



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Joana Adriano Simões

**AS DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA
CONFRONTO COM OS PRINCÍPIOS BASILARES DO
PROCESSO PENAL PORTUGUÊS**

Dissertação no âmbito do Mestrado em Direito, no Ramo de Ciências Jurídico-Criminais, orientada pelo Professor Doutor Nuno Fernando Rocha Almeida Brandão, e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Julho de 2022

1 2



9 0

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Joana Adriano Simões

**DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA
CONFRONTO COM OS PRINCÍPIOS BASILARES DO PROCESSO
PENAL PORTUGUÊS**

**STATEMENTS FOR FUTURE MEMORY
CONFRONTATION WITH THE BASIC PRINCIPLES OF
PORTUGUESE CRIMINAL PROCEDURE**

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no
âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais*

Orientador: Senhor Professor Doutor Nuno Fernando Rocha Almeida Brandão
Coimbra 2022

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, por ser o melhor exemplo que mulher que podia ter e por ter as palavras mais sábias em todos os momentos.

Ao meu pai, por me incentivar a dar sempre o melhor de mim.

Ao meu irmão, por nunca ter duvidado de mim.

Aos meus “anjinhos da guarda” que tantas vezes foram a minha força para continuar e sempre olharam por mim.

Ao meu namorado, que me acompanhou incansavelmente ao longo de todo o percurso e que me levantou sempre a cabeça.

Às minhas amigas da Marinha Grande, que apesar da distância, sempre lutaram lado a lado comigo.

Às minhas companheiras de Coimbra, que fizeram desta cidade a minha segunda casa, a nossa.

Ao meu Orientador, Senhor Professor Doutor Nuno Fernando Rocha Almeida Brandão, pela disponibilidade demonstrada, que possibilitou a realização desta dissertação.

A Coimbra.

RESUMO

A presente dissertação tem como ponto fulcral o instituto das declarações para memória futura que se encontra legalmente previsto nos artigos 271.º e 294.º, ambos do código de processo penal, correspondendo respetivamente à fase de inquérito e à fase de instrução.

O objetivo primário desta dissertação é analisar de que forma este mecanismo de produção antecipada de prova pode esbarrar com alguns dos princípios basilares do processo penal português, nomeadamente, com os princípios do contraditório, da imediação e da oralidade.

Posto isto, iniciarei a minha dissertação com uma breve referência a cada um dos princípios referidos anteriormente.

De seguida, analisarei o modo como o regime das declarações para memória futura evoluiu no ordenamento jurídico português, os fundamentos que permitem a tomada das mesmas e como se processam no âmbito do processo criminal.

Pretendo também enfatizar as questões que têm suscitado maior divergência quer na doutrina, quer na jurisprudência, demonstrando os diferentes argumentos de modo a, sempre que possível, fundamentar da melhor forma a minha tomada de posição.

Não fazendo uma análise extensiva deste ponto, mas apenas assinalando o que considero que se diferencia do instituto das declarações para memória futura tal como se encontra prevista no nosso código de processo penal, irei recorrer à legislação de outros ordenamentos, nomeadamente, de Espanha e Itália.

Por fim, terminarei a presente dissertação posicionando-me no sentido em que, a meu ver, as limitações e exceções aos princípios estruturantes do processo penal se justificam tendo em conta as finalidades do instituto, sendo que, considero que a forma como se encontra previsto o mecanismo não é perfeito, existindo alguns pontos que devem ser aperfeiçoados.

Conceitos-chave: declarações para memória futura, vítima, contraditório, prova, princípio.

ABSTRACT

This dissertation focuses on the institute of statements for future memory, which is legally provided for in articles 271.º and 294.º, both of the Code of Criminal Procedure, corresponding respectively to the investigation and pre-trial phases.

The primary aim of this dissertation is to analyze how this mechanism anticipated production of evidence may clash with some of the basic principles of Portuguese criminal procedure, namely the principles of adversarial proceedings, immediacy and orality.

Having said that, I will begin my dissertation with a brief reference to each of the principles mentioned above.

Next, I will analyse the way in which the regime of statements for future memory has evolved in the Portuguese legal system, the grounds on which they may be taken and how they are processed within the scope of the criminal proceedings.

I also intend to emphasize the issues that have caused the greatest divergence both in legal theory and in case law, demonstrating the different arguments in order to best substantiate my position, whenever possible.

Without making an extensive analysis of this point, but only pointing out what I consider to be different from the institute of statements for future reference as it is foreseen in our code of criminal procedure, I will resort to the legislation of other countries, namely Spain and Italy.

Finally, I will end this dissertation by stating that, in my opinion, the limitations and exceptions to the structural principles of criminal proceedings are justified in view of the purposes of the institute, although I believe that the way in which the mechanism is provided for is not perfect, and that there are some aspects that need to be improved.

Key words: statements for future memory, victim, cross-examination, evidence, principle.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. - Acórdão;
al - Alínea;
als – Alíneas;
art.º - Artigo;
arts.º - Artigos;
CC – Código Civil;
cit. – Citação;
cfr. – Conforme;
CP – Código Penal;
CPP – Código de Processo Penal;
CRP – Constituição da República Portuguesa;
Dec-Lei – Decreto-Lei;
Ed. – Edição;
L – Lei;
LPT – Lei de Proteção de Testemunhas;
in – Em;
MP – Ministério Público;
n.º - Número;
n.ºs – Números;
pág. – Página;
proc. n.º - Número do Processo;
RMP – Revista do Ministério Público;
RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal;
ss. – Seguintes;
STJ – Supremo Tribunal de Justiça;
TRC – Tribunal da Relação de Coimbra;
TRE – Tribunal da Relação de Évora;
TRL – Tribunal da Relação de Lisboa;
TRP – Tribunal da Relação do Porto;
Vol. – Volume.

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	1
RESUMO	2
ABSTRACT	3
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	4
INTRODUÇÃO	7
1. PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS	8
1.1. Princípio do contraditório	8
1.2 Princípio da imediação	10
1.3 Princípio da oralidade	10
2. DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA	11
2.1 Natureza e Finalidades	11
2.2 Fundamentos da antecipação e evolução das declarações para memória futura no ordenamento jurídico português	13
2.2.1 Juízo de Prognose	15
a) Doença grave e deslocação para o estrangeiro	16
2.2.2 Crimes de catálogo	18
a) A vítima de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual	19
b) Crime de tráfico de pessoas	20
c) Crime de tráfico de órgãos	20
d) O particular caso das crianças enquanto vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual	21
e) A lei de proteção de testemunhas (Lei n.º 93/99, de 14 de Julho)	25
f) O regime jurídico aplicável á prevenção da violência doméstica e à proteção e assistência das suas vítimas (Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro) e o Estatuto da Vítima (Lei n.º 130/2015, de 4 de Setembro)	27
2.3 Questões relativas ao procedimento e à realização da diligência	33

2.3.1	Legitimidade	33
2.3.2	Requerimento	35
2.3.3	A repetição da prova anteriormente produzida	37
2.3.4	A questão particular das declarações para memória futura prévias à constituição de arguido	39
2.4	Leitura e valoração das declarações para memória futura em audiência de julgamento	41
3.	CONCLUSÃO E CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
4.	BIBLIOGRAFIA	48
5.	JURISPRUDÊNCIA	51

INTRODUÇÃO

Ao longo de todo o meu percurso académico, os ramos de Direito que me despertaram mais interesse e curiosidade foram os do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

Optei por realizar a dissertação no âmbito do Direito Processual Penal e mais concretamente acerca das declarações para memória futura e como, em determinados aspetos estruturantes da diligência, podem colidir com alguns dos princípios basilares do processo penal português.

Inicialmente irei fazer uma breve abordagem aos princípios do contraditório, da imediação e da oralidade.

Seguidamente, passarei à abordagem do instituto das declarações para memória futura onde, em primeiro lugar irei ressaltar o carácter excecional que este mecanismo possui, acentuando quais os fundamentos que permitem a tomada das mesmas. Sendo que, surgiram diplomas legislativos que permitiram um alargamento do âmbito de aplicação deste meio de produção antecipada da prova, estes que, a meu ver, trata-se de fundamentos atípicos tendo em conta que não se encontram expressamente previstos no art. 270.º do CPP.

No ponto seguinte, passarei à abordagem das questões relacionadas com o procedimento e realização da diligência, questões essas que geram posicionamentos diversos na jurisprudência e na doutrina portuguesa. Perante as divergências existentes, enunciarei os diferentes argumentos utilizados, adotando uma posição que entendo ser a mais adequada tendo em vista os interesses que se pretendem acautelar com a tomada de declarações para memória futura e tendo sempre como plano de fundo, as finalidades do processo penal, em especial, a descoberta da verdade material.

Ainda neste ponto, farei uma breve comparação com outros ordenamentos jurídicos acerca da produção antecipada da prova e realçando os aspetos que os diferenciam do nosso sistema jurídico.

Por fim, irei concluir a minha dissertação, questionando se a limitação e até mesmo exceção que o mecanismo das declarações para memória futura acarreta para alguns dos princípios estruturantes do processo penal se justifica pela finalidade da diligência que pretende acautelar a produção de determinadas provas essenciais para a descoberta da verdade e, noutros casos, a proteção dos interesses dos intervenientes no processo criminal.

1. PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS

1.1. Princípio do contraditório

O princípio do contraditório é um princípio de grande importância no âmbito do processo penal. Desde logo, trata-se de um princípio geral da prossecução processual pois é um “*princípio característico do processo penal de estrutura acusatória (Art. 32º/5 CRP), intimamente conexionado com a finalidade processual penal de proteção dos direitos fundamentais das pessoas (incluído o arguido)*”¹.

Este princípio encontra-se previsto expressamente no n.º 5 do Art. 32º da CRP, segundo o qual “*O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório*”. Trata-se de uma “*trave essencial do processo penal português... - traduz-se na possibilidade que cada um dos sujeitos processuais tem de apresentar as suas razões de facto e de direito, de oferecer as suas provas e de controlar aquelas que o possam afectar e de discutir o valor e as consequências de umas e de outras*”². Baseia-se numa ideia de “*participação construtiva dos sujeitos processuais na definição do direito a aplicar ao caso concreto*”³. No fundo, o que este princípio visa é assegurar que todos os interessados no caso concreto têm a possibilidade de acompanhar e efetivamente contribuir no processo que poderá ter consequências para os mesmos, antes de o juiz tomar a sua decisão final.

Como já referi, o art. 32º, n.º 5 da CRP apenas prevê que ficam subordinados a este princípio do contraditório os atos instrutórios que a lei determinar. Segundo Germano Marques da Silva⁴, esses atos são essencialmente o debate instrutório, na fase de instrução (arts. 297º e ss.) e as declarações para memória futura, na fase de inquérito e da instrução (arts. 271.º e 294.º). A verdade é que o princípio do contraditório nem sempre apresenta a mesma extensão em todas as fases processuais, ou seja, “*a exigência*

¹ ANTUNES, Maria João, “Direito Processual Penal”, 3ª Ed., Almedina, 2021, pág. 86.

² GASPAR, Jorge, “Titularidade da Investigação Criminal e Posição Jurídica do Arguido”, RMP, Lisboa, Ano 22, n.º 87, julho-setembro, 2001, pág. 9.

³ MALAFAIA, Joaquim, “O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos atos de instrução e nas declarações para memória futura”, RPCC, Ano 14, n.º 4, outubro-dezembro, 2004, pág. 512.

⁴ Cfr. DA SILVA, Germano Marques, “Curso de Processo Penal I- Noções Gerais, elementos do processo penal”, Vol. I, 6ª Ed., Verbo, 2010, pág. 93.

