prova no artigo 127.º do Código Processo Penal, Capítulo III, sendo este princípio válido em todas as fases processuais e para as diversas “entidades competentes” intervenientes nos autos. Porém, este princípio comporta algumas exceções no que concerne à prova, nomeadamente a prova testemunhal, declarações de arguido, provas periciais e prova documental, quando em causa estejam documentos autênticos ou autenticados (cfr. artigo 169.º). Mas, da aplicação deste princípio, não resulta que o juiz possa arbitrariamente decidir uma causa de acordo com convicções subjetivas que não tenham fundamento.

Tal como refere GERMANO MARQUES DA SILVA, “a livre valoração da prova não deve, pois, ser entendida como uma operação puramente subjetiva, pela qual se chega a uma conclusão unicamente por meio de impressões ou conjeturas de difícil ou impossível objetivação, mas valoração racional e crítica de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas de experiência e dos conhecimentos científicos, que permita objetivar a apreciação”.⁷

Também, neste sentido, MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA esclarece que “a livre apreciação não é convicção arbitrária (...) estando a apreciação da prova vinculada à lógica racional dessa apreciação, que as máximas de experiência condicionam”.⁸

1.1.3. O princípio da investigação ou da descoberta da verdade material

O Código Processo Penal assenta numa estrutura acusatória do processo penal, norteadada pelo princípio da investigação. Pertencendo ao Ministério Público, em regra, na fase de inquérito a

⁷ *Op. cit.*, página 151.

⁸ *Op. cit.*, página 265.

aquisição e/ou produção de prova, com exceção de algumas situações em que a aquisição/produção de prova só pode ser autorizada pelo juiz.

O princípio da investigação ou da descoberta da verdade é um princípio basilar do Direito Processual Penal, que confere ao juiz o ónus de investigar, procurando todos os esclarecimentos e provas possíveis, não se contentando com o que as partes apresentam no processo. Tal como refere o Professor Figueiredo Dias, *“a audição e esclarecimento do material de facto não pertence aqui exclusivamente às partes, mas em último termo ao juiz: é sobre ele que recai o ónus de investigar e esclarecer oficiosamente – independentemente das contribuições das partes – o facto submetido a julgamento”*.⁹

O princípio da investigação ou da descoberta da verdade não está expressamente consagrado no Código de Processo Penal. Porém, está presente em diversos artigos dispersos ao longo do Código de Processo Penal, nomeadamente no artigo 340.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, que consagra expressamente que *“o tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade”*.

1.1.4. O princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção da inocência, consagrado no artigo 32.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, é um verdadeiro princípio de prova e consagra um direito fundamental do cidadão *“in dubio pro reo”*, consagrado no artigo 18.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa e também reconhecido no direito internacional (cfr. artigo 11.º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), artigo 6.º, n.º 2, da Convenção Europeia para a proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais e artigo 14.º, n.º 2, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos).

A dúvida sobre a culpabilidade que impende sobre o arguido é a razão de ser do processo penal, razão pela qual o arguido ao longo do processo se presume inocente e só a prova dos factos indiciados permite destruir a presunção de inocência.

1.1.5. O princípio da imediação e da contraditoriedade

O princípio da imediação traduz-se no dever de apreciar e/ou obter os meios de prova, os quais posteriormente serão sujeitos a contraditório, atento o preceituado na Constituição da República Portuguesa (cfr. artigo 32.º, n.º 5).

Atento o preceituado no artigo 335.º, do Código Processo Penal – norma que salvaguarda três princípios que subjazem ao julgamento: contraditório, oralidade e imediação – o juiz não pode valorar as provas que não forem produzidas ou examinadas em audiência.

⁹ JORGE FIGUEIREDO DIAS, Direito Processual Penal, Coimbra: Coimbra Editora, 1974, Reimpressão, página 192.

Ou seja, este princípio implica o contacto direto do juiz com as provas, pois só assim é possível este valorar livremente a prova.

1.2. Distinção entre prova, meios de prova e meios de obtenção de prova

A prova, como supra se disse, tem como objeto factos juridicamente relevantes.

Dispõe o n.º 1 do artigo 124.º, do Código Processo Penal, que *“Constituem objeto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis”*.

Enquanto meio de prova, as provas são os elementos com base nos quais os factos relevantes podem ser demonstrados e de que o julgador se pode servir para formar a sua convicção sobre um facto.

A lei estabelece um catálogo de meios de prova típicos (título II do Livro III), a saber: prova testemunhal (artigos 128.º a 139.º), das declarações do arguido, do assistente e das partes civis (artigos 140.º a 145.º), da acareação (confronto entre as pessoas que prestem declarações contraditórias, artigo 146.º), da prova por reconhecimento de pessoas e objectos (artigos 147.º a 149.º), da reconstituição do facto (artigo 150.º), da prova pericial (juízo técnico, científico ou artístico inerente ao exercício de funções periciais, artigos 151.º a 163.º) e prova documental (artigos 164.º a 170.º).

Já enquanto meio de obtenção de prova, previstos nos Capítulos I a IV do Título III do Livro III do Código de Processo Penal, as provas são instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias para investigar e recolher meios de prova, são elas os exames (artigos 171.º a 173.º), as revistas e buscas (artigos 174.º a 177.º), as apreensões (artigos 178.º a 186.º) e as escutas telefónicas (artigos 187.º a 190.º).

Podemos assim dizer que a prova tem um tríplice significado, prova como atividade probatória, prova como resultado e prova como meio.

2. Exame ou perícia?

2.1. Das perícias

2.1.1. Natureza, objeto e finalidades da perícia

A natureza da perícia, no ordenamento processual penal português caracteriza-se por ser tendencialmente pública e exigir dois pressupostos para a sua realização: um, o aspeto formal – a nomeação por entidade judiciária (Ministério Público, Juiz de Instrução ou Juiz de

Julgamento, conforme a fase processual), ou por delegação sua¹⁰ (exceto as situações em que os OPC's têm competência¹¹) – outro, material, a necessidade de especiais conhecimentos para perceber e apreciar factos.

Nos termos do disposto no artigo 151.º do Código Processo Penal, a perícia é um ato processual formal típico, de perceção ou apreciação/valoração de factos, uma vez que só ocorre quando determinada nos termos da lei (cf. artigo 154.º, n.º 1), pelo que, nem todos os atos de perceção ou apreciação de factos são atos de perícia, embora materialmente idênticos.

Seguindo de perto o exarado no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 13.5.2014¹², *“Quanto à natureza das perícias já afirmámos que o legislador português consagrou ... um modelo de perícia preferencialmente pública, regra que apenas é afastada por impossibilidade ou inconveniência – artigos 152.º, 153.º 154.º, n.º 1, e 160.º-A do Código de Processo Penal. Consagrou-se, portanto, um regime misto com prevalência de intervenção de organismos públicos, com a qualidade pericial a assentar numa certificação pública, sem exclusão da possibilidade hipotética de apresentação de perícias contraditórias quando não existam organismos públicos reconhecidos para a realização da perícia”*.

No entanto sempre se diz que, a preferência por um regime de perícias públicas ou privadas é uma opção do legislador nacional, como aliás reconhece o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no seu acórdão Eugénia Lazăr v. Roménia (*“a opção de definir a perícia médico-legal como essencialmente pública ou privada é matéria do ordenamento interno e não cabe ao TEDH intervir no debate”*), desde que o regime interno da perícia se rodeie das garantias suficientes para preservar a sua credibilidade, eficácia e devido cumprimento do princípio da igualdade de armas¹³.

Nesse sentido, para a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, uma perícia deve cumprir uma tríplice perspectiva ver assegurada a imparcialidade do(s) perito(s); realizar-se em prazo razoável; sujeitar-se aos princípios da igualdade de armas e do contraditório.

O cumprimento do princípio da igualdade de armas e do contraditório passa, nomeadamente, pela possibilidade de ter alguma intervenção não na realização da perícia, mas na colaboração da mesma, esta possível através da nomeação de sim de consultores técnicos, que podem participar na perícia apresentando quesitos, dúvidas, sugestões e propor diligências.

Nas palavras de SIMAS SANTOS E LEAL HENRIQUES¹⁴, a intervenção do consultor constitui uma *“fiscalização privada da perícia”*.

¹⁰ *“Em caso de urgência ou perigo de demora”* (artigo 270.º, n.º 3, do Código Processo Penal, ex vi Directiva n.º 1/2002, da PGR, publicada no DR, II Série, de 04.04.2002).

¹¹ Atento o preceituado nos artigos 248.º e 249.º, ambos do Código Processo Penal. Ora, as autoridades de polícia criminal da PJ têm especial competência para, no âmbito de despacho de delegação genérica de competência de investigação criminal, ordenar: perícias a efectuar por organismos oficiais [cf. artigo 2.º, n.º 3, da Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto (LOIC)].

¹² Disponível na base de dados da DGSI, www.dgsi.pt.

¹³ Acórdão do TRL, de 06.07.2017, publicado na base de dados da DGSI, www.dgsi.pt.

¹⁴ Código de Processo Penal Anotado, 1999, Vol., página 804.

O Código Processo Penal não nos dá uma definição concreta do que seja a perícia, mas através da doutrina e jurisprudência conseguimos formular um conceito de perícia. Vejamos:

A prova pericial, tanto em direito civil como em direito processual penal, é um meio de prova – artigos 151.º a 163.º, todos do Código Processo Penal –, que está ao serviço da investigação para a descoberta da verdade, não se confundindo com informações, relatórios e inquéritos sociais, os quais visam a obtenção de informações respeitantes às pessoas e à sua situação social, familiar, habitacional, laboral e/ou escolar.

Ora, dispõe o artigo 151.º do Código Processo Penal, que *“A prova pericial tem lugar quando a perceção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos”*. (sublinhado nosso)

Segundo GERMANO MARQUES DA SILVA¹⁵ *“a perícia é a atividade da perceção, ou apreciação dos factos probandos efetuada por pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos”*.

Assim, podemos concluir que a perícia se destina a perceber factos ou apreciar factos. Apurado o que é uma perícia, importa saber quem realiza a perícia.

Estatui o artigo 152.º, n.º 1, do Código Processo Penal, que *“A perícia é realizada em estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado ou, quando tal não for possível ou conveniente, por perito nomeado de entre pessoas constantes de listas de peritos existentes em cada comarca¹⁶, ou, na sua falta ou impossibilidade de resposta em tempo útil, por pessoa de honorabilidade e de reconhecida competência na matéria em causa”*. (sublinhado nosso)

Atento o preceituado na norma, a perícia é realizada *“em estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado”*, dependendo da perícia em causa. Se a autoridade judiciária não observar a ordem estabelecida no n.º 1, então verifica-se uma irregularidade nos termos do artigo 123.º do Código de Processo Penal, a qual fica sanada se não for arguida atempadamente.

Trata-se de trazer ao processo especiais conhecimentos, próprios de determinadas profissões ou atividade especializada, na pessoa do perito¹⁷.

Citando ANTÓNIO JOÃO LATAS (2006, p.40) *“No direito processual português, perito, em sentido estrito ou próprio (i.e., o que intervém no âmbito da prova pericial), é o especialista numa determinada disciplina ou área técnica, artística ou científica, nomeado pela autoridade judiciária competente, ou por delegação desta, para que, seguindo o procedimento legalmente*

¹⁵ *Op. cit.*, página 215.

¹⁶ Em regra, recorrendo aos peritos do Instituto Nacional de Medicina Legal, do Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária e ao Instituto de Resíduos, entre outros.

¹⁷ A perícia pode ser realizada por um único perito ou por vários. A existência de vários peritos ocorre quando estamos na presença de uma perícia colegial ou interdisciplinar (cf. artigo 152.º, n.º 2), estando os peritos todos de acordo é elaborado um único relatório, havendo discordância, cada perito elabora o seu relatório. O relatório pericial é notificado aos sujeitos processuais (cf. artigos 154.º e 155.º, ambos do Código Processo Penal).

previsto, proceda à percepção ou apreciação de factos objeto da prova, que exijam especiais conhecimentos naquelas áreas ou disciplinas”.

*Assim, “A prova pericial constitui meio de prova pessoal, na medida em que, não obstante o peso da componente técnica, científica ou artística, na sua caracterização, resulta do regime estabelecido no Código Processo Penal que a perícia pressupõe, necessariamente, a intervenção do perito como sujeito da atividade de percepção ou apreciação de factos que exijam especiais conhecimentos daquela natureza (cfr. artigos 152.º, 153.º e 157.º), independentemente da extensão da sua intervenção e do maior ou menor contributo de específicos técnicos e científicos, bem como do respetivo grau de automaticidade, nomeadamente em virtude da utilização de potencialidades da informática e de outras tecnologias”.*¹⁸

Transcrevendo a definição de MANUEL DE ANDRADE¹⁹, para quem a perícia: *“Traduz-se na percepção, por meio de pessoas idóneas para tal efeito designadas, de quaisquer factos presentes, quando não possa ser direta e exclusivamente realizada pelo juiz, por necessitar de conhecimentos científicos ou técnicos especiais, ou por motivos de decoro ou de respeito pela sensibilidade (legítima suscetibilidade) das pessoas em quem se verificam tais factos; ou na apreciação de quaisquer factos (na determinação das ilações que deles se possam tirar acerca doutros factos), caso dependa de conhecimentos daquela ordem, isto é, de regras de experiência que não fazem parte da cultura geral ou experiência comum que pode e deve presumir-se no juiz, como na generalidade das pessoas instruídas e experimentadas”, no mesmo sentido, veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 02.02.2016*²⁰.

O perito é obrigado a desempenhar a função para a qual tiver sido nomeado com idoneidade, independência e, diligentemente, estando sujeito ao regime de impedimentos e escusa dos Magistrados²¹ (cfr. artigos 39.º a 47.º, ex vi artigo 153.º, n.ºs 1 e 2), podendo recusar a perícia nos termos do artigo 153.º, n.º 2, quando há *“falta de condições indispensáveis para a realização da perícia”*.

GERMANO MARQUES DA SILVA²² chama a atenção para este problema, referindo que *“a matéria das perícias é muito delicada porque muitas vezes os peritos extravasam a sua competência, não se limitando a procurar meios de prova sobre os factos ou a apreciar as provas que lhes são submetidas para a apreciação, formulando verdadeiros juízos sobre a responsabilidade com recurso a elementos que não foram validamente admitidos no processo ou que não lhes compete apreciar”*. Retirando, assim, credibilidade aos relatórios periciais.

A atividade que este desenvolve caracteriza-se pela observação, recolha de dados e análise própria decorrente dos seus conhecimentos (técnicos, científicos ou artísticos) a qual, finda a perícia, será descrita no relatório pericial.

¹⁸ Lapas, António João, in Comentário Judiciário do Código Processo Penal, – Tomo II, Almedina, 2019, página 387.

¹⁹ Noções Elementares de Processo Civil, Coimbra Editora, 1976, página 261.

²⁰ Disponível na base de dados da DGSJ, www.dgsi.pt.