*axiológica do contraditório é geral e absoluta quanto à audiência de julgamento e apenas relativa quanto à instrução, limitando-se aos atos instrutórios determinados pela lei”.*⁵ No entanto, quando estamos perante as declarações para memória futura tomadas na fase de inquérito podemos dizer que estamos perante um verdadeiro afloramento do princípio do contraditório,⁶ isto porque constituem uma antecipação face à fase de julgamento. Também na fase de instrução, o debate instrutório vigora em pleno o princípio do contraditório tendo em conta que corre perante um juiz e onde se pretende averiguar se os indícios de factos e elementos de direito que foram recolhidos durante a fase de inquérito e a fase de instrução, são suficientes para submeter o arguido a julgamento.⁷

Posto isto, o princípio do contraditório integra o estatuto processual do arguido “*ao qual são reconhecidos, em qualquer fase do processo, os direitos processuais de estar presente nos atos processuais que diretamente lhe digam respeito, de ser ouvido pelo tribunal ou pelo juiz de instrução sempre que eles devam tomar qualquer decisão que pessoalmente o afete e de intervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo as diligências que se lhe afigurem necessárias (artigo 61º, n.º1, alíneas a), b) e g) do CPP e ainda, por exemplo, artigo 194º, n.º4, do mesmo Código). Mas integra também o estatuto processual do assistente, ao qual compete intervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo as diligências que se afigurem necessárias (artigo 69º, n.º 2, alínea a), do CPP).*”⁸

Concluindo, o princípio do contraditório “*não devendo ser confundido nem subsumido ao direito de defesa e ao princípio da verdade material, contribui, todavia, para a sua plena realização, possibilitando assim que o processo penal possa e continue a afirmar-se como o caminho para a justa decisão do caso concreto.*”⁹

⁵ Cit. GODINHO, Inês Fernandes, “Considerações a propósito do princípio do contraditório no processo penal português”, Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política, N° 10 (2017), Universidade Lusófona do Porto, pág. 101.

⁶ Cfr. GODINHO, Inês Fernandes, “Considerações a propósito do princípio do contraditório no processo penal português”, pág. 101.

⁷ ANTUNES, Maria João, “Direito Processual Penal”, pág. 87.

⁸ ANTUNES, Maria João, “Direito Processual Penal”, pág. 87.

⁹ Cit. GODINHO, Inês Fernandes, “Considerações a propósito do princípio do contraditório no processo penal português”, pág. 107.

1.2 Princípio da imediação

O princípio da imediação é um princípio relativo à forma do processo penal. Basicamente significa que *“a decisão jurisprudencial só pode ser proferida por quem tenha assistido à produção das provas e à discussão da causa pela acusação e pela defesa, mas significa também que na apreciação das provas se deve dar preferência aos meios de prova que se encontrem em relação mais direta com os factos probandos (v.g., preferência das testemunhas presenciais às de «ouvi dizer», dos documentos originais às das suas cópias, etc.) e seja feita o mais brevemente possível, logo que finda a audiência de julgamento.”*¹⁰

Essencialmente, este princípio permite que o juiz tenha um contacto pessoal mais próximo com os meios de prova que irão servir de fundamento para a decisão que este venha a tomar.

Assim sendo, as declarações para memória futura constituem uma exceção ao princípio da imediação, pois o juiz que participa na tomada das mesmas não será o mesmo que vai dirigir a audiência de discussão e julgamento, caso contrário estaríamos perante uma violação da estrutura acusatória do processo penal. No entanto, esta exceção justifica-se pela *“exigência cautelar de meios de prova”*,¹¹ algo que irei desenvolver mais aprofundadamente ao longo da presente tese. Paulo Tonini assinala essa ressalva, afirmando que o princípio do imediatismo não pode ser assegurado de forma absoluta sem ter em conta os requisitos práticos que, em certos casos, exigem proceder imediatamente à recolha de provas.¹²

1.3 Princípio da oralidade

¹⁰ Cit. DA SILVA, Germano Marques, “Curso de Processo Penal I- Noções Gerais, elementos do processo penal”, pág. 104.

¹¹ Cfr. AA. VV/Maia Costa, “Código de Processo Penal Comentado”, 2ª Edição Revista, Almedina, 2016, pág. 963.

¹² TONINI, Paolo, “Diritto processuale penale. Manuale breve. Tutti il programma d’esame con domanda e risposte”, Giuffrè, 2010, pág. 368: *“(…) il principio di immediatezza (...) non può essere assicurato in modo assoluto, senza tenere conti di quelle esigenze pratiche che in determinati casi richiedono di procedere subito all’assunzione della prova. Infatti non sempre si può attendere la formazione della prova in dibattimento, poiché questo si può svolgere a distanza di tempo dal fatto di reato.”*

Este princípio significa que apenas as provas produzidas ou discutidas oralmente na audiência de julgamento podem servir de fundamento à decisão. Atualmente é algo que está presente em praticamente todos os sistemas processuais europeus, no entanto, até ao séc. XIX o processo era essencialmente escrito.¹³

Este princípio é “*frequentemente subvertido no que respeita à prova documental mediante a substituição da sua leitura em audiência pela declaração de que são dados por lidos*”¹⁴, são exemplo precisamente destas situações, as declarações para memória futura, em que não é exigida a sua leitura para efeitos de formação da convicção do tribunal, algo que é defendido maioritariamente quer pela jurisprudência, quer pela doutrina, algo que também irei abordar.

A oralidade favorece a descoberta da verdade¹⁵, isto porque, a expressão corporal, as reações às perguntas feitas, etc. podem ser muito úteis.

2. DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA

2.1 Natureza e Finalidades

O instituto das declarações para memória futura encontra-se previsto nos artigos 271º, 294º e 320º-1 do CPP, correspondendo respetivamente, à fase de inquérito, à fase de instrução e à fase de julgamento.

O artigo 355º, n.º 1 do Código de Processo Penal¹⁶ prevê que “*não valem em julgamento, nomeadamente para efeito de formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência*”. No entanto, no seu n.º 2 prevê que “*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.*” Nomeadamente no artigo seguinte, 356º n.º 2, alínea a), encontram-se previstas

¹³ Cfr. DA SILVA, Germano Marques, “Curso de Processo Penal I- Noções Gerais, elementos do processo penal”, pág. 104.

¹⁴ Cit. DA SILVA, Germano Marques, “Direito Processual Penal Português”, Do procedimento (Marcha do processo), Universidade Católica Editora, vol. III, Lisboa, 2015, pág. 213.

¹⁵ Cit. DA SILVA, Germano Marques, “Curso de Processo Penal I- Noções Gerais, elementos do processo penal”, pág. 104.

as declarações para memória futura, ou seja, entende-se que estas representam uma exceção ao disposto no artigo 355º do CPP.

A finalidade deste instituto é, portanto, permitir que, excepcionalmente, o juiz de instrução no decurso do inquérito ou da instrução, proceda à inquirição de uma testemunha de modo a que o seu depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento.

Trata-se, portanto, de um mecanismo que permite aumentar os níveis de eficácia na fixação e validação probatória em matéria penal,¹⁷ desde logo, porque permite de certa forma acautelar a produção de determinadas provas que de outro modo se poderiam “perder” devido ao decurso do tempo. Representam um modo de produção antecipada da prova, isto porque, nas palavras de Alberto dos Reis¹⁸, “pode suceder que a produção de determinada prova apresente caráter de urgência incompatível com a espera do momento normal e oportuno da audiência de julgamento”, apontando este autor o *periculum in mora*, como fundamento deste instituto. Nestes casos, existe o justo receio de perda de prova e, caso não existisse este instituto, “prejudicar-se-iam gravemente as garantias de apuramento da verdade”¹⁹. No entanto, segundo Damião da Cunha «a aquisição antecipada da prova não deve ser entendida unicamente como uma “mera” forma de conservação da prova (que estaria em riscos de se perder) antes parece consistir mais num direito que aos sujeitos processuais é conferido de garantir aquela prova.»²⁰

Quanto à natureza deste instituto, como já referi, as declarações para memória futura possuem um caráter excepcional visto que só podem ser tomadas caso sejam observados todos os requisitos legais para a realização da diligência previstos no artigo 271º do CPP caso contrário, podem colidir com princípios estruturantes do direito processual penal como pretendo abordar ao longo da minha tese.

¹⁷ BRAZ, José, “Investigação criminal: a organização, o método, e a prova: os desafios da nova criminalidade”, Coimbra: Almedina, 2009, pág. 126.

¹⁸ DOS REIS, Alberto, “Código de Processo Civil Anotado”, vol. III, 3ª ed., Coimbra Editora, 1981, cit., pág. 332.

¹⁹ VARELA, Antunes Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, “Manual de Processo Civil”, Coimbra Editora, 1984, cit., pág. 468.

²⁰ Cit. DA CUNHA, Damião, “O Regime Processual de Leitura de Declarações na audiência de Julgamento (arts. 356º e 357º do CPP) (algumas reflexões à luz de uma recente evolução jurisprudencial)”, RPCC, Ano 7, fascículo 3, julho-setembro, 1997, págs. 408 e 409.

2.2 Fundamentos da antecipação e evolução das declarações para memória futura no ordenamento jurídico português

O instituto das declarações para memória futura nem sempre se desenhou nos moldes que hoje conhecemos, tendo-se verificado um crescendo na sua importância e utilização.

Atualmente, os fundamentos da tomada de declarações para memória futura previstos no art. 271.º, n.º 1 do CPP são:

- 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 de catálogo (contra a liberdade e autodeterminação sexual, crime de tráfico de pessoas e crime de tráfico de órgãos);

Relativamente aos dois primeiros fundamentos da antecipação da prova, estes remontam já à altura das ordenações Filipinas que aludiam a testemunhas “que são muito velhas, ou enfermas de grande enfermidade, ou são aviadas para se partir para fora do Reino”²¹.

Contudo, o instituto nem sempre encontrou previsão normativa no nosso sistema jurídico criminal. O CPP de 1929 não consagrava o instituto de produção antecipada de prova, mas, quer a doutrina, quer a jurisprudência concordavam no sentido de que em processo penal eram aplicáveis as disposições do CPC em relação a esta matéria. Permitia-se deste modo recorrer ao regime da produção antecipada da prova previsto nos artigos 520.º e 521.º (atuais 419.º e 420.º) do CPC sendo que, este código também sofreu alterações²² no que diz respeito a esta questão. No entanto, desde o Código de 1961, até ao presente, possui a fórmula geral “justo receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas”, exigindo a verificação de determinados pressupostos enumerados no artigo 420.º do CPC. Nas palavras de Alberto dos Reis “fórmula geral suficientemente maleável para abranger, além dos casos expostos, outros que possam surgir e sejam de molde a justificar a antecipação da prova.”²³

²¹BUCHO, Cruz, “Declarações para memória futura (elementos de estudo)”, 2012, pág. 28, disponível em: http://www.trg.pt/ficheiros/estudos/declaracoes_para_memoria_futura.pdf.

²² Para este efeito ver a bibliografia citada por Cruz Bucho, ob. cit., pág. 6 e págs. 28 e 29., sobre a produção antecipada de prova no âmbito do processo civil.

²³ DOS REIS, Alberto, “Código de Processo Civil Anotado”, pág. 333.

No que diz respeito à matéria criminal, o primeiro esboço legislativo-criminal do instituto das declarações para memória futura, claro que muito diferente do que conhecemos hoje, foi conduzido pelo Decreto-Lei n.º 605/75, de 3 de novembro, onde se previa “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. Acrescentando-se 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”.

Com a publicação do CPP aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de novembro, foi expressamente previsto no artigo 271.º o instituto das declarações para memória futura o qual previa 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, de modo que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento”.

Esta norma viria, todavia, a ser objeto de alteração em 1998, através da Lei n.º 59/98, de 25 de agosto, abrangendo “bem como nos casos de vítimas de crimes sexuais”²⁴, o que veio alargar substancialmente o campo de aplicação do instituto das declarações para memória futura.

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 redação do artigo 271.º do CPP sofreu uma significativa alteração alargando ainda mais o catálogo de crimes que admitem a tomada destas declarações, passando a estar incluído nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, o crime de tráfico de pessoas.

Outra das novidades introduzidas pela revisão de 2007, no que diz respeito aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, foi que a realização de tal ato processual passou a ser obrigatória quando estejam em causa vítimas menores de 18 anos²⁵ e a omissão

²⁴ Sobre esta alteração legislativa, LOPES, Mouraz, “Garantia Judiciária no Processo Penal”, Coimbra editora, 2000, págs. 44-46, e “O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para memória futura”, Sub Judice, n.º26, outubro/dezembro, 2003, pág. 16.

²⁵ Proposta de Lei n.º 109/X, que esteve na base da Lei n.º 48/2007.

de tomada de declarações para memória futura do menor constitui, agora, uma nulidade sanável do artigo 120.º, n.º 2 alínea d), uma vez que se trata de ato legalmente obrigatório do inquérito.

A mais recente alteração ao artigo 271.º do CPP foi trazida pela Lei n.º 102/2019 de 6 de setembro, ao acrescentar como fundamento da tomada das declarações para memória futura, o crime de tráfico de órgãos humanos.

Além destes fundamentos que se encontram expressamente previstos no art. 271.º, existem outros casos em que é possível recorrer ao instituto das declarações para memória futura, no entanto, estão consagrados em legislação avulsa, nomeadamente na Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro e na Lei n.º 93/99, de 14 de Julho. No meu entender, podem ser considerados como fundamentos atípicos deste mecanismo, fundamentos estes que irei desenvolver mais adiante.

Portanto, o recurso a este instituto prendesse essencialmente por duas ordens de razões, por um lado, a previsível impossibilidade de comparência à audiência de discussão e julgamento derivada de doença grave ou deslocação para o estrangeiro cujo depoimento se afigura necessário para o apuramento da verdade e, por outro lado, a especial vulnerabilidade das vítimas em determinados tipos de crime de modo a garantir a sua proteção e a genuinidade das suas declarações.

2.2.1 Juízo de Prognose

Decidi abordar estes dois primeiros fundamentos juntos porque, apesar de advirem de circunstancialismos diferentes, têm como pressuposto “*a existência de um juízo de prognose (previsivelmente), quanto a uma impossibilidade (futura) de o declarante estar presente na audiência de julgamento ou, eventualmente, subsistir receio de o declarante não ter as faculdades necessárias para prestar declarações, no momento da audiência de julgamento*”²⁶, ou seja, quando são invocados os fundamentos da doença grave e da deslocação para o estrangeiro é necessário que no requerimento para a realização da prova

²⁶DA CUNHA, Damião “o Regime Processual de Leitura de Declarações na audiência de Julgamento (arts. 356º e 357º do CPP) (algumas reflexões à luz de uma recente evolução jurisprudencial)”, pág. 407.

antecipada se justifique a previsibilidade da pessoa a inquirir não poder comparecer em audiência de julgamento.²⁷

Nestes casos, a tomada de declarações para memória futura visa a preservação da prova que poderá revelar-se essencial para a descoberta da verdade material.

No entanto, como refere Cruz Bucho, pode acontecer que a impossibilidade de a testemunha ser ouvida em julgamento seja imprevisível, seja porque a testemunha morre ou adoece gravemente, ou, porque se ausenta para parte incerta durante a pendência do processo.²⁸ Nestas situações, Damião da Cunha entende que esses depoimentos prestados perante o Ministério Público só poderão ser valorados “*caso não tenha sido processualmente possível, por qualquer razão recorrer ao mecanismo da aquisição antecipada*”.²⁹ Ora, para evitar a violação do princípio do contraditório, é necessário que estes depoimentos sejam lidos e é o que prevê o n.º 4 do art. 356.º do CPP, “*É permitida a reprodução ou leitura de declarações prestadas perante a autoridade judiciária se os declarantes não tiverem podido comparecer por falecimento, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade duradoura, designadamente se, esgotadas as diligências para apurar o seu paradeiro, não tiver sido possível a sua notificação para comparecimento.*” É de ressaltar, que apenas excepcionalmente isto pode acontecer, ou seja, sempre que seja previsível a ocorrência de alguma destas situações, deve-se recorrer, logo que possível, à recolha de prova antecipada, caso contrário, abriria espaço para situações em que o Ministério Público poderia utilizar declarações recolhidas unilateralmente durante a investigação, sem as sujeitar a uma base contraditória entre as partes.

a) Doença grave e deslocação para o estrangeiro

Relativamente ao fundamento da doença grave, o termo doença, previsto no artigo 271.º, n.º1, do Código de Processo Penal compreende tanto a doença física como a doença

²⁷ Cfr. “Declarações para memória futura e Prova em Processo Penal”, Trabalhos do 2º ciclo do 33º Curso, Centro de Estudos Judiciários, outubro 2020, pág. 49.

²⁸ Cfr. BUCHO, Cruz, “Declarações para memória futura (elementos de estudo)”, pág. 33.

²⁹ DA CUNHA, Damião, “O Regime Processual de Leitura de Declarações na audiência de Julgamento (arts. 356º e 357º do CPP) (algumas reflexões à luz de uma recente evolução jurisprudencial)”, pág. 413.

psíquica³⁰ não se reportando ao mero impedimento físico-motor que impeça a testemunha de se deslocar, sozinha ou acompanhada, ao tribunal para prestar declarações, pois para estes casos existe outro mecanismo de tomada de declarações no domicílio, prevista no art. 319.º do CPP. Todavia, também não é exigível que se trate de uma doença de tal gravidade que seja expectável causar a morte da testemunha³¹. No fundo, o que se exige é que a gravidade da doença, previsivelmente, impeça a testemunha de ser ouvida em tribunal. É de frisar que o estado de doente tem de ser atual, ou seja, tem de verificar-se à data da realização da diligência.

No fundo, este fundamento de antecipação de prova tem sido pacífico na jurisprudência produzida como podemos perceber pela leitura do Acórdão da Relação de Coimbra de 9-11-1999 (relator António Geraldes)³² e do Acórdão da Relação do Porto de 19-03-2009 (relator Mário Fernandes)³³.

No que diz respeito ao fundamento da deslocação para o estrangeiro, este fundamento exige-se que esta deslocação seja por tempo prolongado cuja durabilidade transcenda a data previsível do julgamento ou por um período indeterminado, sem data de regresso³⁴.

Constitui um instrumento útil em crimes de lenocínio ou tráfico de pessoas, onde as mulheres exploradas, normalmente cidadãs estrangeiras em situação ilegal, após

³⁰PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, 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, cit. pág. 684, incluindo no conceito de doença “as perturbações psíquicas graves derivadas de estados obsessivos-compulsivos, estados de pânico ou fobias, estados dolorosos crónicos, doenças nervosas e depressivas, esquizofrenia, toxicod dependência, alcoolismo e senilidade”.

³¹ Segundo Pinto de Albuquerque, ob.cit. pág. 684, “a gravidade mede-se pelo efeito inibidor da doença na pessoa, isto é, pelo efeito de inibição de um depoimento plenamente livre e consciente, no uso de todas as faculdades mentais da testemunha.” Além disto, na pág. 685, o autor argumenta que a doença pode ser física permanente, pode ser psíquica crónica ou degenerativa, ou de efeito intermitente em que haja risco considerável de novo episódio da doença.

³² **Proc. n.º 2794-99:** Segundo este acórdão “justifica-se a inquirição antecipada de uma testemunha quando, sem ninguém pôr em causa, se alega que tem 78 anos de idade, sofre gravemente do coração, tem estado internado por diversas vezes, devido ao seu grave estado de saúde, que a mesma tem conhecimento direto dos factos, por ter vivido no prédio reivindicado e ser familiar de dois Autores, e que, falecendo a testemunha, se perderá por completo o seu contributo para a descoberta da verdade”.

³³ **Proc. n.º 59/07.0TBMSF-B.P1:** Neste acórdão “atendo-nos à idade da referida testemunha (77 anos)-ultrapassando já o período médio de vida previsto para pessoas do sexo masculino do nosso país- e ao seu estado de saúde, o qual tenderá a agravar-se com o decorrer do tempo, por força dos diabetes e hipertensão arterial de que padece, sendo de presumir uma progressiva perda da sua capacidade auditiva, tudo aponta, dentro de um critério de normalidade para um quadro circunstancial que necessariamente irá influenciar na clarividência e utilidade do depoimento a prestar, bem como na formação da convicção do tribunal”.

³⁴ Cfr. PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, in” Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, pág. 685.

desmanteladas as redes, são extraditadas³⁵ para os países de onde são originárias, sendo que, os seus depoimentos na maior parte dos casos podem revelar-se de extrema utilidade para a produção da prova.

Além disso, tendo em conta o crescente fluxo de cidadãos estrangeiros e emigrantes que visitam o território português e a morosidade judiciária que se sente no ordenamento jurídico português, torna-se por vezes impossível conciliar estes dois fatores para a realização da audiência de discussão e julgamento.

Porém, o campo de aplicação deste instituto torna-se um pouco marginal quando estamos perante deslocções no seio da União Europeia tendo em conta a facilidade e a rapidez dos transportes que atualmente existe e, especialmente, o reforço dos mecanismos de cooperação entre os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Relativo ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados-Membros da União Europeia prevê no art. 10.º que “caso uma pessoa se encontre no território de um Estado Membro e deva ser ouvida, na qualidade de testemunha ou de perito, pelas autoridades judiciárias de outro Estado Membro, este último, se não for oportuna ou possível a comparência física no seu território da pessoa a ouvir, poderá solicitar que a audição seja efetuada por videoconferência, nos termos dos n.ºs 2 a 8”.

2.2.2 Crimes de catálogo

Quando estamos perante crimes de catálogo, a tomada de declarações para memória futura tem como objetivo principal evitar a vitimização secundária. No entanto, não é este o único objetivo. Em Itália, Paolo Tonini defende que: “(...) *la ratio dell’incidente è duplice: da un lato, vi è l’esigenza (che riteniamo prevalente) di permettere un controllo sulla credibilità ed attendibilità della deposizione della persona offesa nel momento in cui la memoria non há ancora subito quelle deformazioni che se verificano inevitabilmente in situazioni del genere com il passaggio del tempi; da un altro lato, vi è l’esigenza di ridurre, in favore della medesima persona offesa, lo stress da esposizione al processo.*”³⁶ Ou seja, não só pretende proteger as vítimas no sentido de reduzir o stress causado pela exposição ao julgamento, como também controlar a credibilidade e a fiabilidade do

³⁵ Acórdão da Relação de Coimbra, de 20-5-2009 (proc.º n.º 5/02.7ZRCBR.C1, relator Vasques Osório).

³⁶ TONINI, Paolo, “*Diritto processuale penale. Manuale breve*”, pág. 370.

depoimento/testemunho da pessoa ofendida num momento em que a memória ainda não sofreu deformações que inevitavelmente ocorrem em crimes deste tipo.

a) A vítima de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual

Segundo Mouraz Lopes é importante reter num primeiro momento que “a prova, no âmbito da criminalidade sexual³⁷, passa essencialmente pelas declarações da vítima, sendo tais declarações absolutamente fundamentais ao desenrolar das próprias investigações”³⁸, apelidando-as, o autor, como a “prova rainha”.