²¹ Devendo o regime das escusas ser interpretado com muito zelo pelos peritos, fazendo valer o ditado *“à mulher de César não basta ser honesta, deve parecer honesta”*.

²² Op. cit., página 217.

No relatório pericial, os peritos mencionam e descrevem de forma clara as respostas e conclusões devidamente motivadas, podendo ser-lhes pedidos esclarecimentos, pela autoridade judiciária, pelo arguido, pelo assistente, pelas partes civis e pelos consultores técnicos (cf. artigo 157.º, n.º 1, do Código Processo Penal).

O perito está obrigado a transmitir, com verdade, ao tribunal, todos os factos de que tomou conhecimento e que respeitam ao objeto da perícia, não podendo, quanto a eles invocar legitimamente o segredo profissional.

O perito intervém no processo como auxiliar ou colaborador do tribunal, sendo ouvido nessa qualidade.

O artigo 154.º do Código Processo Penal, sob a epígrafe “*Despacho que ordena a perícia*”, no seu n.º 1, regulamenta quem tem competência para ordenar a realização da perícia, de quem é a iniciativa processual, qual a forma do ato, bem como define o seu conteúdo.

Assim, será ordenada pelo Ministério Público na fase de inquérito, pelo Juiz de Instrução na fase de instrução e pelo Juiz na fase de julgamento. Estabelecendo competências exclusivas no n.º 3²³, quando se trate de ordenar perícia sobre características físicas ou psíquicas da pessoa que não haja prestado consentimento, cabendo ao Ministério Público promover junto do Juiz de Instrução competente, para este ponderar, no caso concreto, sobre a necessidade da perícia face às concretas finalidades probatórias a prosseguir e os direitos fundamentais postos em causa com a diligência (direito à integridade física e à reserva da vida privada).

Assim, a realização de perícia sobre características físicas ou psíquicas da pessoa que não haja prestado consentimento, e sem autorização do juiz, constitui proibição de prova nos termos do artigo 126.º, n.º 2, alínea a), do Código Processo Penal.

A prova pericial tem algumas especificidades, pelo que importa, desde logo, saber quando é que a prova pericial é adequada a obter determinado resultado, quando é determinante para a descoberta da verdade e boa decisão da causa. Razão pela qual, a autoridade judiciária tem de ter conhecimentos bastantes que lhe permitam escolher o tipo de perícia adequado ao caso concreto, indicar o seu objeto e finalidades e, por fim, interpretar os resultados (cfr. artigo 154.º, *ex vi* artigo 340.º, n.ºs 3 e 4, ambos do Código Processo Penal).

Assim, a prova pericial divide-se em função dos seguintes tipos/objetivos, em termos gerais podemos referir:

- a) Perícias em geral (artigo 152.º, n.º 1) são elaboradas em estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado, por perito nomeado de entre pessoas constantes de listas de peritos existentes, em cada comarca, ou, na sua falta ou impossibilidade de resposta em tempo útil, por pessoa de honorabilidade e de reconhecida competência na matéria;

²³ Cf. artigos 268.º, n.ºs 2, 3 e 4 e 269.º, n.º 1, al. a), do Código de Processo Penal.

- b) Perícias médico-legais, nas quais se integram as perícias psiquiátricas (artigo 159.º, n.ºs 1 e 2),²⁴ são realizadas, obrigatoriamente, nas delegações e nos gabinetes médico-legais do Instituto Nacional de Medicina Legal, podendo excepcionalmente ser realizadas por entidades terceiras, contratadas ou indicadas para esse efeito pelo Instituto. Nas comarcas não compreendidas na área de atuação das delegações e dos gabinetes médico-legais podem ser efetuados por médicos a contratar nos termos dos artigos 28.º, 29.º e 30.º, da citada lei, e
- c) Perícias sobre a personalidade²⁵ (artigo 160.º, n.º 2) são realizadas por serviços especializados, incluindo os serviços da reinserção social, ou, especialistas em criminologia, em psicologia, em sociologia ou em psiquiatria (cf. artigo 160.º-A).

Estas são as perícias mais comuns, mas existem perícias relacionadas com a criminalidade informática, económica, fiscal e ambiental, as quais exigem cada vez mais conhecimentos técnico e científicos.

Como supra se disse, as perícias são ordenadas, oficiosamente ou a requerimento, por despacho da autoridade judiciária (em regra, o Ministério Público na fase de inquérito, o Juiz de Instrução na instrução e o Juiz de julgamento na fase de julgamento) o qual conterà:

- a. Nome(s) do perito(s);
- b. Indicação sumária do objecto da perícia e
- c. Indicação do dia, hora e local onde se realizará (cf. artigo 154.º, do Código Processo Penal).

Este despacho é notificado ao Ministério Público, quando este não for o seu autor, ao arguido, ao assistente e às partes civis, no prazo de três dias, exceto se for caso de urgência ou se houver perigo na demora (cf. artigo 154.º, n.ºs 3 e 4, alínea b)).

Excepcionalmente podem, ser realizadas perícias cautelares urgentes (artigo 270.º, n.ºs 3 e 4, *ex vi* artigos 154.º e 270.º, n.º 2, alínea b), todos do Código Processo Penal e artigos 3.º e 4.º da Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto²⁶), daí que não se pode ignorar a importância que os OPC's têm no Direito Processual Penal português, como adiante se explanará.

²⁴ Este preceito deve ser conjugado com o regime jurídico das perícias medico legais e forenses que se inserem nas atribuições do INMLCF, IP – Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto.

²⁵ Nas palavras de Rute Agulhas e Alexandra Anciães (2014, p. 35), “A perícia sobre a personalidade constitui um instrumento de apoio técnico aos tribunais, de natureza psico-sociojurídica (...) [que] Ao contrário do que é requerido numa perícia psiquiátrica... não tem como objetivo a avaliação psicológica, com vista ao estabelecimento de um diagnóstico, mas antes a compreensão do funcionamento do sujeito, e perceber, À luz desse funcionamento, a motivação subjacente para os factos alegadamente praticados”, in Comentário Judiciário do Código Processo Pena, *Op. cit.*, página 473.

²⁶ A presente lei estabelece o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses, consagrando um regime com soluções próprias e por vezes opostas às do Código de Processo Penal, o que conduz a uma dualidade de regimes. A Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto, consagra no seu artigo 4.º, n.º 2, a realização de perícias médico legais urgentes, mas a verdade é que se esta não for tratada/realizada por perito, não tem o valor de prova pericial atribuído pelo artigo 163.º do Código de Processo Penal.

O Código de Processo Penal atual estabelece, no que às perícias diz respeito, a possibilidade de realizar nova perícia e/ou a renovação da perícia, instituindo a figura do consultor técnico²⁷ (entidade qualificada que pode formular objeções e observações sobre a perícia ou sobre o relatório pericial), através do qual se garante um Direito Fundamental basilar de um Estado de Direito Democrático – o Direito ao Contraditório que está consagrado no artigo 32.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa, e que se aplica durante todo o processo, em todos os atos capazes de afetar a posição do sujeito processual. (cf. artigo 155.º, do Código Processo Penal).

Tal como refere GERMANO MARQUES DA SILVA²⁸ *“atento o especial valor probatório da prova pericial, compreende-se a necessidade de rodear a perícia de garantias para assegurar o contraditório para a prova e daí que a lei permita a nomeação de consultor técnico da confiança de quem o designa”*.

Consideramos que a grande diferença entre os exames e a perícia passa pela intervenção dos peritos. Nas palavras de MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA *“as conclusões a tirar da prova são conteúdos do juízo do julgador (...) este juízo ou conclusões é auxiliado por conclusões intermédias dos peritos, quando para as formular, haja que conhecer ciências especializadas ou técnicas estranhas à cultura geral do julgador”*.²⁹

Apesar da importância prática da distinção, os exames e as perícias estão fortemente relacionados entre si. É frequente no Processo Penal que, após a recolha de vestígios (exames), se proceda a uma perícia. Esta proximidade verifica-se ao longo do processo, havendo casos em que a perícia deve ser elaborada em conjunto com o exame.

Veja-se alguns exemplos destas situações:

- a) A recolha de vestígios humanos para proceder à identificação do ADN (deteção de um cabelo, ou a recolha de sémen num cadáver, ou impressões digitais) constitui um exame, porém, a tarefa posterior de comparar aqueles vestígios humanos com diferentes perfis de ADN requiere especiais conhecimentos científicos, consistindo numa perícia).
- b) A autópsia como exame, análise de cinzas de cadáver carbonizado para determinar existência de produtos químicos como perícia.
- c) A recolha de dactilogramas (impressões digitais), como exame, a comparação com outros dactilogramas e conseqüente conclusão categórica excludente ou individualizante como perícia.
- d) O laudo da Ordem dos Advogados (OA) sobre honorários como juízo pericial sujeito às regras da valoração da prova pericial.

²⁷ No sistema português o consultor técnico é designado pelo sujeito processual, podendo cada sujeito processual designar o seu próprio consultor técnico, ficando a remuneração deste a cargo de quem o nomear, ao contrário do que acontece com o perito (cf. artigo 162.º, do Código de Processo Penal).

²⁸ *Op. cit.*, página 221.

²⁹ *Op. cit.*, página 247.

Estes casos em que exames e perícias se relacionam levaram a que parte da doutrina considerasse que os exames e as perícias são “duas fases da mesma operação”.³⁰

Esta doutrina permite salientar a grande importância do exame para a realização de uma boa perícia, no entanto, parece-nos que esta posição tem lacunas, uma vez que nem a todos os exames se segue uma perícia.

Por outro lado, a lei não é clara quanto a obrigatoriedade de realização de perícia. Porém há situações em que a perícia decorre diretamente da lei, é o caso quando, por impossibilidade de realização do teste de ar expirado, for necessário recorrer a análise laboratorial (artigo 153.º, n.º 8, do Código da Estrada) para quantificação da taxa de álcool no sangue (artigos 1.º, n.º 2, 4.º, n.º 3 e 5.º, n.º 2 RFCIASP), perícia que se encontra consagrada na Portaria n.º 902-B/2007, de 13 de Abril, e que é realizada, necessariamente, pela delegação competente do INMLCF, IP, bem como, há casos em que a autoridade judiciária é obrigada pela lei a ordenar oficiosamente ou a requerimento a perícia, desde que estejam preenchidos os requisitos dos artigos em questão, veja-se nesse sentido o acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 13.05.2014³¹, o qual defende expressamente que “há casos claros de exigência legal (literal), a implicar necessariamente a realização de perícia. Estão neste caso, pelo menos, os previstos nos artigos 166.º, n.º 2 (documento cifrado), o artigo 351.º, n.º 1 (imputabilidade) do Código de Processo Penal e o artigo 18.º da Lei n.º 45/2004 (autópsia médico-legal)”.

Outros há em que a perícia é um meio alternativo de prova, é, mas que é possível determinar através de outro meio de prova, como a confissão ou depoimento de testemunha que tenha assistido à elaboração do documento.

Existem, também, artigos que dispõem no sentido da não obrigatoriedade da perícia, é o caso, por exemplo, do artigo 131.º, n.º 3, do Código de Processo Penal que consagra expressamente que “tratando-se de depoimento de menor de 18 anos em crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, pode ter lugar perícia sobre a personalidade” (sublinhado nosso).

Neste caso, como nos demais, em que a perícia não é legalmente obrigatória e se suscita a questão de dever ou não ser ordenada a perícia, cabe à autoridade judiciária avaliar se a mesma deve ou não ser realizada, atendendo à utilidade da perícia para o processo em questão e ao facto de a perícia poder restringir os Direitos Constitucionais de alguém e, existindo esta restrição, é necessário fazer uma avaliação e ponderação de interesses.

³⁰ ANTÓNIO LOURENÇO GOMES PIMENTEL, O papel da perícia na descoberta da verdade e como garante de um processo equitativo, Lisboa, 2012, página 75.

³¹ Acórdão do TRE, de 13.05.2014, já citado, publicado na base de dados da DGSI, www.dgsi.pt, o qual refere, quanto às perícias obrigatórias: “Perícia a documento cifrado (artigo 166.º, n.º 2); Perícia ao estado de imputabilidade do arguido, quando, em sede de audiência de julgamento se suscitar, fundadamente, essa vicissitude (artigo 351.º, n.º 1); Autópsia médico-legal em situações de morte violenta ou de causa ignorada e em situações de morte violenta atribuível a acidente de trabalho ou acidente de viação dos quais tenha resultado morte imediata (artigo 18.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 45/2004, de 19 de agosto – Regime Jurídico da Realização das Perícias Médico-Legais e Forenses (adiante RJRPMFL)); e Perícia médico-legal prevista no artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 15/93, relevante quanto ao reflexo do consumo na capacidade do arguido para avaliar a ilicitude dos seus atos ou de se determinar de acordo com a avaliação feita, isto é, para aferir do grau de culpabilidade do agente”.

Como refere o Professor Paulo Pinto de Albuquerque³² *“A versão inicial do CPP não estabelecia qualquer critério explícito para determinação de uma perícia, considerando a jurisprudência que a diligência deveria ser realizada sempre que fosse “essencial” para a descoberta (acórdão do STJ de 10/07/1997, citado em MAIA GONÇALVES, 2001:376). Esta jurisprudência está agora prejudicada. A Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, consagrou explicitamente o critério da “necessidade” para determinação da perícia sobre características físicas ou psíquicas (artigo 154.º, n.º 2), que é aplicável, por interpretação extensiva, a qualquer perícia”*.

Ao contrário do que acontece com a preterição de uma perícia obrigatória, em que a cominação legal é a nulidade do artigo 120.º, n.º 2, alínea d), do Código de Processo Penal, passível de recurso, esta não é uma questão de fácil decisão. Havendo quem defenda que, *“a ausência de perícia pode implicar vício do processado, a incluir na parte final da alínea d) do n.º 2 do artigo 120.º do CPP, “insuficiência ... da instrução, por ... omissão posterior de diligências que pudessem reputar-se essenciais para a descoberta da verdade”, sempre que, não obstante a inexistência de literal e específica exigência legal de realização da mesma, ocorra situação em que a essencialidade probatória dela se revele, por um critério de necessidade ponderado pela especial natureza dos conhecimentos em causa”*³³. Já o Professor Paulo Pinto de Albuquerque defende que estamos na presença de uma mera irregularidade, se se tratar de uma diligência necessária.

No que concerne às finalidades das perícias, como supra se disse, as mesmas destinam-se a perceber factos ou apreciar factos probatórios, os quais são apresentados aos peritos que sobre eles emitem um parecer (relatório pericial).

Assim, muitas vezes através da prova pericial, apuram-se factos novos com interesse para a decisão da causa, factos esses que de outra forma não seriam trazidos para o processo e os quais muitas vezes são imprescindíveis para a boa decisão da causa. Porém, isto não significa que a prova pericial por si só seja suficiente em sede de inquérito para permitir um arquivamento/ acusação ou, na fase de instrução uma pronúncia ou não pronuncia ou, em sede de julgamento, uma absolvição ou condenação.