Como tal, o recurso a declarações para memória futura neste tipo de crimes, ou seja, a admissibilidade de restringir o interrogatório da vítima de crimes a um único momento em todo o processo visa essencialmente a proteção da vítima e evitar o fenómeno da vitimização secundária ³⁹que pode ocorrer ao “sujeitar as vítimas a interrogatórios sucessivos e quase sempre traumatizantes que o rememorar dos factos em questão encerram.”⁴⁰

Além do já referido, o recurso a este instituto é importante para “fixar os elementos probatórios relevantes a partir do primeiro relato presumivelmente mais próximo e espontâneo, evitando o perigo de contaminação da prova”.⁴¹ Torna-se bastante importante a nível probatório também tendo em conta que as vítimas tendem a não verbalizar de forma exaustiva o sucedido, recorrendo antes a retalhos de memória seletivos ou simplesmente remetem-se a um penoso silêncio, recatando a traumática experiência de que foram vítimas⁴².

Na minha opinião, tendo em conta o tipo de crime que está aqui em causa, a tomada de declarações para memória futura deveria ter sempre lugar sem a presença do arguido, caso este já se encontre constituído. Devido á sensibilidade do tipo de crime, acho que a vítima

³⁷ Este conceito abrange os crimes tipificados nos artigos 163º a 176º do Código Penal.

³⁸ Cfr. LOPES, Mouraz “O interrogatório da vítima nos crimessexuais: as declarações para “memória futura”, pág. 17.

³⁹ Ponto 1.3 da Recomendação 8, de 14-6-2006, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, “Entende-se por vitimização secundária aquela que não resulta diretamente da conduta criminosa, mas da resposta dada á vítima pelas instituições e pelos indivíduos.”

⁴⁰ Cfr. LOPES, Mouraz, “O interrogatório da vítima nos crimessexuais: as declarações para memória futura”, pág. 17.

⁴¹ Cfr. BUCHO, Cruz in “Declarações para memória futura – elementos de estudo”, pág. 38.

⁴² OLIVEIRA E SILVA, Sandra, in “A Protecção de Testemunhas no Processo Penal”, Coimbra Editora, 2007, pág. 29.

não deve ser exposta a esta situação. Além disso, o princípio do contraditório não seria violado porque estaria presente o defensor do arguido.

b) Crime de tráfico de pessoas

O crime de tráfico de pessoas é um crime muito complexo desde logo, porque este tipo de ilícito surge como instrumental de outros crimes e, porque o seu modo de execução, em determinados casos, pode ser suscetível de integrar também outros crimes. Como exemplo disto temos as situações em que o agente trafica as pessoas para as, poder explorar sexual ou laboralmente, ou quando as trafica através de ameaça grave ou rapto.

Posto isto, este tipo de procedimento é tão aconselhável como essencial, tendo em conta a extrema mobilidade das vítimas que pretendem mudar de paradeiro, de modo a fugir dos exploradores, e também para evitar possíveis pressões que poderão vir a sofrer por parte destes.⁴³ As vítimas deste tipo de crime são sujeitas a condições extremas, sofrem abusos físicos e psicológicos e, é normal que tenham receio de testemunhar contra os agressores, até porque na maior parte dos casos, este crime é praticado por redes criminosas.

Este fundamento, tal como nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, não tem como pressuposto a impossibilidade futura de comparecer à audiência de julgamento, mas sim a proteção da vítima. De facto, como afirma 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”.⁴⁴

c) Crime de tráfico de órgãos

A Lei n.º 102/2019 de 6 de setembro de 2019, acolheu as disposições da Convenção do Conselho da Europa contra o Tráfico de Órgãos Humanos, adotada em Santiago de Compostela a 25 de março de 2015, aprovada e ratificada em Portugal a 7 de agosto, que veio alterar o Código Penal e o Código de Processo Penal.

⁴³SIMÕES, Euclides Dâmaso, “Tráfico de Seres Humanos: prevenção e repressão á luz do protocolo Adicional á convenção de Palermo”, in Julgar online-2009, pág. 11.

⁴⁴ Cfr. OLIVEIRA E SILVA, Sandra, “A proteção de testemunhas no Processo penal”, cit. págs. 111 e 112.

O tráfico de órgãos viola a dignidade humano e o direito à vida e constitui uma ameaça grave para a saúde pública.

Este instrumento internacional assenta em três pilares fundamentais- a criminalização do tráfico de órgãos, o reforço da cooperação internacional e a proteção das vítimas e das testemunhas.

As disposições desta convenção exigem aos Estados Partes a criminalização da extração ilícita de órgãos humanos de dadores vivos ou mortos, caso a extração seja levada a cabo sem o consentimento livre, informado e específico do dador ou, no caso de dadores mortos, sem que a extração seja autorizada pelo direito interno. O que se pretende evitar, para além da extração fora das condições legais, é a comercialização ou utilização por qualquer modo de órgãos humanos fora dos estabelecimentos de saúde reconhecidos nos Estados.

Desde logo, aditou o artigo 144.º-B ao Código Penal autonomizando o crime de tráfico de órgãos, punindo este crime com pena de prisão de 3 a 10 anos e alterou o artigo 1.º do CPP, ao inserir este crime na criminalidade altamente organizada (alínea m), atribuindo-lhe natureza pública, tendo o Ministério Público sempre legitimidade para promover o processo penal.

Relativamente à proteção das vítimas, consagra nos artigos 87.º, 88.º e 271.º do CPP, o segredo relativo à identidade da pessoa, a impossibilidade de gravação e reprodução de depoimentos no exterior e a possibilidade de prestação de declarações para memória futura. As vítimas deste crime são consideradas vítimas especialmente vulneráveis visto que, muitas vezes, são exploradas por associações criminosas altamente organizadas.

Como tal, a possibilidade de recurso ao mecanismo de declaração para memória futura visa precisamente a proteção das vítimas, poupando-a ao trauma de reviver vezes sem conta os acontecimentos e ao constrangimento inerente à solenidade e formalismo de uma audiência de julgamento.

d) O particular caso das crianças enquanto vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual

Quando estão em causa crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual em que a vítima é menor, paralelamente à ação penal pode (e deve) decorrer um processo de promoção e proteção do menor, nos termos da Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, a Lei de Proteção de

Crianças e Jovens em Perigo. Apesar das dificuldades decorrentes da distinta natureza dos processos, as autoridades competentes devem lançar mão de iniciativas e mecanismos legais que assegurem o superior interesse do menor, desde logo, assim que possível, a realização da diligência das declarações para memória futura. O critério do interesse superior da criança é um conceito jurídico vago e indeterminado, mas só assim o legislador permite que a norma se possa adaptar à variabilidade e imprevisibilidade das situações da vida.

Como já referi anteriormente, com a revisão processual penal de 2007 passou a ser obrigatória, no caso de crime sexual, a inquirição do ofendido menor na fase de inquérito, como podemos concluir pela leitura do artigo 271.º n.º 2 do CPP, a qual se apresentava facultativa na anterior lei. Posto isto, as declarações para memória futura não são, nesta situação, um meio de obtenção antecipada de prova, com validade em sede de julgamento que depende da iniciativa de um dos sujeitos processuais (como acontece nos casos do n.º 1 do artigo 271.º), mas uma diligência que é obrigatoriamente efetuada na fase de inquérito.⁴⁵

Sendo esta diligência obrigatória, assinala Pinto de Albuquerque que, a omissão de tomada de declarações para memória futura do menor, constitui uma nulidade sanável do artigo 120.º, n.º 2 al.d), uma vez que se trata de ato legalmente obrigatório do inquérito⁴⁶.

As declarações para memória futura revelam-se nestes casos um instrumento que pode mitigar, em parte, os riscos da vitimização secundária e de distorção probatória até porque “em crianças de tão tenra idade, não só a memória se torna rapidamente difusa, mas também que são progressivamente maiores os riscos de fabulação, que podem levar o menor a contar o que lhe dizem ter acontecido, em vez do que viu e viveu”.⁴⁷

São diversos os diplomas internacionais que marcaram e traçaram o caminho para a construção do direito nacional e que se revelaram bastante importantes para estabelecer os traços gerais sobre a perceção da criança enquanto vítima e testemunha no âmbito dos processos criminais. No entanto, há um instrumento internacional ao qual se deve conferir um maior destaque, a Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, assinada em Lanzarote no dia 25 de outubro de

⁴⁵DO CARMO, Rui, “Declarações para memória futura- crianças vítimas de crimes contra a liberdade a autodeterminação sexual”, RMP, n.º134, Ano 34, abril-junho, 2013, pág. 125.

⁴⁶ Cfr. PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, in” Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, pág. 687.

⁴⁷ Cit. Acórdão da Relação do Porto de 19-1-2005, processo n.º 0510063 (ainda antes da revisão de 2007), relator Fernando Monterroso.

2007, comumente designada por “Convenção de Lanzarote” que entrou em vigor em Portugal no dia 1 de dezembro de 2012. O artigo 35.º desta Convenção contém um conjunto de normas que devem ser respeitadas relativas à “audição da criança”, nomeadamente o facto de estas terem lugar em “instalações adequadas ou adaptadas para esse efeito” e “o número de audições seja limitado ao mínimo e na estrita medida do necessário à evolução do processo” tendo em conta que “o recontar dos factos de que foi vítima poder despoletar a expressão de sentimentos extremamente intensos e emotivos acerca desta experiência traumática”.⁴⁸ O problema surge quando este critério não é respeitado, o que infelizmente não é raro, visto que, a inquirição da vítima, mormente, da criança, muitas vezes, ocorre em diversos momentos e por diversas entidades/pessoas, seja por órgãos de polícia criminal, seja por entidades com responsabilidade na proteção, seja por médicos, seja pelo Ministério Público.

De acordo com a Convenção de Lanzarote, como já referi anteriormente, a audição da criança deve ser feita em instalações próprias para o efeito e foi o que o legislador nacional transpôs no n.º4 do artigo 271.º do CPP “*nos casos previstos no n.º2, 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 ato processual por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito*”.

O legislador com a formulação desta norma teve em conta sobretudo, a garantia da espontaneidade e sinceridade das respostas e, subsidiariamente, a tentativa de evitar o impacto psicoemocional da participação direta da criança em tribunal.

Visto que os tribunais não dispõem de locais adequadas para o efeito, em princípio, a tomada de declarações, deverá ocorrer no gabinete do juiz, de modo a criar o ambiente o mais informal possível, aconselhando-lhe até os intervenientes (juiz, Ministério Público, defensores) a não utilizarem o traje profissional. A questão é que, na prática nem sempre é o que acontece. Isto porque no art. 271º não está delimitada nenhuma faixa etária e no meu entender não o deveria de estar. No entanto, quando se trata de menores com idades compreendidas entre os 14 e os 17 anos, a tendência é achar que estes já têm outra

⁴⁸DO CARMO, Rui, in “Declarações para memória futura e a Convenção de Lanzarote”, Boletim da Ordem dos Advogados, vol. 1, n.º 127, junho, 2015, cit. pág. 17.

compreensão das coisas e acabam mesmo por fazer com que o menor vá a tribunal, o que na minha opinião não é correto. É certo que a percepção das crianças nesta idade muitas vezes já é diferente, contudo, se o instituto não faz distinção nem delimita as idades, as regras deveriam ser aplicadas exatamente da mesma forma.

Noutros ordenamentos jurídicos como a Escócia, Alemanha e Canadá já existem locais próprios para a realização desta diligência, designadas a “Câmara de Gesell”⁴⁹ que consiste numa sala em que uma das paredes é de vidro unidirecional e decorada de acordo com as finalidades a que se destina, de modo que o menor não se aperceba que está a ser observado por outras pessoas sem ser o profissional que está consigo no interior da sala. Os sujeitos processuais encontram-se no exterior da sala, observando o que se vai passando no seu interior e o técnico especializado que se encontra com a criança faz à criança as perguntas que o juiz lhe dirige pelo intercomunicador, podendo os demais intervenientes formular perguntas adicionais. As vantagens deste método são muitas, Desde logo cumpre na perfeição o critério do ambiente informal e reservado permitindo obter uma maior espontaneidade e sinceridade nas respostas do menor. O menor acaba se calhar por se sentir mais confortável no relato do que verdadeiramente aconteceu visto que apenas está acompanhado pelo técnico especializado. A própria forma de abordar o menor também será diferente do que ser um juiz visto ter outro tipo de formação para trabalhar com crianças. No entanto, é certo que este mecanismo poderá colidir com a estrutura da diligência prevista no art. 271.º do CPP. Vejamos, o nº 5 e 6 deste artigo prevê que sejam o juiz, o defensor do assistente, o defensor do arguido e o MP a formular diretamente as perguntas à criança, neste caso seria apenas o técnico especializado. Na minha opinião, desde que todos tenham a possibilidade de colocar as questões que pretendiam, não estão a ser violados os princípios estruturantes do processo penal.

No nosso ordenamento jurídico, mais concretamente, no art. 271.º do CPP, não se encontra expressamente previsto que a tomada de declarações para memória futura ocorra sem a presença do arguido, no entanto, parece-me que, tendo em conta o tipo de crime e a idade da vítima, é óbvio e sei também que é o que acontece na prática. No entanto, em Espanha, a *Ley Organica 8/2006*, de 4 de Dezembro estatui expressamente que:” *La*

⁴⁹ Esta foi projetada pelo psicólogo e pediatra americano Arnold Gesell (1880-1961) para observar o comportamento em crianças sem ser perturbado ou que a sua presença lhes provocasse alterações comportamentais.

*declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba”.*⁵⁰

Assim sendo, é de concluir que, no que toca à audição de menores ainda existem algumas questões que podem e devem ser melhoradas, especialmente no que toca a infraestruturas visto que em Portugal, o único espaço que existe especialmente concebido para a audição de menores é a designada “Sala DIAP júnior”, instalada no DIAP de Lisboa e inaugurada em 01-06-2010.

Deve ser um técnico especializado a acompanhar a criança que possua o domínio das técnicas necessárias para a ajudar, pois existe um conjunto de problemas relativos ao testemunho da criança, nomeadamente, o facto de a criança estar confusa quando ao que lhe aconteceu, por não conseguir recordar detalhes do acontecimento e a credibilidade do seu testemunho pode até ser posta em causa pelas limitações relativas ao seu processo de desenvolvimento e crescimento.

Contudo, é importante ressaltar, que as declarações para memória futura não são um impedimento à realização de uma “reinquirição” da vítima porque pode acontecer que, com o desenrolar da investigação criminal, seja necessário esclarecer alguma questão que aquando da realização da primeira inquirição se desconhecia.

prova.

e) A lei de proteção de testemunhas (Lei n.º 93/99, de 14 de Julho)

O paradigma da criminalidade sofreu grandes alterações, os criminosos tornaram-se mais sofisticados e organizados e a sua atividade tornou-se mais complexa e eficaz, aumentando as dificuldades no combate e recolha de prova. Existem cada vez mais organizações criminosas, com uma área de atuação nacional e transnacional coberta de intimidação e violência.

Assim, a Lei de Proteção de Testemunhas⁵¹ consagra uma variedade de medidas para proteção de testemunhas em processo penal.

⁵⁰ BUCHO, Cruz, “Declarações para memória futura (elementos de estudo)”, pág. 101.

⁵¹ A partir de agora designada por LPT.

É de frisar que o regime de proteção 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 CPP, mas antes como complementar.

A LPT alarga o conceito de testemunha no artigo 2.º, alínea a) onde define testemunha como “*qualquer pessoa que, independentemente do seu estatuto face à lei processual, disponha de informação ou de conhecimento necessário à revelação, percepção ou apreciação de factos que constituam objeto do processo, de cuja utilização resulte um perigo para si ou para outrem, nos termos dos n.os 1 e 2 do artigo anterior;*”.

Nos artigos 26º a 31º define-se todo o procedimento inerente á audição de testemunhas especialmente vulneráveis onde se salvaguarda a proteção da testemunha através de uma estrutura que minimiza a vitimização secundária através de medidas judiciais que possibilitam a fidedignidade e sinceridade das declarações.

Nomeadamente, no seu artigo 26.º, n.º1 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, definindo no n.º2 que a especial vulnerabilidade da testemunha pode resultar da sua diminuta ou avançada idade, do seu estado de saúde, ou do facto de ter de depor ou prestar declarações contra pessoa da própria família, ou de grupo social fechado em que esteja inserida numa condição de dependência.

O artigo 28.º n.º 2 deste diploma legal prevê 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*”. Esta possibilidade surge como um fundamento atípico para a tomada de declarações para memória futura, já que a especial vulnerabilidade da testemunha não é um dos fundamentos taxativamente previsto no artigo 271.º do CPP.

O regime estabelecido na LPT destaca-se do regime estabelecido no artigo 271.º do CPP logo no seu artigo 28.º ao estabelecer que a testemunha especialmente vulnerável deve ser inquirida “o mais brevemente possível após a ocorrência do crime” , concretiza as funções do técnico que acompanha a vítima no ato processual, possibilita o afastamento da testemunha dos outros intervenientes, nomeadamente do arguido (artigo 29.º alínea a) da LPT), permite que sejam ouvidas com recurso à ocultação de imagem/distorção de voz ou

teleconferência, a partir de local distinto do tribunal (alínea b) e ainda consigna que estas sejam inquiridas exclusivamente pelo juiz, com formulação de perguntas adicionais através daquele (alínea c), ao contrário do que sucede no artigo 271.º número 5 do CPP.

Posto isto, surge a crítica de Sandra Oliveira e Silva⁵² ao artigo 271º do CPP, quando afirma que “este normativo parece desconhecer a disciplina para a proteção de testemunhas especialmente vulneráveis. Há efetivamente uma grande distinção entre a proteção que é conferida às testemunhas pela LPT e a proteção que é conferida pelo artigo 271º do CPP”.

Na minha opinião, concordo com a crítica feita pela autora acima referida visto que, efetivamente o regime previsto na LPT oferece uma maior proteção às testemunhas. No fundo, o art. 271º do CPP acaba por não ser tão específico/descritivo no modo como se procede à tomada de declarações para memória futura, contrariamente ao que sucede da LPT que prevê uma série de regras para a audição da testemunha, o que no meu entender faz todo o sentido. Basta pensarmos em criminalidade violenta e organizada, como muitas vezes sucede com o crime de tráfico de pessoas, qualquer testemunha que se disponha a prestar declarações contra uma rede criminosa, deve-lhe ser assegurada uma proteção máxima, caso contrário, poderá suceder que se perca mesmo o testemunho e não se alcance a descoberta da verdade.

f) O regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica e à proteção e assistência das suas vítimas (Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro) e o Estatuto da Vítima (Lei n.º 130/2015, de 4 de Setembro)

A Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro estabelece o regime jurídico à prevenção da violência doméstica e à proteção e assistência das suas vítimas e, no seu artigo 33.º prevê um regime autónomo para a prestação de declarações para memória futura das vítimas de violência doméstica, estabelecendo como requisito único a apresentação de um requerimento pela vítima ou pelo MP.

O n.º1 do art. 33.º estabelece que “*o juiz, a requerimento da vítima ou do Ministério Público, pode proceder à inquirição daquela no decurso do inquérito, de modo a que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento*”, ou seja, concluímos logo por este preceito que a tomada de declarações para memória futura nos casos de

⁵² Cfr. OLIVEIRA E SILVA, Sandra, “A proteção de testemunhas no Processo penal”, cit. pág. 112.

violência doméstica não decorre *ope legis*, não é obrigatória, ao contrário dos casos do artigo 271.º n.º2 do CPP.

Além disso, é de destacar que o art. 33.º deste diploma apenas se refere a declarações para memória futura “no decurso do inquérito”, não existindo nesta lei qualquer preceito que se refira à fase de instrução. Podemos concluir, portanto, que, a inquirição antecipada da vítima da violência doméstica não se encontra expressamente prevista em sede de instrução.

Relativamente à Lei nº 130/2015, de 4 de setembro, esta instituiu a vítima como sujeito do processo penal.

O termo vítima aplica-se aos indivíduos que sofrem diretamente com as consequências dos crimes. O estudo da “vitimologia” surgiu apenas na segunda metade do século XX e o objeto de estudo desta disciplina centra-se na relação que se estabelece entre a vítima e o agente do crime e nomeadamente, as sequelas resultantes do ato que agrediu o bem jurídico protegido.

Foi com o estudo desta disciplina que a vítima do crime alcançou a posição de relevo na qualidade de sujeito processual, pois antes apenas assumia um papel secundário como testemunha. É, como tal, titular de direitos processuais, cuja utilização depende da assunção da qualidade processual de assistente ou de parte civil, e, portanto, pode contribuir e influenciar a tramitação do processo e a sua decisão final.

A decisão-quadro do Conselho, de 15 de março de 2001, regula a posição da vítima de crime no respetivo processo criminal e define o seu conceito, bem como o seu estatuto processual, prevendo no seu art. 1.º alínea a que será entendida como vítima “*a pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um dano moral, ou uma perda material, directamente causadas por acções ou omissões que infrinjam a legislação penal de um Estado-Membro*”.

Desde logo, a referida lei aditou ao CPP o art. 67º-A, que no seu nº1 alínea b) define como vítimas especialmente vulneráveis “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”.

Ademais, prevê no seu art. 24.º 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”.

Decidi abordar estas duas leis juntas porque a verdade é que, este regime de proteção das vítimas de violência doméstica encontra-se estritamente ligado à Lei n.º 130/2015, de 04/09, no âmbito do estatuto da vítima especialmente vulnerável. Isto porque a vítima de violência doméstica terá de ser sempre considerada uma vítima especialmente vulnerável, na minha opinião.

Neste sentido, vejamos o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 04-06-2020⁵³, e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22-09-2021 (Proc. n.º 526/21.2PIVNG-A.P1)⁵⁴, relator José Piedade, que achei muito interessantes no que concerne a esta questão.

No primeiro acórdão, relembram que a Lei n.º 130/2015, de 04/09 veio alargar o âmbito de aplicação das declarações para memória futura às testemunhas especialmente vulneráveis, independentemente do tipo de crime, originando a atual redação do art. 67º-A alínea b) do CPP. Concluem, portanto, que, *“Neste contexto, o n.º 3 do Art. 67º-A, por efeito da remissão do art. 1º alínea i) CPP, é peremptório ao afirmar que as vítimas do crime de violência doméstica são sempre vítimas especialmente vulneráveis.”*⁵⁵

Já o segundo acórdão, entende que o art. 33º da Lei n.º 112/2009, de 16/09 constitui uma norma especial/paralela á norma excecional do regime geral porque regula um setor restrito de casos. No entanto, também considera que o art. 24º/1 da Lei n.º 130/2015, de 04/09 também se trata de uma norma especial tendo em conta que regula um setor restrito de casos, nomeadamente, as vítimas especialmente vulneráveis.