Ainda no que respeita as perícias, nomeadamente às médico-legais, podem levantar-se questões quanto ao segredo de justiça (em fase de inquérito e instrução) e à proteção de dados, na medida em que se relacionam com direitos fundamentais das pessoas.

A PGR pronunciou-se sobre esta matéria no Parecer n.º 30/2005, de 02.06.2005, publicado em DR II série, de 01.09.2005³⁴.

³² PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4.ª edição atualizada, Lisboa – Universidade Católica, página 421.

³³ Posição defendida no, já citado, Ac. da Relação de Évora, de 13.05.2014, em que foi Relator João Gomes de Sousa.

³⁴ Formulando as seguintes conclusões, *“1.ª) Os relatórios de perícias médico-legais encontram-se numa situação de dependência processual relativamente aos procedimentos judiciais para que foram produzidos, estando o acesso de terceiros a essas peças processuais subordinado aos poderes de direção intraprocessual das autoridades judiciárias competentes; 2.ª) Consequentemente, cabe aos magistrados (juízes e magistrados do Ministério Público) titulares dos respetivos processos o poder de decidir dos pedidos de acesso de terceiros aos relatórios de perícias médico-legais, em conformidade com as concretas normas processuais relativas à consulta de autos e obtenção de cópias ou*

2.1.2. Valor da prova pericial

O legislador coloca a prova pericial entre os meios de obtenção de prova, tomando assim posição sobre a controvérsia se a prova pericial é um meio de prova, um meio de obtenção de prova ou um meio de apreciação de prova, mas nem sempre foi assim³⁵.

A prova pericial é um meio de prova qualificado e essencial contribuindo para a descoberta da verdade, uma vez que tem por base, nomeadamente, os vestígios no lugar do crime, bem como na vítima, o que aumenta o grau de fiabilidade da prova em relação às provas pessoais como a prova testemunhal.

Quanto à produção e apreciação probatória da perícia, esta tem um regime distinto, que consta do artigo 163.º, n.º 2, do Código Processo Penal, o qual consagra o *“juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador”* (sublinhado nosso), podendo o juiz *“divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência”* mas com apelo aos conhecimentos materiais supostos na perícia. Trata-se de uma das exceções ao princípio da livre apreciação da prova, consagrado no artigo 127.º do Código de Processo Penal.

O juiz não tem de aderir às conclusões do perito, tem, no entanto, de justificar a discordância com base em argumentos de mesma natureza (técnica, científica ou artística) dos peritos, ou seja, estas só podem ser afastadas com argumentação igualmente técnica, científica ou artística. Para este facto chama a atenção GERMANO MARQUES DA SILVA³⁶ *“o que a lei verdadeiramente dispõe é que, salvo com fundamento numa crítica material da mesma natureza, isto é, científica, técnica ou artística, o relatório pericial se impõe ao julgador. Não é necessária uma contraprova, basta a valoração diversa dos argumentos invocados pelos peritos e que são fundamento do juízo pericial”*.

É este o entendimento que tem sido adotado na jurisprudência. Veja-se, nesse sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 09.05.2015, que estatui *“O regime processual*

certidões aplicáveis ao tipo de procedimento judicial em causa; 3.º) Os elementos recolhidos nos exames médico-legais de pessoas vivas, e vertidos nos respetivos relatórios, constituem dados pessoais sensíveis, que beneficiam da proteção conferida à reserva da vida privada pelo artigo 26.º, n.º 1, da Constituição; 4.º) Os elementos recolhidos nos exames médico-legais de cadáveres, e vertidos nos respetivos relatórios, merecem igualmente proteção, com fundamento no princípio da dignidade humana (artigo 1.º da Constituição), precipitado num direito geral de personalidade, que é acolhido no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição e que se projeta nos falecidos quanto ao segmento respeitante à reserva da vida privada; 5.º) Em virtude do que se refere nas duas conclusões anteriores, as autoridades judiciais competentes, ao proceder à aplicação casuística das regras processuais que possibilitem o acesso de terceiros ao processo (consulta e obtenção de cópias ou certidões), devem, na decisão sobre o concreto pedido de acesso a relatórios de perícias médico-legais, interpretar os critérios legais aplicáveis com apelo a um juízo de ponderação que atenda ao regime de restrições aos direitos, liberdades e garantias previsto no artigo 18.º da Constituição”.

³⁵ No Código Processo Penal de 1929 a perícia era tratada com os exames, sendo ambos realizados por peritos, sendo entendimento quase uniforme da doutrina e jurisprudência que o tribunal apreciava livremente a prova pericial.

Contrariamente o Prof. Figueiredo Dias defendia que *“o juízo científico ou parecer propriamente dito só é suscetível de uma crítica igualmente material e científica”*.

A distinção formal entre perícia e exame surgiu com o Código Processo Penal de 1987, com a distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova.

³⁶ *Op. cit.*, página 218.

penal consagra, no artigo 127.º, o princípio da livre apreciação da prova que, no entanto, tem algumas exceções, como as que resultam da prova pericial.

Prescreve o artigo 163.º do C. P. Penal, sobre o valor de tal prova que “1. O juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador. 2. Sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência”.

Sobre o valor deste tipo de resultados pronunciou-se já o S.T.J., em Acórdão de 11 de julho de 2007 (Processo: 07P1416, disponível in www.dgsi.pt), que teve como relator o Colendo Conselheiro Santos Monteiro, dizendo:

*“O artigo 163.º do Código de Processo Penal fixa o valor da prova pericial, estabelecendo uma presunção “*juris tantum*” de validade do parecer técnico ofertado pelo perito, que obriga o julgador. Quer dizer que a conclusão a que chegou o perito só pode ser desprezada se o julgador, para poder rebatê-la, dispuser de argumentos, da mesma forma, científicos (n.º 2 do artigo 163.º).*

O posicionamento atual do Código de Processo Penal vem de posição defendida pelo Prof. Figueiredo Dias, para quem os dados de facto do arrazoado técnico estão sujeitos à livre apreciação do julgador – “que, contrariando-os, pode furtar validade ao parecer” – enquanto que o juízo científico expendido só é passível de crítica “igualmente material e científica”. Exceções seriam os casos inequívocos de erro, nos quais o juiz deve motivar sua divergência (Direito Processual Penal, I, 209, Cf. ainda, Maria do Carmo Silva Dias, Revista do CEJ, 2.º semestre de 2005, n.º 3, 219)”.

No mesmo sentido o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de janeiro de 2016³⁷.

Trata-se de uma situação de “*prova legal bastante e não plena (...) que cederá mediante contraprova*”, ou seja, esta presunção é ilidível, na medida em que pode ser afastada, quando a convicção do julgador divergir, desde que devidamente fundamentada (artigo 163.º, n.º 2). Assim, a prova pericial tem de ser sempre complementada por outro meio/elemento de prova, uma vez que ela não é auto-suficiente³⁸, sendo certo que na investigação de alguns crimes ela é essencial³⁹.

³⁷ Disponíveis na base de dados da DGSJ, www.dgsi.pt.

³⁸ Nesse sentido, o Acórdão do TRP, de 09.10.2013, disponível na base de dados da DGSJ, www.dgsi.pt, que diz “A prova pericial isolada não é suficiente para, em fase de julgamento, permitir uma condenação ou uma absolvição. O juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial reporta-se à percepção ou apreciação dos factos submetidos à perícia e é restrito aos especiais conhecimentos do perito, não abrangendo matéria que não é da sua competência. O juízo técnico, científico ou artístico formulado pelo perito terá que ter como suporte determinados factos, factos esses que serão o seu ponto de partida e que lhe irão permitir retirar as respectivas conclusões. A perícia também pode ser impugnada pela refutação dos factos de que partiu o perito para chegar à conclusão que formulou. Essa forma de impugnar a perícia não se confunde com divergência do juízo emitido pelo perito. Não cabe no âmbito do juízo pericial a pronúncia sobre a intenção com que o agente actuou; o juízo relativo à intenção do agente compete apenas ao juiz”.

³⁹ Ainda no âmbito das perícias, há casos em que poderá haver constrangimentos quanto à aquisição, produção ou valoração desse meio de prova se, nomeadamente, for considerada legalmente inadmissível, atento o disposto no

Situação diversa é, saber qual o valor probatório atribuir ao relatório efetuado por Inspetor Tributário, numa situação de “fraude em carrossel”, se o mesmo é sujeito à livre apreciação do julgador (cf. artigo 127.º, do Código Processo Penal)? Ou, se fica subtraído à livre apreciação do julgador (cf. artigo 163.º, n.º 1, do Código Processo Penal)?

Para tanto, importa saber se estamos na presença de uma perícia ou exame.

A perícia supõe despacho da autoridade judiciária, com a indicação do objeto da perícia, quesitos e indicação da instituição, laboratório ou nome do perito que a realizará (cf. artigo 154.º, n.º 1, do Código Processo Penal), pelo que, a simples junção de um parecer/relatório, mesmo que em área técnica ou científica, não é a junção de uma perícia judicial, por muito especializados que sejam os seus autores e científico o seu conteúdo. Razão pela qual, concluímos estar na presença de um exame e não perícia, devendo ser valorado em conformidade, ou seja, sujeito à livre apreciação do julgador (cfr. artigo 127.º do Código Processo Penal).

Ou seja, na prática, nestes casos, ficamos com um parecer que substancialmente poderia ser uma perícia e, que apenas, o não é por falta de requisito formal e ausência de contraditório, antes da emissão do parecer.

Outra situação, algo recorrente nos nossos tribunais, prende-se com as “perícias” efetuadas às máquinas de jogo de “fortuna ou azar”, as quais em regra são tratadas com perícias e como tal valoradas (artigo 163.º do Código Processo Penal), quando na verdade são exames.

Veja-se, nesse sentido, o Acórdão da Relação de Évora, de 02.05.2017⁴⁰, o qual acompanhamos e transcrevemos “São, pois, coisas distintas com distintos regimes. Tão distintos que a perícia tem (como já vimos) um regime especial de produção e apreciação probatória, diverso de qualquer outro meio de prova ou de obtenção de prova. E esse distinto regime consta do n.º 2 do artigo 163.º do C.P.P. e determina que o “juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador” e que, podendo o juiz “divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência” mas com apelo aos conhecimentos materiais supostos na perícia. Por isso que seja nosso entendimento que o artigo 163.º, n.º 2 não é uma exceção à livre apreciação probatória, sim uma sua regra de apreciação qualificada por argumento na mesma área de saber técnico, científico ou artístico, como já defendemos no acórdão desta Relação de 13-05-2014 (proc. 200/11.8GTEVR.E1). [...] E o documento não é uma perícia desde logo porquanto não realizado por perito ou peritos nomeados pelo tribunal mas sim por funcionários com funções policiais sem que – por essa simples circunstância – reúnam as condições de isenção e imparcialidade exigível a qualquer perito. São funcionários da investigação e se nada impede que façam “exames” tudo impede que façam “perícias”. Exame é o verter em auto de condições materiais, sem opinar ou emitir juízos. Ou seja, sem conclusões. Perícia é a emissão

artigo 340.º, n.º 3, ex vi artigo 125.º, irrelevante ou supérflua, inadequada, de obtenção impossível ou muito duvidosa, conforme preceituado no artigo 340.º, n.º 4, alíneas b) e c), do Código Processo Penal.

⁴⁰ Disponível na base de dados da DGSI, www.dgsi.pt.

de um juízo especializado em determinada área do saber, considerando certos factos assentes”.

Senão vejamos,

Atenta a distinção entre exame e perícia, o exame tem uma finalidade descritiva (visa a inspeção e deteção de vestígios da prática de um crime e a sua descrição em auto é, essencialmente, uma atividade de recolha de meios de prova, sejam pessoais ou reais), ou seja, a finalidade do exame é, fixar documentalmente factos relevantes em matéria probatória, mesmo quando efetuado por pessoas com especiais conhecimentos. Já a “perícia” tem uma finalidade valorativa (o perito interpreta e avalia os vestígios da prática de um crime).

Razão pela qual, somos do entendimento que, estas “perícias”, que são realizadas por técnicos do “Serviço de Regulação e Inspeção de Jogos” (efetuado por pessoas com especiais conhecimentos), com finalidades essencialmente descritivas do material analisado (modo de funcionamento, dinâmica do jogo, etc.), são exames, uma vez que apenas descreve o que o examinador observa.

2.1.3. Questões suscitadas no âmbito das perícias

Dúvidas não restam sobre a exigência de conhecimentos especiais por quem realiza as perícias, porém, a dúvida surge quando para a deteção de vestígios se exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos. É nestes casos que se coloca a questão de saber se estamos perante uma perícia ou perante um exame.

Acompanhamos a posição defendida pelo Acórdão do TRL, de 06.07.2017⁴¹, que dispõe “*III- Um exame, meio de obtenção prova, é a análise em pessoas, lugares e coisas, de “vestígios que possa ter deixado o crime e todos os indícios relativos ao modo como e ao lugar onde foi praticado, às pessoas que o cometeram ou sobre as quais foi cometido” – artigo 171.º do C.P.P. O “exame” está sujeito à regra geral de apreciação probatória, a livre apreciação da prova prevista no artigo 127.º do Código de Processo Penal. A perícia, bem ao invés, é um meio de prova que deve ser produzido quando o processo e a futura decisão se defrontam com conhecimentos especializados que estão para além das possibilidades de constatação e/ou perceção, efetivas ou presumidas, do tribunal em três campos do saber, os técnicos, os científicos e os artísticos. Exame é o verter em auto de condições materiais, sem opinar ou emitir juízos. Ou seja, sem conclusões. Perícia é a emissão de um juízo especializado em determinada área do saber, considerando certos factos assentes”.*

Sobre a mesma questão, GERMANO MARQUES DA SILVA⁴² entende que se for necessário a nomeação de um perito para se descobrir algum indício de um crime, então estaremos na presença de uma perícia, que deve ter o valor reforçado consagrado no artigo 163.º do Código de Processo Penal. Ou seja, se procuramos simplesmente um vestígio estamos perante um

⁴¹ Disponível na base de dados da DGSI, www.dgsi.pt.

⁴² *Op. cit.*, página 234.

exame, por outro lado, se nos focamos na análise de algo (seja objeto ou pessoa) na procura de indícios e para tal nomeamos peritos então estamos perante uma perícia.

No seguimento do que agora se expôs, existem inúmeras normas legais que induzem em erro, tais como os artigos 43.º e 62.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro (Lei da Droga), porquanto se referem a exames, quando na verdade o que está em causa são perícias. Senão vejamos.

O artigo 43.º, sob a epígrafe, “Exame médico a consumidores habituais”, dispõe nos seus n.ºs 3 e 5 que “O exame é deferido a médico ou serviço especializado de saúde [...] podendo os peritos prestar compromisso para intervir em mais de um exame ou processo” e “Se no exame se concluir pela toxicodependência da pessoa a ele sujeita [...]”. Do teor da norma, atento o que acima ficou exposto, resulta que estamos em face de uma perícia e não exame, não obstante a designação atribuída, pois só através de uma perícia é que se consegue determinar quais os componentes químicos existentes no sangue ou urina que determinam o consumo de substâncias como canabinóides, opiáceos, barbitúricos ou outras, uma vez que são exigidos especiais conhecimentos.