Posto isto, conclui que, «sendo invocado o estatuto de “especial vulnerabilidade” das eventuais vítimas de violência doméstica, não é admissível indeferir a tomada de declarações para memória futura com base na inexistência de “razões especiais para que se proceda à tomada de declarações para memória futura” ... o requerimento apenas poderia ser

⁵³ Ac. TRL de 04-06-2020 (Proc. n.º 382/19. 0PASXL-A.L1), elaborado eletronicamente por Celeste Simões, disponível em https://www.pgdlisboa.pt/jurel/jur_mostra_doc.php?nid=5694&codarea=57.

⁵⁴ Ac. TRP de 22-09-2021 (Proc. n.º 526/21.2PIVNG-A.P1), relator José Piedade, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

⁵⁵ Cit. Ac. TRL de 04-06-2020.

indeferido se fosse negada a existência de “violência doméstica”, e/ou a situação de “especial vulnerabilidade”». ⁵⁶

No entanto, pela leitura do art. 33º da Lei nº 112/2009, de 16/09, a tomada de declarações para memória futura “não é obrigatória, trata-se de uma possibilidade, um poder e não um dever de o juiz ordenar a inquirição para memória futura da vítima”. ⁵⁷ Até porque sendo um instituto com natureza excepcional, se não respeitar os requisitos legais poderá colidir com princípios estruturantes do processo penal, como o princípio da publicidade, o princípio da imediação e o princípio do contraditório.

A verdade é que o nº3 do art. 67º-A do CPP estabelece que as vítimas de criminalidade violenta e de criminalidade especialmente violenta são sempre consideradas vítimas especialmente vulneráveis para efeitos da alínea b) do nº1 ⁵⁸. Sendo que o art. 1º, al. j) do CPP classifica como 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;*”, ou seja, aqui enquadra-se o crime de violência doméstica que possui uma moldura penal abstrata máxima igual a 5 anos (Art. 152º, nº1 CP).

Além disso, “*Quando apresentada a denúncia da, prática do crime de, violência doméstica, não existindo fortes indícios de que a mesma é infundada as autoridades judiciárias ou os órgãos de policia criminal competentes atribuem à vítima, para todos os efeitos legais, o estatuto de vítima – art. 14º n.º1. A vítima e as autoridades competentes estão obrigadas a um dever especial de cooperação, devendo agir sob os ditames da boa fé art. 14º, nº1. Beneficia a vítima do direito à proteção – Art. 20º. Ora, o dever especial de cooperação e o direito à proteção da vítima também se impõem e se materializam na realização das requeridas declarações para memória futura pelo Juiz a quo.*” ⁵⁹

Assim sendo, coloca-se a questão de saber qual o critério que se deve utilizar na apreciação da pertinência e necessidade de realização de declarações para memória futura. Tendo em conta a especial vulnerabilidade das vítimas deste tipo de crime, tal juízo não pode deixar de ser feito de forma casuística, deve-se observar as especificidades que se fazem

⁵⁶ Cit. Ac. TRP de 22-09-2021.

⁵⁷ Cit. Ac. TRL de 04-06-2020.

⁵⁸ Cit. Ac. TRL de 04-06-2020.

⁵⁹ Cit. Ac. TRL de 04-06-2020.

sentir em cada caso concreto, mas sempre tendo como guia o interesse da vítima. A este propósito, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de janeiro 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”.⁶⁰ Sendo que, “estando os direitos e interesses das vítimas de violência doméstica tutelados, agora, pela Lei n.º 112/2009, neste, poder que é conferido ao juiz está implícito o dever de, à luz das elementares- regras do bom senso e dos respetivos juízos de oportunidade, tudo fazer no sentido de precaver a recolha e a conservação de uma prova que é fundamental, tão fundamental que, muitas vezes, até acaba por ser- a Única.”⁶¹

No entanto, a Diretiva n.º 5/2019 da PGR de 04.12.2019, no ponto IV veio estabelecer que:

“1 — O MMP⁶² da SEIVD⁶³-NAP⁶⁴ requer obrigatoriamente a tomada de declarações para memória futura nas situações de:

- (i) avaliação de risco da vítima de nível elevado;*
- (ii) avaliação de risco da vítima de nível médio associada a circunstâncias que objetivamente sejam suscetíveis de agravar a vulnerabilidade daquela, designadamente qualquer uma das seguintes:*
 - a) aumento do número de episódios violentos e/ou da gravidade dos mesmos, em particular no último mês, acompanhado da convicção da vítima de que o denunciado ou arguido pode matá-la;*
 - b) existência de processo(s) contra o denunciado ou arguido pela prática de crime(s) contra a vida, integridade física ou de ameaça, bem como a repetida verbalização perante familiares ou pessoas próximas da vítima da intenção de a matar.*

2 — Sempre que haja notícia da existência de crianças presentes num contexto de violência doméstica e independentemente de serem aquelas ou não destinatárias de atos de

⁶⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11-01-2012, (Proc. 689/11.5PBPD-3), relator Carlos Almeida.

⁶¹ Cfr. Cit. Ac. TRL de 04-06-2020.

⁶² Magistrado do Ministério Público.

⁶³ Secções Especializadas Integradas de Violência Doméstica.

⁶⁴ Núcleos de Ação Penal.

violência, o MMP da SEIVD -NAP requer obrigatoriamente a tomada de declarações para memória futura das mesmas.”

Segundo André Teixeira dos Santos, *“Pretende-se, pois, não só zelar pelo bem-estar de criança que, não sendo vítima directa da VD, acaba por ser afectada pela mesma, como também afastar as situações ocorridas no passado em que o diferimento da tomada de declarações à vítima desembocou em a Justiça não ter sido eficaz em evitar a morte da mesma em situações em que já havia circunstâncias que indiciavam uma probabilidade séria de esse resultado vir a ocorrer, preservando, deste modo, não só a prova como a recolha de elementos que impulsionem a aplicação de uma adequada medida de coacção ao arguido, mormente se já tiverem sido recolhidos indícios da prática do crime.”*⁶⁵

Concluindo, temos o MMP que é obrigado a requerer a tomada de declarações para memória futura nos casos indicados na Diretiva referida e temos o juiz que deve fazer tudo para precaver a recolha e a conservação de uma prova tão fundamental, por isso, a meu ver, dificilmente pode ser indeferido o requerimento para tomada de declarações para memória futura quando estamos perante uma vítima de violência doméstica. André Teixeira dos Santos vai mais além defendendo que: *“Do mesmo modo que, no regime contido no CPP, a audição, em DMF, de uma testemunha, no inquérito, não constitui um ato submetido à discricionariedade do juiz, no regime previsto no art. 33º do EVD, uma vez requeridas por quem possui legitimidade processual reconhecida por lei para impulsionar a realização dessa diligência, o JIC não terá, à partida, fundamento legal para indeferir o solicitado.”*⁶⁶

A este respeito, a título de curiosidade, a 25 de outubro de 2019, o Bloco de Esquerda apresentou o Projeto de Lei 2/XIV que tinha como objetivo tornar obrigatória, nos casos de violência doméstica, a recolha de declarações para memória futura das vítimas num prazo máximo de 72 horas, defendendo que esta medida *“permite preservar a genuinidade do depoimento em tempo útil num crime em que o testemunho da vítima é vital, em processos de investigação que são complexos e demorados com constantes pressões dos agressores sobre as vítimas para as demoverem dos depoimentos, mas que permite também evitar a repetição da audição da vítima e, assim, protege-la do perigo de revitimização”* e ainda, o

⁶⁵ DOS SANTOS, André Teixeira, “Particularidades das declarações para memória futura no âmbito da criminalidade da violência doméstica”, RPCC, Ano 30, nº2, maio-agosto, 2020, págs. 372 e 373.

⁶⁶ DOS SANTOS, André Teixeira, “Particularidades das declarações para memória futura no âmbito da criminalidade da violência doméstica”,pág. 381.

Projeto de Lei 93/XIV apresentado pelo PAN que pretendia tornar obrigatória a tomada de declarações para memória futura a pedido da vítima ou do Ministério Público. No entanto, estes Projetos de Lei foram rejeitados na Reunião Plenária. Os motivos que essencialmente foram apresentados para esta rejeição foi o facto de não ser correto obrigar as vítimas a prestar declarações contra, eventualmente, a sua vontade até porque põe em causa o direito que assiste à vítima de se escusar a depor nos termos do artigo 134.º do CPP e além disso, parece haver uma contradição uma vez que se propõe que a tomada destas declarações seja requerida pelo Ministério Público ou pela vítima, e das duas uma, ou é a requerimento ou é obrigatória.⁶⁷

2.3 Questões relativas ao procedimento e à realização da diligência

2.3.1 Legitimidade

Tanto na fase de instrução (artigo 294º CPP), como na fase de julgamento (artigo 320º CPP), ou seja, fases processuais dirigidas por um juiz, a recolha de declarações para memória futura pode ser determinada oficiosamente ou a requerimento. Já na fase de inquérito, a intervenção do juiz é necessariamente provocada⁶⁸, ou seja, a produção antecipada da prova nesta fase do processo está dependente do princípio do pedido.⁶⁹

Não obstante, as declarações para memória futura podem ser tomadas quer seja por requerimento, quer seja oficiosamente, em qualquer umas destas fases processuais, sendo que, quando estas ocorrem antes da audiência de julgamento, apesar de as razões subjacentes serem as mesmas que no inquérito e na instrução, a decisão do juiz de ordenar a prestação de depoimento tem de ser devidamente fundamentada como “ *representar um acto urgente (que não se confunde com a eventual natureza urgente do processo, sob pena de a excepção passar a ser a regra em todos os processos de natureza urgente, como é o caso daqueles*

⁶⁷ Disponível em <https://www.parlamento.pt/>.

⁶⁸ DA SILVA, Germano Marques, “Curso de Processo Penal”, vol. III, 2ª edição, reimpressão, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 2006, pág. 157.

⁶⁹ Cfr. MALAFAIA, Joaquim, “O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos atos de instrução e nas declarações para memória futura”, pág. 519.

*cujo objeto é o crime de VD) ou cuja demora possa acarretar perigo para a aquisição ou a conservação da prova, ou para a descoberta da verdade.”*⁷⁰

Posto isto, importa agora referir quem tem a legitimidade para fazer esse requerimento. É importante deixar claro que o recurso ao instituto das declarações para memória futura, nos termos definidos no CPP, está dependente do impulso processual promovido pelo Ministério Público, arguido, assistente ou partes civis (artigo 271º n.º1 CPP), ou seja, ficam excluídos o ofendido e o suspeito. O simples ofendido não constituído assistente e que também não deduziu pedido de indemnização civil, bem como o simples suspeito, carecem de legitimidade para requerer a antecipação da prova.

Na realidade, na esmagadora maioria dos casos, as declarações para memória futura são requeridas pelo Ministério Público, só muito raramente é que estas são pedidas pelo arguido e é compreensível que assim seja. Fora do contexto excecional previsto na 1ª parte do n.º 1 do art. 271.º, o arguido teme que ao requerer a antecipação da prova logo no inquérito, esteja já, de algum modo, a antecipar ou a comprometer a sua estratégia de defesa pois ao dar a conhecê-la ao Ministério Público pode reear que este aprofunde determinados aspetos do inquérito ou direcione a investigação num outro sentido.⁷¹

No domínio da legitimidade, importa chamar a atenção para a Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, (estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas) que prevê no seu art. 33.º um regime formalmente autónomo⁷² para a prestação de declarações para memória futura. No regime geral do art. 271.º do CPP, a vítima apenas dispunha de legitimidade para requerer a realização desta diligência se⁷³ revestisse a qualidade de assistente ou de parte civil. Diferentemente, o art. 33º da lei referida, prevê que o requerimento pode ser feito pela vítima ou pelo Ministério Público, ou seja, atribui legitimidade à vítima mesmo que não se tenha constituído assistente ou parte civil. O objetivo do legislador com esta consagração foi o de reforçar a tutela judicial da vítima, consagrando um direito que visa a tutela judicial da vítima.