Também, o artigo 62.º, n.ºs 1 e 2, diz-nos que “as plantas, substâncias e preparações apreendidas são examinadas, por ordem da autoridade judiciária competente, no mais curto prazo de tempo possível”, e que “após o exame laboratorial, o perito procede à recolha, identificação [...]”. Ora, para se determinar qual a planta, preparação ou substância, é exigível uma perícia e não um exame laboratorial, sendo necessária a intervenção de um perito com especiais conhecimentos técnicos e científicos.

Em função do que acima ficou exposto, dúvidas não restam de que, uma errada interpretação da norma(s) fará toda a diferença, uma vez que a valoração para efeitos de prova é distinta, pois a valoração da prova pericial ao contrário do exame fica subtraída à livre apreciação do julgador (cf. artigo 163.º).

2.2. Dos exames

2.2.1. Natureza, objecto e finalidades do exame

O exame é o primeiro meio de obtenção de prova consagrado no Código Processo Penal, Título III, Capítulo I, do Livro III, artigos 171.º, 172.º e 173.º, segundo Germano Marques da Silva⁴³ “a finalidade do exame é fixar documentalmente, ou permitir a observação direta pelo tribunal, de factos relevantes em matéria probatória”.

A recolha ou fixação dos factos através de exame não poderá exigir do seu autor conhecimentos especiais de índole científica, técnica ou artística, caso em que há lugar a perícia e não a exame.

⁴³ Op. cit., página 234.

Durante o inquérito e instrução os exames, serão normalmente, executados por órgão de polícia criminal a quem compete igualmente assegurar as providências cautelares necessárias e garantir o não extravio dos meios de prova. Em audiência de julgamento, assume especial relevância o exame efetuado ao local pelo tribunal (artigo 354.º)”.

Citando o Conselheiro Maia Gonçalves⁴⁴, exame é “*um meio de obtenção de prova através do qual se captam indícios ao modo como e ao lugar onde o crime foi praticado, podendo ser realizado em pessoas, lugares e coisas*”.

Para o Professor Paulo Pinto de Albuquerque,⁴⁵ exame é o “*meio de obtenção de prova que visa a deteção (inspeccionam-se) de vestígios da prática do crime, incidindo sobre pessoas lugares ou coisas*”.

Já a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, de 05.06.2002⁴⁶, sumaria que “*para os exames bastará, para cumprir tais finalidades (inspeccionar vestígios, recolher indícios relativos ao modo, lugar e pessoas), os conhecimentos profissionais dos titulares dos OPC*”.

Ora, dispõe o artigo 171.º, do Código Processo Penal, sob a epígrafe “Pressupostos”, que:

“1 – Por meio de exames das pessoas, dos lugares e das coisas, inspeccionam-se os vestígios que possa ter deixado o crime e todos os indícios relativos ao modo como e ao lugar onde foi praticado, às pessoas que o cometeram ou sobre as quais foi cometido.

2 – Logo que houver notícia da prática de crime, providencia-se para evitar, quando possível, que os seus vestígios se apaguem ou alterem antes de serem examinados, proibindo-se, se necessário, a entrada ou o trânsito de pessoas estranhas no local do crime ou quaisquer outros atos que possam prejudicar a descoberta da verdade.

3 – Se os vestígios deixados pelo crime se encontrarem alterados ou tiverem desaparecido, descreve-se o estado em que se encontram as pessoas, os lugares e as coisas em que possam ter existido, procurando-se, quanto possível, reconstituí-los e descrevendo-se o modo, o tempo e as causas da alteração ou do desaparecimento.

4 – Enquanto não estiver presente no local a autoridade judiciária ou o órgão de polícia criminal competentes, cabe a qualquer agente da autoridade tomar provisoriamente as providências referidas no n.º 2, se de outro modo houver perigo iminente para obtenção da prova”.

Assim, do n.º 1 do citado preceito legal extrai-se que o objeto do exame são as pessoas, coisas ou lugares, nomeadamente através da identificação de vestígios deixados pelo crime e de indícios relativos ao mesmo.

Assim, o exame passa a desempenhar a função de meio de obtenção de prova para a descoberta da verdade, sendo a sua finalidade a de fixação documental⁴⁷ de todos os factos relevante em matéria probatória.

⁴⁴ Código de Processo Penal, Anotado e Comentado – Legislação Complementar, 14.ª edição, 2004, página 386.

⁴⁵ *Op. cit.*, página 462.

⁴⁶ Disponível na base de dados da DGSI, www.dgsi.pt.

Mas em que é que consiste um exame? Em que é que difere da perícia?

O exame é meio de obtenção de prova e exige a intervenção humana, uma vez que implica que se inspecione, se observe ou se examine uma pessoa, um local ou uma coisa (cf. artigo 171.º, n.º 1, do Código Processo Penal).

Importa por isso saber quando proceder a inspeção e recolha de vestígios e dos indícios da prática de crime, sempre em obediência ao princípio da preservação da prova.

Ao contrário da perícia (prova pericial), o exame não necessita de despacho prévio, podendo ser realizado oficiosamente pelos OPC's⁴⁸, em sede de inquérito e instrução, a quem compete assegurar as providências cautelares necessárias e em presença de atos necessários e urgentes, de forma a garantir o não extravio de meios de prova, podendo proibir a entrada ou trânsito de pessoas estranhas ao local do crime, se isto puder pôr em causa a recolha de prova (cf. artigos 171.º, n.ºs 2, 3 e 4, e 249.º, n.ºs 1 e 2, alínea a), 270.º, n.ºs 1 e 2, alíneas b) e c), e 3, todos do Código Processo Penal), bem como, nos termos do artigo 173.º, do Código de Processo Penal, determinar que algumas pessoas não se afastem do local do exame.

Nestes casos, poderemos estar perante uma colisão de Direitos Fundamentais entre o Direito à Liberdade do artigo 27.º da Constituição da República Portuguesa e o direito/dever da descoberta da verdade que a doutrina e jurisprudência classificam como Direito Fundamental que se extrai do artigo 32.º, da Constituição da República Portuguesa.

Porém, a restrição deste Direito encontra-se justificada pela necessidade de descoberta da verdade, uma vez que os Direitos Fundamentais podem ser restringidos de acordo com o princípio da proporcionalidade.

Os exames não exigem ao contrário das perícias (prova pericial), de quem os faz, conhecimentos específicos, limitando-se o examinador, após a inspeção, observação ou exame, registar documentalmente, em auto⁴⁹, quaisquer vestígios que possa ter deixado o crime, o criminoso e quaisquer indícios relativos ao modo porque, quando, como e ao lugar onde foi praticado, à pessoa ou pessoas que o cometeram ou sobre as quais foi cometido, ficando este sujeito à livre apreciação do julgador.

O exame de pessoa incide sobre o corpo de um ser vivo, ou parte dele, seja para verificar/descrever qualquer característica (ferida, cicatriz, tatuagem), seja para recolher amostra biológica (sangue, saliva) ou palmar, substância impregnada na pele (p. ex. pólvora), ou até para extrair objeto ou substância do corpo (p. ex. estupefaciente).

⁴⁷ Valendo como prova documental, nos termos do preceituado no artigo 169.º, *ex vi* artigo 99.º, n.º 4, ambos do Código Processo Penal.

⁴⁸ Do artigo 171.º, n.º 4, do Código Processo Penal, extrai-se que a competência para proceder aos exames está a cabo da autoridade judiciária ou dos Órgãos de Polícia Criminal, no âmbito das suas funções (cfr. artigos 55.º, n.º 1, e 56.º, ambos do Código Processo Penal).

⁴⁹ Cf. artigos 275.º, n.º 1, 99.º a 101.º, 127.º, *ex vi* 169.º, todos do Código Processo Penal.

Pessoa essa que poderá ser o arguido. O arguido, enquanto sujeito processual, tem direitos e deveres processuais (cfr. artigos 60.º e 61.º, ambos do Código Processo Penal), nomeadamente o direito de defesa e goza da presunção de inocência (cf. artigo 32.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa), razão pela qual se exige que *“a utilização do arguido como meio de prova seja sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade (...): só no exercício de uma plena liberdade da vontade pode o arguido decidir se e como deseja tomar posição perante a matéria que constitui objecto do processo”*.⁵⁰

Já o artigo 172.º suscita uma questão mais delicada, uma vez que se prende com a sujeição a exame de quem se exima ou obste à sua realização ou não faculte coisa que deveria ser examinada, referindo a norma que se pode compelir a pessoa por decisão da autoridade competente.

Atento o disposto no artigo 61.º, n.º 3, alínea d), do Código Processo Penal, *“Recaem em especial sobre o arguido os deveres de sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coação e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efetuadas por entidade competente”*. Situação que suscita desde já alguns problemas, em face dos valores em conflito, aos quais nem a doutrina nem a jurisprudência resolveram, por um lado, a possibilidade de o arguido poder estar a contribuir para a sua auto-incriminação, violando assim o princípio constitucionalmente consagrado de não autoincriminação (princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*), e, por outro, o facto de ao sujeitar-se o mesmo às diligências de prova, estarmos a colocar em causa direitos fundamentais do arguido (direito à integridade física, autonomia pessoal e dignidade humana), correndo o risco de cair no domínio da prova proibida (cf. artigo 126.º, n.º 1, do Código Processo Penal).

Assim, atento o preceituado no artigo 172.º, n.º 1, do Código Processo Penal, *“Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente”*. Nestas situações, a autoridade judiciária primeiro *“ordena a realização do exame com a cominação do artigo 348.º, n.º 1, al. b), do Código Penal, e, no caso de recusa ordena o uso de força (“ser compelido”)”*.⁵¹

Já o exame de coisas é aquele que incide sobre objetos, animais e até mesmo sobre o aspeto exterior do cadáver (posição do corpo, livores, feridas e vestígios de sangue, etc.), bem como sobre documentos, incluindo reproduções mecânicas, quando em causa estiver uma eventual falsificação, contrafação ou deterioração.

Por fim, o exame de lugares é feito no local onde os factos relevantes ocorreram, visando este exame, não apenas à recolha de vestígios (p. ex. impressões digitais, sémen, sangue, arma do crime, etc.), mas de indícios do mesmo.

⁵⁰ Artigo de Jorge Figueiredo Dias sobre os Sujeitos Processuais no novo Código de Processo Penal, in Jornadas de Direito Processual Penal; Coimbra, Almedina/CEJ, 1989, página 27 (citado na nota de rodapé da página 262, de ABREU, Carlos Pinto de Abreu, “Prova e meios de obtenção de prova, breve nota sobre a natureza e o regime dos exames no processo penal”. I Congresso de Processo Penal.

⁵¹ Paulo Pinto de Albuquerque, *Op. cit.*, página 464.

Muitas vezes, o lugar a examinar coincide com o domicílio, do suspeito ou de terceiro e, aqui, a doutrina diverge, enquanto há quem entenda que têm de estar verificados os pressupostos para a realização de buscas (cfr. Santos Cabral, 2014, p. 725), outros vão no sentido oposto (Paulo Pinto de Albuquerque, 2007, p. 463).

2.2.2. Obrigatoriedade ou não de sujeição a exame

Várias questões se colocam nesta matéria, à semelhança do que ocorre com as perícias. Assim, iremos analisar os casos, em que se verificam confrontos de Direitos Fundamentais, dando as soluções, que nos parecem mais adequadas, à luz da Constituição da República Portuguesa. Tendo por referência o artigo 53.º, DL n.º 15/93, de 22 de janeiro, sob a epígrafe “Revista e perícia”, o qual preceitua:

“1 – Quando houver indícios de que alguém oculta ou transporta no seu corpo estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, é ordenada revista e, se necessário, procede-se a perícia.

2 – O visado pode ser conduzido a unidade hospitalar ou a outro estabelecimento adequado e aí permanecer pelo tempo estritamente necessário à realização da perícia.

3 – Na falta de consentimento do visado, mas sem prejuízo do que se refere no n.º 1 do artigo anterior, a realização da revista ou perícia depende de prévia autorização da autoridade judiciária competente, devendo esta, sempre que possível, presidir à diligência”.

Importa agora responder às seguintes questões:

Os exames à pessoa são de realização obrigatória? A recolha de vestígios corporais é livre e não recusável?

Se sim, o que acontece se esta recusar a submeter-se a exame? Incorre num crime de desobediência, p. e p. pelo artigo 348.º, n.º 1, do Código Penal?

E se a pessoa for o arguido?

Atento o preceituado no artigo 53.º, n.ºs 1 e 3, do DL n.º 15/93, de 22.01, a questão coloca-se quanto à falta de consentimento do visado. Do teor da norma (n.º 2), infere-se que a “realização de perícia” (exame) depende de prévia autorização da autoridade judiciária competente (atendendo à fase processual), devendo esta, sempre que possível presidir à diligência. Pelo que, na fase de inquérito, bastaria autorização do Ministério Público. Mas, assim sendo, não haveria contradição com o preceituado no artigo 154.º, n.º 3, do Código Processo Penal?

O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30.03.2011⁵², defende que “I - Na fase de Inquérito, não há necessidade de intervenção do JIC no exame previsto no n.º 3, do artigo 53.º,

⁵² Disponível na base de dados da DGSI, www.dgsi.pt.

do DL n.º 15/93, de 22 de janeiro, sendo que aí se prevê apenas, na falta de consentimento do visado, a prévia autorização da autoridade judiciária (e não judicial) competente”. Porém, não perfilhamos tal entendimento, uma vez que em causa estão direitos fundamentais (direito à integridade física, autonomia pessoal e dignidade humana), devendo assim ser efetuado um juízo de ponderação e necessidade, atendendo aos valores em causa, passando, previamente, pelo crivo do Juiz⁵³.

A sujeição a exame físico ou psíquico de qualquer pessoa pode ser coativamente imposta? E se sim, até que ponto? Ou com que consequências? Concretizando,

Que fazer, se determinado arguido suspeito de violação ou de abuso sexual de criança se recusa a efetuar exames ao ADN (por meio de amostra de sangue, saliva e cabelo)?

Que fazer se determinada arguida, suspeita de tráfico de estupefaciente, se recusar à realização de qualquer exame, p. exemplo realização de submissão a raio X para detetar corpo estranho, pacote de cocaína, que se suspeite eventualmente escondido no estômago? E se, para o efeito, alegar que está grávida?⁵⁴

Para a resposta a estas questões tem de se atender, sempre, ao critério da necessidade à investigação, atento o caso concreto. Uma vez que, como supra se disse, o arguido, enquanto meio de prova, goza do direito ao silêncio [direito à não incriminação (artigo 61.º, n.º 1, alínea d), do Código Processo Penal].

Nos exemplos supra citados, os exames a realizar não são “invasivos/intrusivos”, contudo a sua realização poderá levar a auto-incriminação do arguido, violando assim um princípio constitucionalmente consagrado – *princípio nemo tenetur se ipsum accusare*.

Quanto à consequência pela não realização de exames, a jurisprudência dá resposta, veja-se, o Acórdão do STJ Uniformização n.º 14/2014⁵⁵, que consagra “Os arguidos que se recusarem à prestação de autógrafos, para posterior exame e perícia, ordenados pelo Exmº Magistrado do M.º P.º, em sede de inquérito, incorrem na prática de um crime desobediência, previsto e punível pelo artigo 348.º, n.º 1, al. b), do Código Penal, depois de expressamente advertidos, nesse sentido, por aquela autoridade judiciária”.

⁵³ Acórdão do TC n.º 155/2007 “... contendendo o ato em causa, de forma relevante, com direitos, liberdades e garantias fundamentais, a sua admissibilidade no decurso da fase de inquérito depende, pelas mesmas razões que justificam essa dependência no caso dos atos que constam da lista constante do artigo 269.º do Código de Processo Penal, isto é, por consubstanciar intervenção significativa nos direitos fundamentais do arguido, da prévia autorização do juiz de instrução”, disponível na base de dados da DGSI, www.dgsi.pt.

⁵⁴ Cf. Acórdão do TRG, de 15.10.2012, que diz “Se o arguido se recusa a ser submetido a exame, a circunstância de essa recusa ser punível criminalmente (artigo 53.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro) não obsta a que se realize coativamente exame radiológico com a finalidade de apurar se essa pessoa oculta ou transporta no seu corpo estupefacientes, desde que ele tenha sido ordenado por despacho judicial, com respeito pelos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade, e a realização da diligência, por técnico habilitado, com respeito pela dignidade do examinado, não coloque em perigo a vida ou a saúde do arguido”. Disponível em www.colectaneadejurisprudência.com.

⁵⁵ Disponível na base de dados da DGSI, www.dgsi.pt.

Em função de tudo o que acima ficou exposto, dúvidas não restam de que as perícias e exames são distintos.

IV. Hiperligações e referências bibliográficas

Hiperligações

<http://www.dgsi.pt>

<http://www.colectaneadejurisprudencia.com>

https://www.trg.pt/ficheiros/estudos/sobre_a_recolha_de_autografos_do_arguido.pdf

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Referências bibliográficas

- ABREU, Carlos Pinto de Abreu, “Prova e meios de obtenção de prova, breve nota sobre a natureza e o regime dos exames no processo penal”. I Congresso de Processo Penal – pp. 257 a 284.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4.ª ed. atualizada, Lisboa, Universidade Católica, 2011;
- BUCHO, José Manuel Saporiti Machado da Cruz, “Sobre a recolha de autógrafos do arguido: natureza, recusa, crime de desobediência v. direito à não autoincriminação (notas de estudo)”, 2013, retirado de https://www.trg.pt/ficheiros/estudos/sobre_a_recolha_de_autografos_do_arguido.pdf
- CABRAL José António Henriques dos santos, GRAÇA António Pires Henriques da, GASPAR António Henriques, COSTA, Eduardo Maia, MENDES António Jorge de Oliveira, MADEIRA António Pereira, “Código de Processo Penal Comentado”, Almedina, 2.ª ed., 2016.
- CARMO, Rui do, “A prova pericial: enquadramento legal”, in *Psicologia Forense*, 1.ª Edição, novembro 2005.
- DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, “Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial”, in *Revista do CEJ*, 2.º semestre, 2005, n.º 3, pp. 170 a 225.
- FERREIRA, Marques, “Meios de Prova”, in *Jornadas de Direito Processual Penal* (Almedina, 1997), pp. 221-264.
- GAMA, António, LATAS António, CORREIA, João Conde Luís de Lemos Triunfante, DIAS, Maria do Carmo Silva, MESQUITA, Paulo Dá, ALBERGARIA, Pedro Soares de MILHEIRO Tiago Caiado, LOPES José Mouraz, *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal – Tomo II*, Almedina, 2019.
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, “Código de Processo Penal, Anotado e Comentado – Legislação Complementar”, 14.ª edição, 2004.
- JESUS, Francisco Marcelino de “Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal” (Almedina, 2.ª ed., 2016), pp. 164-168, 179-211.
- MESQUITA, Paulo Dá, “A prova em processo penal e a identificação de perfis de ADN – da recolha para comparação direta entre amostra problema e amostra referência às inserções e

interconexões com a base de dados”, *in* RPCC, ano 24, n.º 4, out-dez. 2014 (Coimbra Editora, 2014).

– PIMENTEL, António Lourenço Gomes, “O papel da perícia na descoberta da verdade e como garante de um processo equitativo”, Lisboa, 2012.

– SILVA, Germano Marques da, “Curso de Processo Penal”, II volume, 4.ª Edição revista e atualizada, Editorial VERBO, 2008.

– SOUSA, João Henrique Gomes de, “A “Perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial”, *JULGAR* - N.º 15 – 2011, Coimbra Editora.

– VERDELHO, Pedro, “Técnica no Novo C.P.P.: Exames, Perícias e Prova Digital”, *Revista CEJ*, 1.º Semestre 2008, n.º 9 – Jornadas sobre a Revisão do Código de Processo Penal.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

11. PROVA EM PROCESSO PENAL: EXAME OU PERÍCIA? RESPECTIVO VALOR PROBATÓRIO

Enquadramento jurídico, prática e gestão processual

Trabalho de grupo



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

11. TRABALHO DE GRUPO

Ana Carlota Rocha

Catarina Carloto de Castro

Elsa Bértolo

Paulo Soares

Tânia Pedrosa

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Trabalho Temático, inserido no 2º Ciclo, do 33º Curso de Formação Inicial para Magistrados dos Tribunais Judiciais



**PROVA EM PROCESSO PENAL: EXAME OU PERÍCIA?
RESPECTIVO VALOR PROBATÓRIO. ENQUADRAMENTO
JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL.**

1

PROVA PERICIAL

- ▶ O regime da prova pericial está inserido no Livro III, Título II (Meios de Prova), Capítulo VI, do Código de Processo Penal, estando regulado nos seus artigos 151.º a 163.º.

2

CONCEITO DE PERÍCIA

- ▶ **Meio de prova;**
- ▶ **Conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos de especialidade;**
- ▶ Realizadas por **peritos - pessoas devidamente habilitadas e com especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos** (que prestam compromisso);
- ▶ Ordenadas pela Autoridade Judiciária competente – **despacho prévio.**

3

EXAMES

- ▶ Encontram-se inseridos no Livro III, Título III (Meios de Obtenção de Prova), Capítulo I, do Código de Processo Penal, estando regulados nos seus artigos 171.º a 173.º.

4

CONCEITO DE EXAME

- ▶ **Meio de obtenção de prova;**
- ▶ **Deteção de vestígios em pessoas, lugares e/ou coisas;**
- ▶ **Não exige especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos;**
- ▶ **Não depende de despacho prévio da Autoridade Judiciária;**
- ▶ **Realizado por Autoridade Judiciária ou oficiosamente por qualquer OPC – providências cautelares quanto aos meios de prova – artigo 249.º do Código de Processo Penal.**

5

PERÍCIAS	EXAMES
• Meio de Prova;	• Meio de obtenção de prova;
• Juízo especializado em determinada área do saber – conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos;	• Não exige especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos;
• Depende de despacho prévio da Autoridade Judiciária competente;	• Não depende de despacho prévio;
• São realizadas por peritos que prestam compromisso e são nomeados para o efeito pela Autoridade Judiciária competente;	• Podem ser realizados pela Autoridade Judiciária ou oficiosamente por qualquer OPC a cobro de medidas cautelares e em presença de actos necessários e urgentes;
• Finda a perícia, os peritos procedem à elaboração de um relatório no qual mencionam e descrevem as suas respostas e conclusões devidamente fundamentadas – relatório pericial;	• As conclusões são reduzidas a auto;
• O juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador – artigo 162.º do Código de Processo Penal;	• Prova apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente – artigo 127.º do Código de Processo Penal;



DESPACHO QUE ORDENA A PERÍCIA ART.154.º CPP

7

PERÍCIA

- ▶ A natureza da perícia, no ordenamento processual penal português caracteriza-se por ser tendencialmente pública e exigir dois pressupostos para a sua realização: um, o aspecto formal – a nomeação por entidade judiciária (Ministério Público, Juiz de Instrução ou Juiz de Julgamento, conforme a fase processual), ou por delegação sua (excepto as situações em que os OPC's têm competência) – outro, material, a necessidade de especiais conhecimentos para percepcionar e apreciar factos.

8

Artigo 154.ºDESPACHO QUE ORDENA A PERÍCIA

1 - A perícia é ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho da autoridade judiciária, contendo a indicação do objeto da perícia e os quesitos a que os peritos devem responder, bem como a indicação da instituição, laboratório ou o nome dos peritos que realizarão a perícia.

9

TIPOS DE PERÍCIAS

- a) Perícias em geral (art. 152.º, n.º1);
- b) Perícias médico-legais, nas quais se integram as perícias psiquiátricas (art. 159.º, n.ºs 1 e 2) e
- c) Perícias sobre a personalidade (art.º. 160.º, n.º 2).

Estas são as perícias mais comuns, mas existem perícias relacionadas com a criminalidade informática, económica, fiscal e ambiental, as quais exigem cada vez mais conhecimentos técnico e científicos.

10

Alguns exemplos de despachos - Perícias em geral

Oficie ao Laboratório de Polícia Científica, solicitando que proceda ao exame pericial para comparação da escrita das assinaturas constantes do documento original juntos aos autos (fls. XX a XX), com as recolhas de autógrafos efectuadas à ofendida XXXX (fls. XX a XX) e ao arguido XXX (fls. XX a XX).

Ao enviar tal solicitação, faça constar do respectivo ofício que nos presentes autos se investiga a prática de crime de falsificação de documento e que a pericia a realizar tem como objectivo determinar qual o autor da assinatura referente a "XXXX" constante do documento denominado "Formulário de Adesão".

*

Desentranhe os documentos de fls. XX a XX, XX a XX e XX a XX e proceda ao envio dos mesmos, a título devolutivo, deixando as respectivas cópias nos devidos lugares. (...)

11

Alguns exemplos de despachos - Perícias médico-legais, nas quais se integram as perícias psiquiátricas

Solicite ao IML a sujeição do arguido a pericia médico-legal de psiquiatria forense, nos termos do art.154.º, n.º1 do CPP, com vista a determinar a imputabilidade (ou não) do mesmo para a prática dos factos que lhe são imputados, bem como a sua perigosidade para no futuro vir a praticar factos de idêntica natureza.

Na elaboração da pretendida pericia, deverão os senhores peritos médicos responder aos seguintes Quesitos:

- 1. O arguido é portador de alguma doença permanente do foro psíquico?*
- 2. Em caso afirmativo, de que tipo?*
- 3. Ao invés de doença permanente, está ou esteve o arguido sob a influência de qualquer distúrbio mental? Se sim, qual?*

12

Perícias médico-legais, nas quais se integram as perícias psiquiátricas – Cont.

4. *Tal anomalia psíquica ou distúrbio mental, a existir, produzia o efeito psicológico à data da prática dos factos aqui participados (data dos factos) de tornar o arguido incapaz de avaliar a ilicitude desses mesmos factos ou de se determinar de acordo com essa avaliação.*
5. *Ou pelo menos diminuía-lhe fortemente tal capacidade de avaliação ou determinação?*
6. *Tal anomalia/ distúrbio a existir e a produzir tais efeitos, faz crer que existe forte probabilidade de o arguido voltar a praticar outros factos da mesma espécie?*

*

13

Perícias médico-legais, Perícia pedopsiquiátrica/personalidade da menor - Cont

Tendo em vista determinar a avaliação dos alegados factos e da credibilidade do relato da menor XX, se a mesma tem capacidade para conservar memórias, reproduzir acontecimentos por si vivenciados, bem como compreender, avaliar e relatar factos, de forma a que o seu testemunho possa ser levado em consideração, bem como, se dos alegados factos ocorridos, resultou algum sofrimento psicológico para a vítima, há necessidade de a sujeitar a uma perícia, nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 151.º e seguintes do Código de Processo Penal, uma vez que a percepção e a apreciação da veracidade dos factos narrados exige especial conhecimento técnico.

14

Perícias médico-legais, Perícia pedopsiquiátrica/personalidade da menor - Cont

*Solicita-se que tal avaliação inclua a resposta aos seguintes **Quesitos**:*

- 1) A menor apresenta boa sintonia entre a sua comunicação verbal e não verbal?*
- 2) A menor denota atitude influenciadora ou manipuladora?*
- 3) A menor mostra capacidade normal para conservar memórias e reproduzir acontecimentos por si vivenciados?*
- 4) A menor mostrou capacidade de compreender, avaliar e relatar os factos?*
- 5) Saber se dos factos que terão ocorrido, resultou algum sofrimento psicológico para a menor?*

Assim, solicite ao INML, IP a indicação de perito para proceder à perícia psicológica da menor XX.

15

Artigo 154.º DESPACHO QUE ORDENA A PERÍCIA

2 - A autoridade judiciária deve transmitir à instituição, ao laboratório ou aos peritos, consoante os casos, toda a informação relevante à realização da perícia, bem como a sua actualização superveniente, sempre que eventuais alterações processuais modifiquem a pertinência do pedido ou o objecto da perícia, aplicando-se neste último caso o disposto no número anterior quanto à formulação de quesitos.

16

Artigo 154.ºDESPACHO QUE ORDENA A PERÍCIA

3 - Quando se tratar de perícia sobre características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado consentimento, o despacho previsto no número anterior é da competência do juiz, que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado.

17

Artigo 154.ºDESPACHO QUE ORDENA A PERÍCIA

4 - O despacho é notificado ao Ministério Público, quando este não for o seu autor, ao arguido, ao assistente e às partes civis, com a antecedência mínima de três dias sobre a data indicada para a realização da perícia.

18

Artigo 154.º DESPACHO QUE ORDENA A PERÍCIA

5 - Ressalvam-se do disposto no número anterior os casos:

- a) Em que a perícia tiver lugar no decurso do inquérito e a autoridade judiciária que a ordenar tiver razões para crer que o conhecimento dela ou dos seus resultados, pelo arguido, pelo assistente ou pelas partes civis, poderia prejudicar as finalidades do inquérito;
- b) De urgência ou de perigo na demora.

19

EXAME

Ao contrário da perícia, o exame não necessita de despacho prévio, podendo ser realizado officiosamente pelos OPC's, em sede de inquérito e instrução, a quem compete assegurar as providências cautelares necessárias e em presença de actos necessários e urgentes, de forma a garantir o não extravio de meios de prova, podendo proibir a entrada ou trânsito de pessoas estranhas ao local do crime, se isto puder pôr em causa a recolha de prova (cf. artigos 171.º, n.ºs 2, 3 e 4 e 249.º, n.ºs 1 e 2, al. a), 270.º, n.ºs 1 e 2 alíneas b) e c) e 3, todos do Código Processo Penal), bem como, nos termos do artigo 173.º, do Código de Processo Penal, determinar que algumas pessoas não se afastem do local do exame.