Podemos concluir que, se por um lado o art. 33.º reforçou a tutela da vítima, por outro lado, restringiu o âmbito das entidades com legitimidade para requererem a produção

⁷⁰ Cit. DOS SANTOS, André Teixeira, “Particularidades das declarações para memória futura no âmbito da criminalidade da violência doméstica”, pág. 370.

⁷¹ Cfr. BUCHO, Cruz, “Declarações para memória futura – elementos de estudo”, pág. 59.

⁷² Expressão da autoria do Ac. TRL de 11-1-2012, (Proc. n.º 689/11.5PBPDŁ-3), relator Carlos Almeida.

⁷³ Cfr. BUCHO, Cruz, “Declarações para memória futura – elementos de estudo”, pág. 61.

antecipada de prova, retirando-a ao arguido, ao assistente e às partes civis que não assumam a qualidade de vítima. O facto de se ter retirada ao arguido a legitimidade para querer a tomada de declarações para memória futura nos casos de violência doméstica, no meu entender, tem toda a razão de ser. Vejamos “no elenco de crimes previsto no art. 271º-1 a vítima poderá ser ou não próxima do seu agressor, residir ou não com ele, o crime de VD assume particularidades nessa matéria que justifica a opção do legislador. (...) dada a proximidade entre perpetrante e vítima (...) a ascendência que o agressor tem sobre a vítima”.⁷⁴

2.3.2 Requerimento

No diz respeito ao requerimento, o CPP é omissivo quanto aos requisitos desse requerimento. Coloca-se, portanto, a questão de saber se podemos aplicar subsidiariamente o CPC que no seu artigo 420.º, prevê que “*o requerente da prova antecipada justificará sumariamente a necessidade de antecipação, mencionará com precisão os factos sobre que há de recair e identificar as pessoas que hão de ser ouvidas, quando se trate de depoimento de parte ou de testemunhas.*”

Relativamente à necessidade de o requerimento mencionar os factos sobre os quais deve recair a produção antecipada de prova, a única jurisprudência portuguesa que existe a este respeito e que vai no sentido de não admitir a aplicação subsidiária do CPC, é o Acórdão da Relação do Porto de 29-6-2011⁷⁵ que prevê que “*O MP ao promover a tomada de declarações para memória futura, podendo fazê-lo, não está obrigado a descrever os factos sobre que há-de incidir esse depoimento, nem o Juiz pode negar tomada de declarações por falta dessa descrição*”. Uma das razões apresentadas foi que o CPP regula expressamente esta matéria. No entanto, neste caso estamos perante a tomada de declarações para memória futura no âmbito de um crime de abuso sexual de criança, logo, a diligência é obrigatória, e faz sentido não ser necessário descrever os factos sobre o qual deve incidir o depoimento.

Posto isto, quanto aos fundamentos da antecipação, quanto à legitimidade para requerer a antecipação da prova e à estrutura da diligência, não se torna possível o recurso à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil visto que esta matéria se encontra expressamente

⁷⁴ DOS SANTOS, André Teixeira, “Particularidades das declarações para memória futura no âmbito da criminalidade da violência doméstica”, págs. 378 e 379.

⁷⁵ Ac. TRP de 29-06-2011, (Proc. n.º 13391/08.6TDPRT-A.P1), relator José Carreto.

regulada no CPP. No entanto, quanto aos requisitos do requerimento, visto que esta matéria não está regulada expressamente no CPP, já podemos recorrer ao artigo 420.º do CPC. A verdade é que o requerimento de produção antecipada da prova, como em qualquer requerimento, deve conter as indicações indispensáveis para que o juiz possa acolhê-lo ou rejeitá-lo. Como tal, o requerimento deverá conter:

(i) A indicação da prova a produzir, identificando-se as pessoas que devem ser ouvidas e as condições em que tal deverá ocorrer;

(ii) Mencionar os 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 nos casos do n.º 1 do art. 271.º.⁷⁶

Quanto à justificação sumária da necessidade da antecipação há que distinguir os casos previstos no n.º 1 dos previstos no n.º 2 do artigo 271.º do CPP. Nos casos do n.º 1, o requerente tem de convencer o juiz de instrução que se verifica a ocorrência prevista na primeira parte deste artigo e que existe o justo receio de que venha a tornar-se muito difícil a produção da prova em audiência sendo que, como sublinhava Alberto Reis, “*o magistrado não deve ser especialmente exigente na apreciação da prova oferecida... basta que a justificação produzida pelo requerente o habilite a formar um juízo de probabilidade*”⁷⁷. Além disso, será conveniente fazer acompanhar o requerimento de documento comprovativo do alegado. Quanto aos casos de crimes de tráfico de pessoas, contra a liberdade e autodeterminação das pessoas e tráfico de órgãos, em que as declarações para memória futura não são obrigatórias, o requerente deve acentuar a necessidade de proteção da vítima. Por fim, no que diz respeito aos casos do n.º 2, não é necessária qualquer justificação, visto que, a diligência é obrigatória.

Caso estes requisitos não sejam preenchidos, o artigo 271.º do CPP não prevê qualquer consequência para esta inobservância. No entanto, poderá existir indeferimento liminar quando falte em absoluto a indicação do tipo de prova a produzir ou a identificação

⁷⁶ Cfr. BUCHO, Cruz, “Declarações para memória futura – elementos de estudo”, págs. 67 e 68.

⁷⁷ Cfr. DOS REIS, Alberto, “Código de Processo Civil Anotado”, cit., pág. 341.

das pessoas que devem ser ouvidas ou até a justificação sumária da necessidade da antecipação. Nas restantes situações por exemplo, nos casos em que há falta de indicação dos factos sobre os quais deve recair a produção antecipada da prova, o juiz pode convidar o requerente a suprir ou completar os elementos em falta e, caso o requerente não o faça, será proferido despacho de indeferimento.

Havendo indeferimento, importa saber se esta decisão é passível de recurso. Porém, a lei portuguesa é omissa quanto à possibilidade de recurso da decisão que admite ou rejeita a realização de declarações para memória futura. Segundo António Gama, o despacho do juiz que não admite a realização da diligência admite recurso de acordo com a regra geral do art. 399.º do CPP.⁷⁸

2.3.3 A repetição da prova anteriormente produzida

A possibilidade da repetição de prova anteriormente produzida é uma questão que tem suscitado algumas inconsistências judiciárias.

O artigo 271.º, n.º 8 do CPP prevê que “*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*”.

O legislador previu esta possibilidade, no entanto, não deve assumir-se como regra, mas sim atribuir-lhe um carácter excecional, devendo ser analisado caso a caso e aferir se efetivamente as circunstâncias do caso exigem que se reclame nova prestação de declarações. A determinação da repetição de declarações tem de pesar os possíveis efeitos que possam resultar para a pessoa, nomeadamente ter em conta a saúde física e psíquica da vítima.

Tal repetição deve apenas ser motivada pelo facto de terem surgido novos factos ou circunstancialismos adicionais dos que foram objeto de declarações para memória futura, ou seja, a repetição da prova tem de ser considerada como necessária para a descoberta da verdade material e ser possível (artigo 340.º n.º 1 CPP).

⁷⁸ GAMA, António, in “Reforma do Código de Processo Penal: Prova Testemunhal, Declarações para memória futura e Reconhecimento”, RPCC, Ano 19, N.º 3, Coimbra Editora, Julho-Setembro, 2009, pág. 410.

Aqui também o interessado na repetição de tais declarações em sede de audiência de julgamento, deve indicar quais os motivos que justificam a repetição.

António Gama pronunciou-se no sentido de que *“está na competência do juiz de instrução criminal ordenar a repetição da prova anteriormente prestada (...) pelo menos nos casos em que continuando a verificar-se os pressupostos do art. 271.º do CPP, a anterior tomada de declarações padeça de nulidade insanável.”*⁷⁹ Considera-se uma nulidade insanável, a ausência do Ministério Público e a ausência do defensor, pois nestes casos não foram observadas as formalidades legais da diligência. Pode também ocorrer uma nulidade sanável, como por exemplo, a falta de notificação do despacho que designa o dia para a realização da diligência ou ainda, o juiz não ter autorizado o defensor a formular questões adicionais. Nestes casos, a repetição deverá igualmente ocorrer. É de ressaltar que, a repetição da prova nestas situações, está dependente da declaração da nulidade e da manutenção dos pressupostos do art. 271.º do CPP.

No entanto, há que distinguir os casos previstos na primeira parte do n.º 1 do art. 271.º dos casos previstos na segunda parte do referido artigo. Quando falamos na tomada de declarações para memória futura com fundamento em doença grave ou deslocação para o estrangeiro, se eventualmente se verificar que afinal a testemunha pode e tem condições para prestar novamente declarações em audiência de julgamento, a repetição da prova deve ser realizada. Já nos casos em que estamos perante vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, crime de tráfico de pessoas ou crime de tráfico de órgãos, a meu ver, a repetição da prova anteriormente produzida não deve ocorrer, isto porque se a finalidade da tomada de declarações para memória futura, nestes casos, é proteger a vítima e evitar sujeitá-la aos múltiplos relatos do trauma que sofreu, a repetição ia, ao fim ao cabo, esbarrar com esta finalidade.

Coloca-se a questão então de qual será 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 respeito, Cruz Bucho fala de uma inutilidade superveniente, defendendo 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,*

⁷⁹ Cfr. GAMA, António, in “Reforma do Código de Processo Penal: Prova Testemunhal, Declarações para memória futura e Reconhecimento”, cit. págs. 403 e 404.

*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”.*⁸⁰

Consequentemente, as declarações para memória futura anteriormente prestadas podem ser utilizadas para aferir a credibilidade do seu testemunho permitindo apurar eventuais contradições ou discrepâncias ou até para reavivar a sua memória.

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

A questão que agora se analisa é se a tomada de declarações para memória futura pode ter lugar numa altura em que ainda não há arguido constituído e se tais declarações podem ser valoradas contra um arguido que só foi constituído depois da realização destas. A resposta a esta questão tem gerado entendimentos divergentes na doutrina e na jurisprudência.

Na doutrina portuguesa, autores como Damião da Cunha, Joaquim Malafaia, Mouraz Lopes e Vinício Ribeiro, defendem que não é possível a aquisição antecipada da prova sem que haja arguido constituído. 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 do arguido e do seu defensor... efetivando-se o exercício das garantias de defesa essenciais a um processo justo. Aliás, a afetação dos direitos da defesa de uma forma insustentável será afinal o limite da admissibilidade da produção da prova fora da audiência de julgamento (...)*”⁸¹. Mais recentemente, Vinício Ribeiro, após a alteração do art. 271.º, operada pela Lei n.º 48/2007 concluiu que “Em suma, *em face da nova disciplina traçada no presente normativo, as declarações para memória futura são tramitas em ambiente com as regras de*

⁸⁰ Cfr. BUCHO, Cruz, “Declarações para memória futura – elementos de estudo”, págs. 127 e 128.

⁸¹ Cfr. LOPES, Mouraz, “O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para “memória futura”, pág. 16.

*um autêntico julgamento. Ora, não há julgamento sem acusação e arguido*⁸². A nível jurisprudencial, foram vários os acórdãos em que foi defendido o mesmo entendimento, tal como o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18 de abril de 2001 em que se estabeleceu “*a antecipação da prova não é admissível nem produz efeitos... no tocante aos sujeitos em relação aos quais não pode ser efetivado o contraditório, a prova antecipadamente produzida é proibida e de nada vale*”⁸³. Basicamente, o fundamento é a impossibilidade de exercer o princípio do contraditório, o que no meu entender não está correto.

Do outro lado do espectro, temos autores que defendem que não é necessária a prévia constituição do arguido para que seja possível a recolha de declarações para memória futura, entre os quais Paulo Pinto de Albuquerque, António Miguel Veigas, António Gama e Rui do Carmo.

São várias as razões que explicam este entendimento, desde logo, temos jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça que entende que “*o Art. 271.º do CPP, ao regulamentar as declarações para memória futura e interpretado em conformidade com o Art. 32.º da CRP, não exige, para que aquelas sejam admissíveis, que se encontre constituído arguido no processo*”⁸⁴. Além disso, a letra da lei não chega sequer a referir a necessidade de que o inquérito corra contra pessoa determinada até porque não são raros os casos em que a identificação do suspeito é tardia, ou seja, não é um dos pressupostos para a realização da diligência. Basta pensarmos nos casos em que ocorre uma violação por exemplo, em que a vítima não conseguiu identificar o sujeito porque nem sequer o conhece. Nestas situações, é impossível ter já um arguido constituído, apenas com o desenrolar das investigações se poderá apurar a verdade. Outra razão é que as garantias de defesa do arguido não são afetadas de forma relevante visto que para a realização da diligência é obrigatória a nomeação do defensor cuja presença e intervenção é também obrigatória e, ainda, o próprio arguido, mais tarde quando já tiver sido constituído, poderá apresentar as suas razões e provas, ser ouvido e contestar as provas contra si apresentadas antes de ser tomada a decisão final. O defensor deverá assumir as vestes de defensor “*da legalidade, fiscalizando e garantindo o*

⁸² RIBEIRO, Vinício “Código de Processo Penal- Notas e Comentários”, 2ª Edição, Almedina, 2013, cit. pág. 724.

⁸³ Cf. Ac. TRP de 18-04-2001, (Proc. n.º0041339), relator Manso Rainho.

⁸⁴ Ponto XII do sumário do Ac. STJ de 25-03-2009, (Proc. n.º09P0486), relator Juiz conselheiro Fernando Fróis.

*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...”*⁸⁵ Ademais, como ressalva o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 04-05-2017⁸⁶, “*o momento essencial do contraditório fica intocado, pois ocorre na audiência de discussão e julgamento. (...) uma indiscutível vantagem: permite uma defesa organizada e estruturada, o depoimento é conhecido e definitivo, não é uma surpresa (...)”*”.

Posto isto, na minha opinião e seguindo o entendimento maioritário, acredito que seja possível a prestação de declarações para memória futura sem que haja ainda arguido constituído. Apesar de ser inquestionável que a aquisição antecipada da prova supõe o respeito pelo princípio do contraditório, a meu ver, este princípio continuará a ser respeitado pelas razões já anteriormente referidas e existe aqui uma finalidade do processo penal que poderia ficar prejudicada caso não se admitisse esta possibilidade, a descoberta da verdade visto que correríamos o risco de perder uma prova essencial ao processo e como já foi referido, o arguido a posteriori terá a possibilidade de contrariar tais declarações.

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

O regime geral da leitura de declarações em audiência e julgamento encontra-se previsto nos artigos 355.º e 356.º do CPP.

A imposição normativa do Art. 355.º do CPP pretende salvaguardar a submissão de todos os elementos de prova que de alguma forma contribuam para a formação da convicção do julgador, ao princípio do contraditório, todavia, não se exige que seja reproduzido em audiência de julgamento todos os elementos de prova, o que podemos confirmar também através do Acórdão da Relação de Guimarães de 4-03-2013⁸⁷.

Posto isto, apesar de existir uma grande equabilidade na doutrina e na jurisprudência no sentido de exigir a leitura das declarações para memória futura em sede de audiência de

⁸⁵ Cfr. GAMA, António, in “Reforma do Código de Processo Penal: Prova Testemunhal, Declarações para memória futura e Reconhecimento”, pág. 402.

⁸⁶ Ac. TRL de 04-05-2017, (Proc. n.º 12/15.0JDLSB.L1-9), relator Abrunhosa de Carvalho.

⁸⁷ Ac. TRG, de 04-03-2013, (Proc. n.º 746/11.8PBGMR.G1), relator Ana Teixeira e Silva.

juízo, para que possam ser sujeitas ao contraditório e conseqüentemente valoradas, existe alguma orientação jurisprudencial que admite não ser necessária a sua leitura em audiência de julgamento para que estas possam contribuir e ser valoradas para a convicção relativa à matéria de facto.

Tendo em conta a existência de diferentes entendimentos que se fazem sentir a nível jurisprudencial, o Supremo Tribunal de Justiça através do Acórdão de Fixação de Jurisprudência de 11 de outubro de 2017⁸⁸, pronunciou-se sobre esta questão. O recurso extraordinário 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 2011⁸⁹ em que o primeiro 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 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*”.

Quanto aos princípios da imediação e da oralidade, enquanto garantes da produção de prova e discussão da mesma pela acusação e pela defesa através de um debate oral, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que tal argumento era inócuo visto que o facto de haver a 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 direto com a fonte da prova pois considerou que “*este contacto/exame ocorrerá sempre, independentemente da leitura das mesmas em audiência de julgamento, porque inequívoco se torna que o juiz de julgamento*

⁸⁸ Ac. STJ, de 11-10-2017, (Proc. n.º 895/14.0PGLRS.L1-A.S1), relator Manuel Augusto de Matos.

⁸⁹ Ac. TRG, de 07-02-2011, (Proc. n.º 224/07.0GAPTL.G1), relator Maria Luísa Arantes.

*para poder decidir quanto à relevância daquela prova para a convicção do Tribunal, terá que ter conhecimento efetivo da mesma. A única diferença é se o faz na presença dos demais intervenientes processuais e do público em geral ou procede à leitura/audição/reprodução no recato do seu gabinete”.*⁹⁰ As declarações para memória futura constituem, portanto, uma exceção ao princípio da imediação, visto que a prova é produzida perante um juiz diferente daquele que a vai valorar.⁹¹

Relativamente à argumentação invocada no que toca ao princípio da publicidade, este princípio não ficará prejudicado pela não leitura do auto visto que, o conhecimento dos demais sujeitos processuais sobre o meio de antecipação da prova, encontra-se salvaguardado a partir do momento em que estes são notificados para o ato processual de tomada de declarações para memória futura, onde o Ministério Público e o defensor do arguido são obrigados a estar presentes (Art. 271.º n. 3 CPP).

Quanto ao princípio do contraditório, entendeu-se que independentemente do ato de leitura do auto de declarações para memória futura, o mesmo encontra-se assegurado tanto no ato de tomada destas declarações, como em sede de audiência de julgamento. No primeiro momento, da realização do ato processual, o arguido, caso já esteja constituído, tem plena disponibilidade para exercer o contraditório visto que pode estar presente e formular questões adicionais que entenda pertinentes e necessárias para assegurar os seus direitos, e, mesmo que ainda não esteja constituído arguido, será o defensor a desempenhar esse papel. No momento de audiência de discussão e julgamento, este princípio também é respeitado, até porque o arguido pode chamar à colação outros elementos de prova que fragilizem o conteúdo das declarações tomadas antecipadamente.

Efetivamente, a utilização de declarações para memória futura importa sempre uma compressão dos princípios de imediação, oralidade, contraditório e publicidade na medida em que a tomada destas declarações não ocorre em audiência de julgamento, perante o juiz do julgamento, no entanto, esta compressão é justificada fundamentalmente pela proteção do interesse da vítima e/ou pelo interesse público da descoberta da verdade material e o legislador tem vindo a tentar ao máximo, equilibrar estes interesses com os direitos fundamentais do arguido através de uma crescente jurisdicionalização do próprio ato

⁹⁰ Cfr. Ac. STJ, de 11-10-2017, (Proc. n.º 895/14.OPGLRS.L1-A.S1), relator Manuel Augusto de Matos.

⁹¹ GODINHO, Inês Fernandes, “Considerações a propósito do princípio do contraditório no processo penal português”, pág. 102.

processual. Apesar de não existir o típico interrogatório direto em *cross-examination*, o princípio do contraditório é respeitado a partir do momento em que há a possibilidade de contraditar o que foi declarado.⁹²

Maia Costa, defende que “*Trata-se, no fundo, de uma antecipação parcial do julgamento. E daí o caráter contraditório que é conferido á diligência, em que é obrigatória a presença do MP e do defensor (...) referindo, a propósito, que o formalismo da diligência é paralelo ao da audiência de julgamento*”⁹³. No entanto, Cruz Bucho ressalva que: «*não obstante a produção antecipada de prova ter sido encarada como uma “antecipação parcial da audiência de julgamento”, existem importantes desvios às regras que imperam em audiência. Entre esses desvios ou limitações conta-se a ausência de publicidade, a existência de um contraditório necessariamente incompleto ou mitigado, na medida em que só o Ministério Público conhece a totalidade dos atos de inquérito em segredo de justiça já realizados e em que a inquirição das testemunhas é sempre feita pelo juiz, com supressão da cross examination, e as severas restrições ao poder de investigação do juiz de instrução, no confronto com os do juiz de julgamento.*»⁹⁴

Contrariamente, a doutrina italiana recusa a ideia de um “mini-julgamento antecipado”, sublinhando que em sede de incidente probatório apenas são aplicáveis as normas que regem a produção de prova em audiência que não se encontrem numa situação de incompatibilidade com a estrutura do mecanismo incidental (...) o incidente não pode operar uma antecipação completa do julgamento, sendo antes um instrumento de não dispersão da prova”.⁹⁵ Ademais, no direito italiano só a inquirição antecipada do menor no âmbito de crimes sexuais ou conexos é que é efectuada com renúncia à *cross-examination* (artigo 498.º, n.º 4 ex vi do artigo 401.º, n.º5 do CPPI).⁹⁶

Tendo em conta todos estes argumentos, foi fixada doutrina 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*

⁹² Ac. STJ, de 11-10-2017, (Proc. n.º 895/14.0PGLRS.L1-A.S1), relator Manuel Augusto de Matos.

⁹³ AA/VV, COSTA, Maia, “Código de Processo Penal” págs. 917, 919-920.

⁹⁴ BUCHO, Cruz, “Declarações para memória futura (elementos de estudo)”, págs. 95 e 96.

⁹⁵ Cit. BUCHO, Cruz, “Declarações para memória futura (elementos de estudo)”, pág. 95.

⁹⁶ Cfr. BUCHO, Cruz, “Declarações para memória futura (elementos de estudo)”, pág. 96.

da convicção do tribunal, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 355.º e 356.º, n.º 2, alínea a), do mesmo Código”.

Quanto à valoração da prova, existe alguma doutrina que entende que se deve atribuir menor valor probatório à prova antecipada, por a considerar de qualidade inferior àquela que é produzida em audiência, no entanto, não é este o regime português.

A propósito desta questão veja-se o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 21-12-2011, proc.º C-507/10, “*ao analisar o regime do incidente probatório italiano teve o cuidado de referir que “§29. Segundo a legislação em causa no processo principal, o depoimento prestado durante os inquéritos preliminares deve, em regra