20

VALOR PROBATÓRIO

- ▶ A prova pericial é um meio de prova qualificado e essencial, encontrando-se subtraído à livre apreciação do julgador.
- ▶ O art. 163.º, n.º2, do Código Processo Penal, consagra o “juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador”, podendo o juiz “divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência” mas com apelo aos conhecimentos materiais supostos na perícia.
- ▶ É uma das exceções ao princípio da livre apreciação da prova.

21

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



PERÍCIA E EXAME CONFRONTO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

22

PERÍCIA E EXAME VS DIREITOS FUNDAMENTAIS

- ▶ As perícias e os exames podem incidir sobre:
 - Coisas** – tendo por objecto documentos, obras de arte, veículos automóveis, etc.
 - Pessoas** – tendo por objecto as suas características físicas ou psicológicas.
- ▶ A Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra certos direitos como fundamentais, os quais, nos termos do n.º 2 do seu artigo 18.º, apenas podem ser comprimidos nos termos definidos na lei fundamental e desde que os actos de compressão sejam balizados por critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade. Subjacente está a necessidade de gerir conflitos entre direitos e bens constitucionalmente protegidos, no caso, os direitos fundamentais vs interesse da investigação criminal.

23

PERÍCIA E EXAME VS DIREITOS FUNDAMENTAIS

- ▶ **Critério da adequação** - Traduz-se na idoneidade ou capacidade do meio restritivo realizar o fim visado. A pergunta-chave: *“a restrição é o meio adequado para atingir o fim?”*
- ▶ **Critério da necessidade** - Pressupõe a inexistência de outra medida idónea, menos restritiva para atingir o fim visado. A pergunta-chave: *“há outra(s) medida(s) eficaz(es), mas que restrinjam menos o direito fundamental, que permitam atingir o mesmo fim?”*
- ▶ **Critério da proporcionalidade** - Importa uma ponderação entre o direito que é restringido e o bem constitucional que justifica a restrição. A pergunta-chave: *“os meios utilizados são proporcionais aos fins que pretendemos atingir, ou seja, é esta restrição proporcional ao fim?”*

24

PERÍCIA E EXAME VS DIREITOS FUNDAMENTAIS

▶ Regra geral na competência

- No caso da perícia - O legislador sujeitou a realização de qualquer perícia à emissão de despacho prévio da **autoridade judiciária competente** - artigo 154º, n.º 1 do CPP.
- No caso do exame – O legislador atribui competência à **autoridade judiciária ou OPC competentes**, admitindo-se a sua realização por qualquer agente da autoridade nos casos de perigo iminente para a obtenção de prova – artigo 171º, n.º 4 do CPP.

❖ **Imposição do dever de fundamentação, em qualquer caso.**

25

PERÍCIA E EXAME VS DIREITOS FUNDAMENTAIS

▶ O Consentimento

Nesta matéria, a lei consagra o princípio do consentimento, no sentido que, qualquer perícia ou exame, legalmente admissível, sobre pessoas ou bens, pode ser realizado sempre que haja consentimento do visado.

▶ Exceção

A especificidade da perícia e exame que incida sobre características físicas ou psíquicas de pessoa **que não haja prestado o seu consentimento** - artigos 154º, n.º 3 e 172º, n.º 2, ambos do Código de Processo Penal (CPP).

26

PERÍCIA E EXAME VS DIREITOS FUNDAMENTAIS

▶ Exceção

A exigência legal de despacho judicial quando a perícia ou exame visem características físicas ou psíquicas de pessoa que não tenha prestado o seu consentimento à realização daquela, tem, naturalmente, implícito a opção legislativa (desde logo constitucional) pela necessidade de aferição de um juízo prévio de verificação dos princípios orientadores da defesa dos direitos fundamentais: **princípios de adequação, necessidade e proporcionalidade**, por parte do “*garante dos direitos liberdades e garantias*” – o JIC – artigo 32º, n.º 4 da CRP.

27

PERÍCIA E EXAME VS DIREITOS FUNDAMENTAIS

▶ Importância do direito à integridade física e psíquica face aos demais direitos constitucionais

Os direitos fundamentais não têm sempre a mesma intensidade normativa, existindo diferentes alcances na forma como condicionam os destinatários, públicos e privados.

Tal encontra-se espelhado na dicotomia constitucional – a) *direitos, liberdades e garantias* e b) *direitos económicos, sociais e culturais*, prevalecendo aqueles sobre estes, desde logo, pela relação intrínseca destes com o princípio da dignidade humana, corolário de qualquer Estado de Direito Democrático.

28

PERÍCIA E EXAME VS DIREITOS FUNDAMENTAIS

- A inviolabilidade da integridade física e psíquica vem consagrada no artigo 25º da CRP, que, a par do direito à vida (artigo 24º), encabeçam o rol dos direitos fundamentais de natureza pessoal.
- Os artigos 1º e 3º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia consagram a inviolabilidade da dignidade humana e o direito à integridade física e psíquica do ser humano.
- A dignidade da pessoa humana como alicerce do Estado de Direito Democrático encontra-se prevista no artigo 1º da CRP.

29

PERÍCIA E EXAME VS DIREITOS FUNDAMENTAIS

- ▶ Como valor supremo que avoca o conteúdo de todos os direitos fundamentais humanos, onde se inclui a integridade física e psíquica, **a dignidade da pessoa humana** constitui o princípio máximo do Estado de Direito Democrático (artigo 1º da CRP). Daqui decorre a exigência máxima de protecção de qualquer acto lesivo de tais direitos e, nessa sequência, a necessidade da ponderação prévia, subjacente ao despacho judicial que decide da realização, ou não, do acto lesivo – no caso, perícia e exame.

30

PERÍCIA E EXAME VS DIREITOS FUNDAMENTAIS

▶ A imposição da perícia e do exame que vise a integridade física e psíquica.

A consequência prática da exigência do despacho judicial, nestes casos, verte-se na possibilidade da sua imposição ao visado, pois que, não havendo consentimento, *“a substituição do consentimento do visado pelo despacho do juiz, responsável por aquela fase processual, leva a concluir que este não terá outra alternativa que não seja a submissão à sua realização compulsiva que poderá ser feita, se necessário for, através da utilização de força pública”* - PIMENTEL, António Lourenço

Gomes, O papel da perícia na descoberta da verdade e como garante de um processo equitativo.

31

PERÍCIA E EXAME VS DIREITOS FUNDAMENTAIS

▶ A compatibilidade da perícia e do exame com os direitos fundamentais da integridade física e psíquica.

Desde que enquadrada nos limites que o artigo 18º, n.º 2 da CRP impõe – adequação, necessidade e proporcionalidade - quer a perícia, quer o exame, nestes casos determinados obrigatoriamente por despacho judicial, podem ser impostos ao visado.

Inexiste fundamento para a distinção de procedimento entre o regime processual do exame (artigo 172º, n.º 1 do CPP) e o da perícia, que não tem prevista tal possibilidade de compulsão, mas que advém da protecção cautelar que é conferida pelo sistema processual penal à realização das perícias.

32

PERÍCIA E EXAME VS DIREITOS FUNDAMENTAIS

- ❖ **Entendimento contrário:** Com fundamento nos princípios da presunção de inocência e *do nemo tenetur se ipsem accusare*.
- ❖ Tais princípios não têm aqui aplicação, pelo que, o visado de perícia ou exame sobre características físicas e psíquicas que não tenha dado o seu consentimento, pode ser compelido a sujeitar-se a tais diligências, desde que tenham sido ordenados por despacho judicial prévio.

33

PERÍCIA E EXAME VS DIREITOS FUNDAMENTAIS

- ▶ Este entendimento é sustentado não só na jurisprudência nacional, mas também na jurisprudência do TEDH. A protecção dos direitos à integridade física e psíquica é, desde logo, salvaguardada pela necessidade de despacho judicial prévio, fundamentado no resultado ponderado da verificação dos princípios da adequação, necessidade de proporcionalidade, no caso concreto.
- ▶ Acresce que pelo artigo 61º, nº 3, alínea d) do CPP, o arguido deve sujeitar-se às "*diligências de prova [...] especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente*".

34

PERÍCIA E EXAME VS DIREITOS FUNDAMENTAIS

▶ Tal posição é ainda reforçada pelas normas internacionais da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (nomeadamente artigo 8.º, n.º 2) que, face ao teor do artigo 8.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, são direito interno e, por isso, vinculam os juízes nacionais.

→ Tudo o exposto, consubstancia credencial suficiente para concluir pela sujeição do visado à perícia, mesmo perante recusa, sempre que ordenada por despacho judicial que conclua justificar-se a colisão dos direitos fundamentais em prevalência do princípio da realização da justiça - descoberta da verdade material e da prevalência da investigação criminal.

35

JURISPRUDÊNCIA

❖ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007.

“a Constituição não proíbe, em absoluto, a recolha coactiva de material biológico de um arguido (designadamente de saliva, através da utilização da técnica da zaragatoa bucal) e a sua posterior análise genética não consentida para fins de investigação criminal, no caso concreto para subsequente comparação com vestígios biológicos colhidos no local do crime. Decisivo é, no entanto, verificar se os normativos que concretizam os termos dessa possibilidade respeitam as exigências constitucionais de adequação, de exigibilidade e de proporcionalidade em sentido estrito que, como vimos, decorrem, designadamente, da segunda parte do n.º 2 do artigo 18º da Constituição da República Portuguesa.”

36

JURISPRUDÊNCIA

❖ Acórdão n.º 340/2013, do Tribunal Constitucional

Reportando-se em concreto ao direito à não “auto-incriminação”, fez-se ali constar que *“tem sido reconhecido que o direito à não auto-incriminação não tem um carácter absoluto, podendo ser legalmente restringido em determinadas circunstâncias (v.g. a obrigatoriedade de realização de determinados exames ou diligências que exijam a colaboração do arguido, mesmo contra a sua vontade)”*

37

JURISPRUDÊNCIA

❖ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24.08.2007, Relator Vieira Lamim:

“I - Opondo-se o arguido à realização de zaragatoa bucal para recolha de saliva, destinada à definição do seu perfil genético e subsequente comparação com vestígios hemáticos encontrados no local do crime, pode o JIC compeli-lo a submeter-se a tal exame, pois entre os interesses em confronto, deve prevalecer o da realização da justiça, já que para concretização forçada de tal exame a autodeterminação corporal é violada de forma pouco significativa.”

38

JURISPRUDÊNCIA

❖ **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10.12.2008, Relatora Maria Elisa Marques:**

“Não é inconstitucional a norma do art. 172º, nº 1, do Código de Processo Penal, interpretada no sentido de que é legítimo o uso da força física para obter, através de zaragatoa bucal vestígios biológicos de um arguido para fins de comparação com os encontrados nas cuecas da ofendida, se está em causa a investigação de um crime de violação, não havendo outras provas para além das declarações daquela, que sofre de considerável atraso mental.”

39

JURISPRUDÊNCIA

❖ **Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 21.11.2007, Proc. 6/05.3PTVIS.C1, Relator Gabriel Catarino**

“1- A recolha de sangue para determinação do grau de alcoolemia não ofende nem viola o direito à integridade e à autodeterminação corporal. A extensão do conteúdo da análise, comprovação da existência de álcool na sangue, o fim a que destina, a fixação do resultado em quaisquer bases de dados, o fim preventivo que se pretende alcançar são alguns dos argumentos que poderiam ser aduzidos a favor desta tese.

2- A prova de colheita de sangue realizada nos termos e sob a alçada da lei estradal, ainda que sem consentimento do arguido, não viola nenhum preceito constitucional.”

40

JURISPRUDÊNCIA

❖ **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10.7.2013, proc. n.º 1728/12.8JAPRT.P1, Relator Joaquim Gomes**

“I- As intervenções corporais como modo de obtenção de prova, como seja a recolha de saliva através de zaragatoa bucal, podem ser obtidas por via compulsiva, para determinação do perfil de ADN e posterior comparação com vestígios recolhidos no local do crime.”

❖ **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11.10.2017, proc. n.º 72/17.9JACBR-E.P1, Relatora Airisa Caldinho**

“Não constitui prova proibida a prova emergente da recolha de saliva para identificação de ADN, através de zaragatoa bucal, mesmo contra a vontade do visado, ordenada por autoridade judicial nos termos do artº 172º1 CPP.”

41

JURISPRUDÊNCIA

❖ **Acórdão do Tribunal da Relação Coimbra, relatado por Oliveira Mendes, invocado no Ac. TC 155/2007**

“certo é que o direito que vimos de analisar - à integridade corporal e à autodeterminação corporal - conquanto a Constituição da República o declare inviolável (artigo 25.º, n.º 1) não é absoluto, posto que o artigo 18.º daquele diploma legal ao estatuir que a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, deve ser interpretado no sentido de que apenas é ilegítima toda a restrição que atinja o conteúdo essencial de cada um dos direitos subjectivos individuais, isto é, que atente contra as exigências (mínimas) de valor que, por serem a projecção da ideia de dignidade humana, constituem o fundamento (a essência) de cada preceito constitucional nesta matéria...”

42

JURISPRUDÊNCIA

❖ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso Saunders vs. Reino Unido, de 17 de Dezembro de 1996

- A propósito do argumento que a imposição da perícia implicaria a violação do princípio da não auto-incriminação:

“O direito à não auto-incriminação concerne, em primeiro lugar, ao respeito pela vontade de um acusado em manter o silêncio. Tal como é interpretado na generalidade dos sistemas jurídicos das partes contratantes da Convenção, o mesmo não abrange a utilização, em quaisquer procedimentos penais, de dados que possam ser obtidos do acusado recorrendo a poderes coercivos, contanto que tais dados existam independentemente da vontade do suspeito. Tais como, inter alia, dos documentos adquiridos com base em mandado, as recolhas de saliva, sangue e urina, bem como tecidos corporais com vista a uma análise de ADN.”

43

CONCLUSÃO

- ▶ Nas palavras do Professor Jorge Reis Novais – *in* Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa - não basta ao juiz centrar a sua decisão apenas na proporcionalidade (em sentido amplo) da restrição a impor ao visado, mas também num controlo de razoabilidade que se concentra *“na gravidade, qualitativa ou quantitativa, que a medida restritiva provoca na esfera do(s) afectado(s), havendo inconstitucionalidade sempre que, independentemente da adequação (...) a quantidade ou a qualidade dos encargos impostos excede o que é legitimamente tolerável pela liberdade e autonomia pessoal em Estado de Direito”*

44



CELERIDADE NA REALIZAÇÃO DE EXAMES E PERÍCIAS

45

CELERIDADE NA REALIZAÇÃO DE EXAMES E PERÍCIAS

- ▶ Evitar o desaparecimento ou alteração de vestígios;
- ▶ Fundamentação de decisões judiciais;
- ▶ Utilização da forma sumária do processo penal.

- ▶ Problemas na prática quotidiana.

46

EVITAR O DESAPARECIMENTO OU ALTERAÇÃO DE VESTÍGIOS

- ▶ Exames cautelares dos vestígios do crime pelos OPC's, art.ºs 55.º n.º 2, *in fine*, e art.º 249.º n.ºs 1 e 2 al.ª a) do CPP;
- ▶ Delegação, em APC, da competência para ordenar perícia, art.º 270.º n.ºs 3 e 4 do CPP, e art.º 12.º n.º 1 al.ª a) da Lei n.º 37/2008, de 6 de Agosto (PJ);
- ▶ Perícias médico-legais urgentes, nos termos do art.º 13.º n.º 1 da Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto;
 - *Nos casos em que se imponha assegurar com brevidade a observação de vítimas de violência, tendo designadamente em vista a colheita de vestígios ou amostras susceptíveis de se perderem ou alterarem rapidamente, bem como o exame do local em situações de vítimas mortais de crime doloso ou em que exista suspeita de tal”.*

47

EVITAR O DESAPARECIMENTO OU ALTERAÇÃO DE VESTÍGIOS

- ▶ Perícias “*em serviços de urgência de hospitais públicos ou outros estabelecimentos oficiais de saúde*”, no caso de vítimas de agressão e fora das horas normais de funcionamento dos serviços médico-legais (art.º 13.º n.º 5 da Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto);
- ▶ Perícia imediata mesmo em caso de pedido de escusa ou requerimento de recusa (com base na falta de condições indispensáveis para a realização de perícia), art.º 153.º n.º 2, *in fine*, do CPP;
- ▶ Não notificação do despacho que ordena a perícia (com antecedência mínima de 3 dias), art.º 154.º n.ºs 4 e 5 al.ª b) do CPP.

48

ESSENCIALIDADE PARA A FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS

- ▶ Revogação da prisão preventiva, art.º 160.º n.º 1, *in fine*, do CPP;
- ▶ Internamento preventivo, art.º 202.º n.º 2 do CPP;
- ▶ Suspensão da execução da prisão preventiva, art.º 211.º n.º 1 do CPP;
- ▶ Modificação da execução da pena de prisão, art.º 118.º da Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro.

49

UTILIZAÇÃO DA FORMA SUMÁRIA DO PROCESSO PENAL

- Os exames e os relatórios periciais revestem, para as entidades requisitadas, carácter urgente, art.º 387.º n.º 8 do CPP.
- Tendo em vista aquela finalidade, são de destacar os protocolos, celebrados entre:
 - A PGR, IGAC e ASAE (2014) – com procedimentos para efeitos de tramitação dos exames e perícias dos fonogramas e videogramas apreendidos, suspeitos de usurpação, contrafacção ou cópia não autorizada;

50

UTILIZAÇÃO DA FORMA SUMÁRIA DO PROCESSO PENAL

- A PGR e a ASAE (26/07/2013) – com procedimentos relativos à realização de exame de máquina para exploração de jogos de fortuna e azar com ligação à internet e/ou máquina de jogo ilícito mediante utilização de roletas electrónicas;
- A PGDL, o LPC/PJ, a PSP e a GNR (27/02/2014) – tendo em vista a harmonização de procedimentos para realização de perícias toxicológicas, após a apreensão de substâncias suspeitas de serem estupefacientes;
- A PGDL, o COMETLIS/PSP, o INML e o ITIJ (31/03/2008) – com vista à pronta realização das perícias de danos corporais de menor gravidade e menor duração incapacitante.

51

PROBLEMAS NA PRÁTICA QUOTIDIANA

- ▶ Atrasos relevantes com implicações a nível processual:
 - Unidade de Telecomunicações e Informática da PJ.
 - Serviços de Clínica Forense do INMLCF;
- ▶ **Solução:**
- ▶ Celebração de **protocolos de cooperação** com institutos politécnicos e universidades.

52

PROTOCOLOS DE COOPERAÇÃO

- Destacam-se, na área informática e das tecnologias da informação e comunicação, os protocolos de cooperação celebrados entre a PGR e:
 - O Instituto Politécnico de **Beja** (em 17/10/2013);
 - As Universidades do **Porto** e de **Aveiro** (em 31/03/2014 e 29/10/2014);
 - O Instituto Politécnico de **Leiria** (em 15/12/2015);
 - O Instituto Politécnico do **Porto** (em 17/01/2017).

➤ Dados estatísticos

53

MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
GABINETE CIBERCRIIME

PEDIDO DE INDICAÇÃO DE PERITO INFORMÁTICO
EM PROCESSO PENAL

Tribunal/Departamento	
Secção	
Processo nº (NUJPC)	
Número de ofício	
Data	
Endereço de email para resposta	

REMITER POR CORREIO ELETRÓNICO PARA:
Gabinete Cibercrime da Procuradoria-Geral da República
cibercrime@pgr.pt

OBJETO DA PERÍCIA

- identificação de ficheiros
- leitura de ficheiros
- deteção de ficheiros ocultos/apagados
- reconstrução de ficheiros apagados
- identificação de eventual alteração de dados
- datação de ficheiros
- identificação de programas instalados
- pesquisa de registos (histórico) de comunicações
- Outros:

TIPO DE EQUIPAMENTO	SISTEMA OPERATIVO
<input type="checkbox"/> PC/Portátil	<input type="checkbox"/> Windows
<input type="checkbox"/> Tablet	<input type="checkbox"/> OSX (Mac)
<input type="checkbox"/> Smartphone	<input type="checkbox"/> Unix/Linux
<input type="checkbox"/> Telemóvel	<input type="checkbox"/> Android
<input type="checkbox"/> Máquina industrial	<input type="checkbox"/> IOS (iPhone/iPad)
<input type="checkbox"/> Outro	<input type="checkbox"/> Outro

PROPOSITO DA PERÍCIA (SOMULA)

Data: _____ Assinatura: _____

54

PROTOCOLOS DE COOPERAÇÃO

- Protocolo celebrado, em 25/05/2017, entre a PRCL e a Cooperativa de Ensino Superior - Egas Moniz, detentora do Laboratório de Ciências Forenses e Psicológicas Egas Moniz.
- Permite o acesso do MP a serviços de:
 - Psicologia forense;
 - Análise de documentos questionados e escrita manual;
 - Clínica médico-legal;
 - Toxicologia forense; e
 - Biologia forense.

55

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



EXAME E PERÍCIA - CASOS CONTROVERSOS

- ✓ Exame/Perícia efectuada à máquina de jogo – crime de exploração ilícita de jogo
- ✓ Identificação judiciária Lofoscópica – Lei n.º 67/2017, de 9 de Agosto

56

EXAME/PERÍCIA EFETUADA À MÁQUINA DE JOGO – CRIME DE EXPLORAÇÃO ILÍCITA DE JOGO

Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro

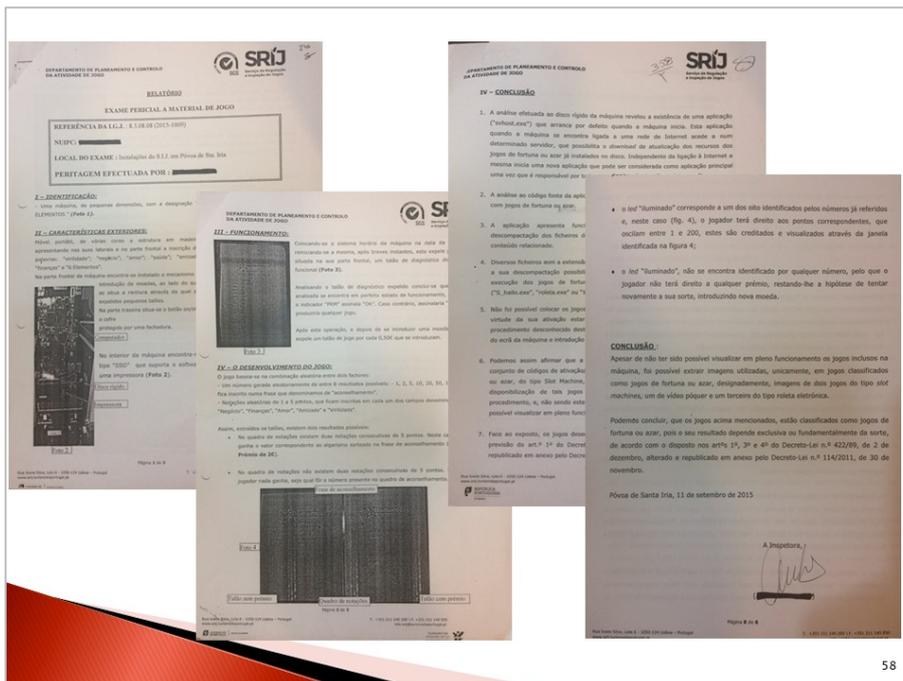
Artigo 108.º

Exploração ilícita de jogo

1 - Quem, por qualquer forma, fizer a exploração de jogos de fortuna ou azar fora dos locais legalmente autorizados será punido com prisão até 2 anos e multa até 200 dias.

2 - Será punido com a pena prevista no número anterior quem for encarregado da direcção do jogo, mesmo que não a exerça habitualmente, bem como os administradores, directores, gerentes, empregados e agentes da entidade exploradora.

57



58

EXAME/PERÍCIA EFETUADA À MÁQUINA DE JOGO – CRIME DE EXPLORAÇÃO ILÍCITA DE JOGO

- ▶ Por regra, este relatório é valorado pelo Tribunal, nos termos do disposto no artigo 163.º do Código de Processo Penal.
- ▶ Em sede de recurso, é frequente ser alegada a **nulidade da sentença resultante da apreciação crítica da prova.**

59

EXAME/PERÍCIA EFETUADA À MÁQUINA DE JOGO – CRIME DE EXPLORAÇÃO ILÍCITA DE JOGO

- ▶ Argumentos frequentes:

1) O relatório elaborado pelo Serviço de Regulação e Inspeção de Jogos não é suportado por conclusões científicas, apenas pela identificação da máquina, pela descrição das características exteriores e do funcionamento da máquina de jogo e dos respectivos jogos, motivo pelo qual se trata de um exame, devendo ser valorado à luz do disposto no artigo 127.º do Código de Processo Penal.

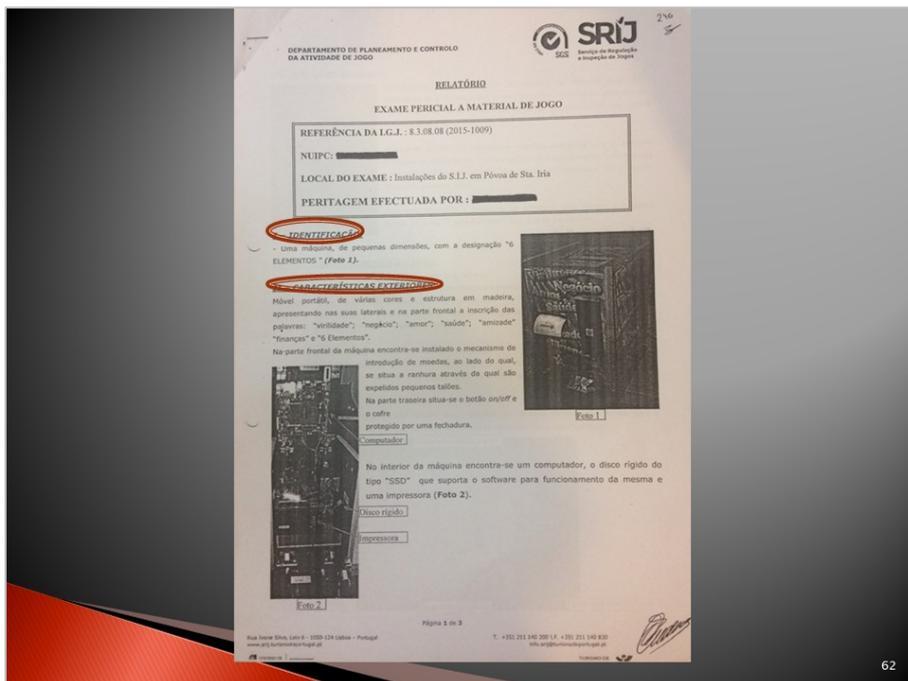
60

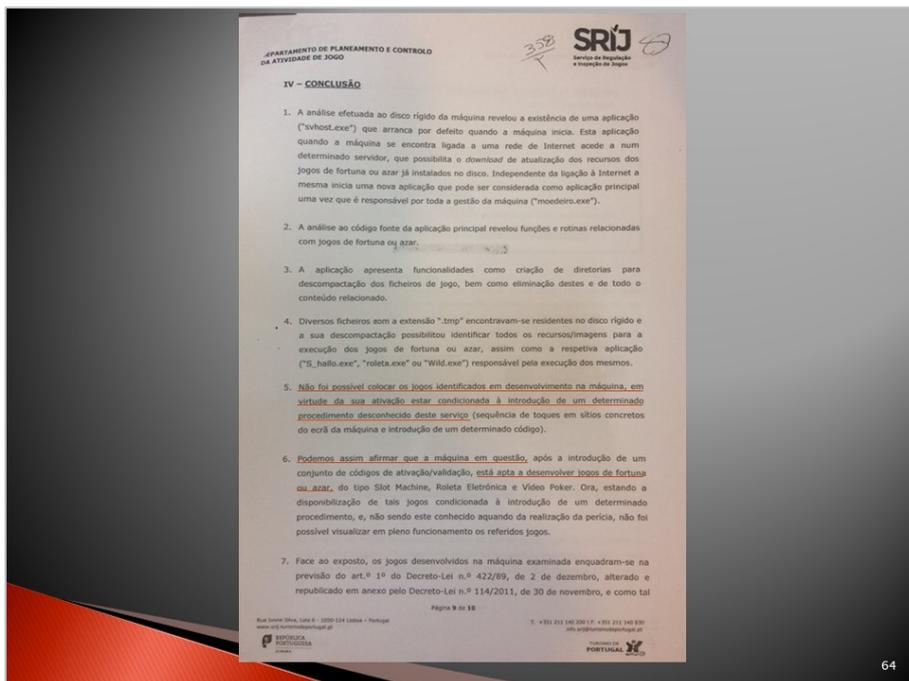
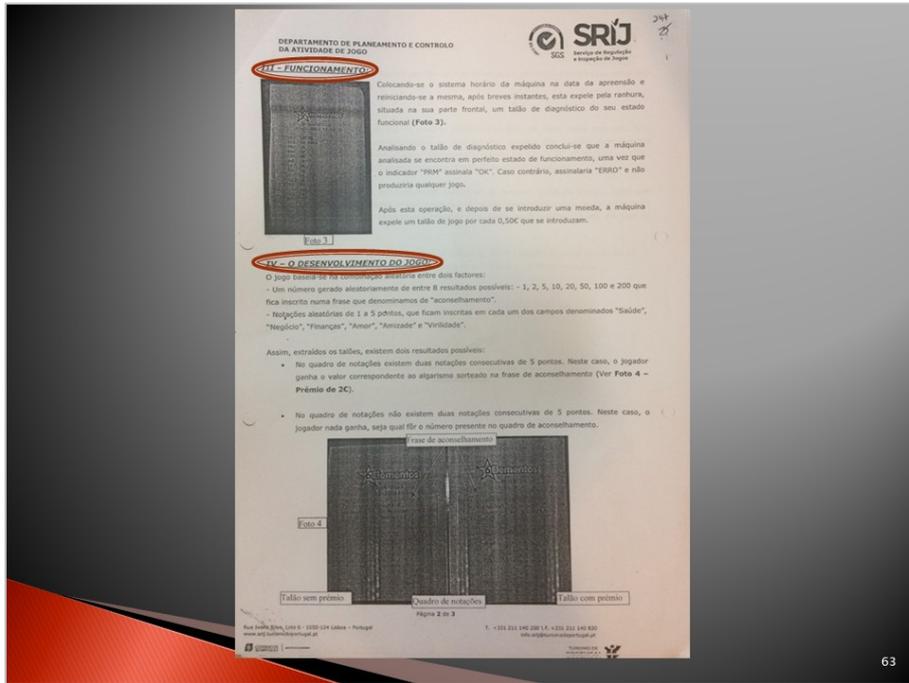
EXAME/PERÍCIA EFETUADA À MÁQUINA DE JOGO – CRIME DE EXPLORAÇÃO ILÍCITA DE JOGO

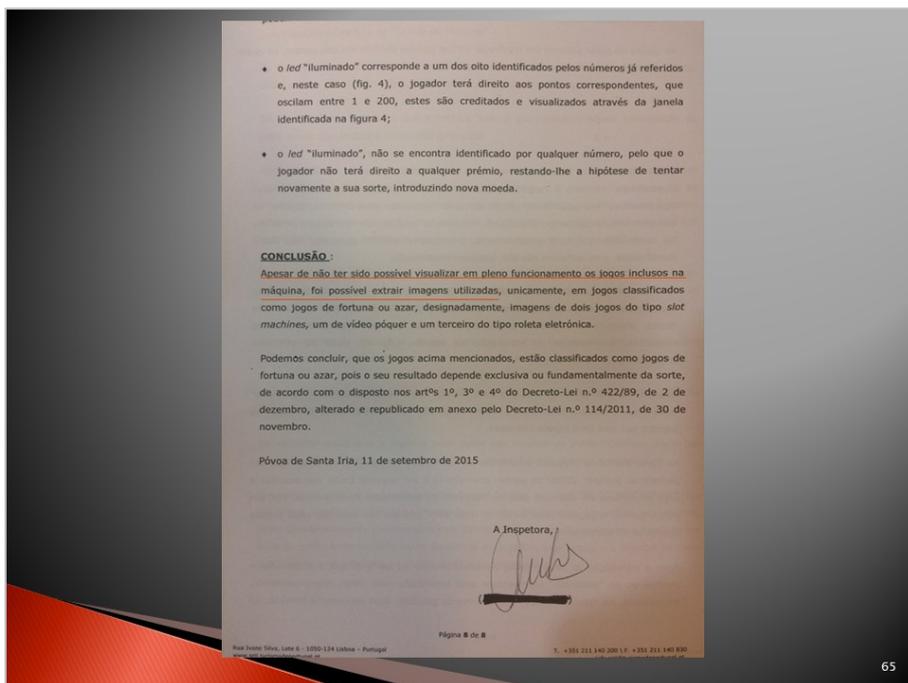
2) O relatório elaborado pelo Serviço de Regulação e Inspeção de Jogos pauta-se pela falta de objectividade.

3) O relatório elaborado pelo Serviço de Regulação e Inspeção de Jogos baseia as suas conclusões em regras de experiência, fruto de exames efectuados a máquinas semelhantes, sem apresentar uma efectiva análise da máquina em apreço.

61







65

JURISPRUDÊNCIA

▶ Exame:

❖ Acórdão do TRE, de 07/01/2014, Relator: Martinho Cardoso, proc. n.º: 67/09.6EASTRE1

"(...) O que consta de fls. 38 a 41 é a descrição física da máquina e o seu modo de funcionamento. Se o tribunal "a quo" tivesse a máquina na sala de audiências, pespegada em cima de uma mesa e a ligasse à corrente e pusesse a funcionar, em breve a descreveria tal como foi feito a fls. 38 a 41 e depois nos pontos 3, 4 e 5 dos factos provados, sem serem necessários os especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos de que fala o mencionado art.º 151.º (...)".

66

JURISPRUDÊNCIA

❖ **Acórdão do TRP, de 24/04/2013, Relator: Joaquim Gomes, proc. n.º: 33/11.1PFVNG.P1**

*“(…) Ora e como se pode constatar do relatório elaborado pelo Serviço de Inspeção de Jogos constante a fls. 64-69 o mesmo **para além de identificar a máquina em causa, descreve as suas características exteriores, bem como o modo do seu funcionamento, o que para o efeito não são exigíveis específicos conhecimentos técnicos**, pelo que tal exame não pode ser considerado como pericial. **E muito menos seria a conclusão de que “de acordo com a experiência adquirida (…)**”.*

67

JURISPRUDÊNCIA

❖ **Acórdão do TRE, de 02/05/2017, Relator: João Gomes, proc. n.º: 208/14.1ECLSB.E1**

*“(…) Acresce que **o excesso e a falta de objectividade desse exame é patente não apenas pelo lado subjectivo, também pelo lado objectivo (o que dele consta em termos materiais)**. Desde logo porquanto se referem como existentes **realidades que não estão presentes na máquina (…)**. E isso é bem patente nas conclusões 3ª e 4ª da perícia. 3. Pelos factos apresentados nos pontos anteriores, não é possível afirmar efectivamente que jogos de fortuna ou azar a máquina eventualmente poderia desenvolver. 4. **Embora este Serviço detenha a experiência de que máquinas com este tipo de software estão aptas a desenvolver vários jogos de fortuna ou azar**, os elementos apresentados para peritagem e recolhidos nesta, não são suficientes para afirmar que a mesma disponibilizava quaisquer jogos.*

Ora, se assim é, não há prova dos elementos objectivos do tipo penal (…)”.

68

JURISPRUDÊNCIA

▶ Perícia:

❖ Acórdão do TRC, de 20/05/2015, Relatora: Maria José Nogueira, proc. n.º: 149/12.7EACBR.C1

(...) Através da análise do disco rígido da máquina referida em 2., foi possível identificar diversos ficheiros, localizados em pastas escondidas no sistema, que evidenciavam o facto de a máquina desenvolver jogos de fortuna ou azar.

(...) «A análise dos discos rígidos das máquinas apreendidas constitui uma verdadeira perícia, porquanto a percepção e/ou apreciação do conteúdo da informação depositada nos mesmos só é alcançável por quem detém especiais conhecimentos técnicos e científicos na área informática ...» (...)”.

69

JURISPRUDÊNCIA (Cont.)

(...) Em síntese, diremos que:

i. Os relatórios contra os quais o recorrente se insurge, na medida em que reflectem a análise levada a efeito aos discos rígidos das máquinas apreendidas, donde foi possível extrair o conteúdo da informação nos mesmos depositada assume a natureza de perícia uma vez que a percepção e ou apreciação do conteúdo daquele só é realizável por quem detém especiais conhecimentos técnicos, concretamente na área informática (...)”.

70

JURISPRUDÊNCIA

❖ **Acórdão do TRC, de 04/03/2015, Relator: Fernando Chaves, proc. n.º: 4/13.3TBSAT.C1**

*“(…) Como resulta do referido relatório elaborado pelo Serviço de Inspeção de Jogos, o mesmo, **para além de identificar a máquina em causa, descreve as suas características exteriores, bem como o modo do seu funcionamento**, sendo que a conclusão de que este tipo de máquinas está preparado para desenvolver jogos de fortuna ou azar foi alcançada **através da análise pormenorizada ao disco rígido da máquina**, como, aliás, é sublinhado na decisão recorrida.*

*“(…) A descrição que o relatório pericial faz da máquina apreendida e do seu modo de funcionamento **resulta, portanto, do conhecimento especializado do perito sobre o tipo de máquinas em causa**, sendo certo que nenhum elemento de prova foi apresentado ao tribunal a quo que lhe permita divergir do juízo contido no relatório pericial (…).”*

71

Perícia	Exame
<p>Exige especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos de quem a realiza, partindo da avaliação de factos, focando a sua perceção e, elaborando um juízo de apreciação e valoração.</p>	<p>Parte da perceção indireta por meio da descrição dos vestígios, não sendo, por regra, necessário especiais conhecimentos.</p> <p>Contudo, a <u>simples deteção</u> de vestígios que <u>exija especiais conhecimentos</u> ainda é considerada exame, assim como a <u>avaliação</u> de vestígios que <u>não exija especiais conhecimentos</u>.</p>

72

**IDENTIFICAÇÃO JUDICIÁRIA LOFOSCÓPICA
LEI N.º 67/2017, DE 9 DE AGOSTO**

Artigo 1.º

Objecto

*1 - A presente lei regula a **identificação judiciária lofoscópica** e fotográfica para efeitos de prevenção e investigação criminal, bem como o tratamento da informação respectiva, em especial quanto ao ficheiro central de dados lofoscópicos (FCDL).*

2 - (...).

73

**IDENTIFICAÇÃO JUDICIÁRIA LOFOSCÓPICA
LEI N.º 67/2017, DE 9 DE AGOSTO**

Artigo 2.º

Definições

(...)

*f) «**Identificação judiciária**» o processo de recolha, tratamento e comparação de **elementos lofoscópicos** e fotográficos, **visando estabelecer a identidade de determinado indivíduo**;*

74

IDENTIFICAÇÃO JUDICIÁRIA LOFOSCÓPICA
LEI N.º 67/2017, DE 9 DE AGOSTO

Artigo 2.º

Definições

a) «**Amostra-problema**» qualquer **vestígio lofoscópico** obtido em objecto ou em local onde se proceda à recolha de meios de prova, bem como a **impressão digital**, preferencialmente correspondente ao dedo indicador direito, **recolhida em cadáver ou de uma pessoa de identidade desconhecida**;

b) «**Amostra-referência**» as impressões lofoscópicas, ou seja, as **impressões digitais ou palmares**, recolhidas de uma **pessoa de identidade conhecida**, correspondentes ao desenho formado pelas linhas papilares dos dedos e das palmas das mãos;

c) «**Resenha lofoscópica**» o conjunto de suportes, impressos ou formulários onde são recolhidas as **impressões digitais dos arguidos e condenados**;

(...)

75

IDENTIFICAÇÃO JUDICIÁRIA LOFOSCÓPICA
LEI N.º 67/2017, DE 9 DE AGOSTO

Artigo 3.º

Âmbito

1 - São **sujeitos a identificação judiciária os indivíduos**:

- a) Constituídos **arguidos** em processo-crime;
- b) **Condenados** em processo-crime;
- c) **Inimputáveis** a quem tenha sido aplicada medida de segurança;
- d) **Suspeitos** (...).

2 – (...) **cadáveres cuja identidade não tenha sido possível estabelecer com segurança** (...).

76

IDENTIFICAÇÃO JUDICIÁRIA LOFOSCÓPICA LEI N.º 67/2017, DE 9 DE AGOSTO

Artigo 4.º

Recolha de amostras-referência

1 - A recolha de amostras-referência é feita por peçoal certificado para o efeito por determinação da autoridade judiciária ou da autoridade de polícia criminal à qual a investigação se encontre delegada, após constituição de arguido, com excepção da circunstância referida na alínea d) do n.º 1 do artigo anterior, aplicando-se com as necessárias adaptações o disposto na alínea c) do n.º 2 do artigo 257.º do Código de Processo Penal.

2 - A recolha é precedida de informação ao visado sobre os motivos da diligência, devendo este consentir na realização da mesma.

3 - Em caso de recusa, a autoridade judiciária competente pode ordenar a sujeição à diligência, nos termos do disposto no Código de Processo Penal quanto à sujeição a exame.

(...)

77

IDENTIFICAÇÃO JUDICIÁRIA LOFOSCÓPICA LEI N.º 67/2017, DE 9 DE AGOSTO

Artigo 5.º

Recolha de amostras-problema

1 - Os vestígios lofoscópicos são recolhidos por peçoal certificado para o efeito por meio de transplante ou de fotografia directa, nas seguintes situações:

- a) Em locais susceptíveis de serem encontrados indícios da preparação e ou prática de ilícitos criminais, ou com eles conexos;
- b) Em objectos por qualquer forma conexos com a prática ou preparação de ilícitos criminais.

2 - Procede-se à recolha de amostras-problema, quando exequível, em cadáveres cuja identidade não tenha sido possível estabelecer com segurança, incluindo as situações em que a morte tenha ocorrido em cenário ou por causa de acidente de massas ou catástrofe natural, bem como em indivíduos de identidade desconhecida.

78

IDENTIFICAÇÃO JUDICIÁRIA LOFOSCÓPICA LEI N.º 67/2017, DE 9 DE AGOSTO

Artigo 3.º

Âmbito

1 - São **sujeitos a identificação judiciária os indivíduos**:

a) Constituídos **arguidos** em processo-crime:

(...)

iii) **Mediante despacho judicial**, ponderadas as necessidades de prova;

(...)

Artigo 4.º

Recolha de amostras-referência

1 - A **recolha** de amostras-referência é feita por pessoal certificado para o efeito por determinação da autoridade judiciária ou da **autoridade de polícia criminal à qual a investigação se encontra delegada, após constituição de arguido** (...).

79

IDENTIFICAÇÃO JUDICIÁRIA LOFOSCÓPICA LEI N.º 67/2017, DE 9 DE AGOSTO

CAPÍTULO III

Ficheiro central de dados lofoscópicos

Artigo 7.º

FCDL

1 - O FCDL tem por finalidade registar, armazenar, manter atualizada e disponibilizar a informação que resultar da identificação judiciária e da recolha de vestígios lofoscópicos.

(...)

6 - O FCDL assenta na plataforma AFIS (Automated Fingerprint Identification System) - Sistema de Identificação de Impressões Digitais.

80

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

OBRIGADO!



*Lisboa, 3 de Junho de 2019
Pelos Auditores de Justiça do Tema 1
Carlota Rocha
Catarina Carloto de Castro
Elsa Bértolo
Paulo Soares
Tânia Pedrosa*

81

Título:

**Declarações para memória futura. Enquadramento
Jurídico, Prática e Gestão Processual.
Prova em processo penal: Exame ou perícia? Respetivo
valor probatório. Enquadramento jurídico, prática e gestão
processual**

Ano de Publicação: 2020

ISBN: 978-989-9018-17-4

Série: Formação Ministério Público

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt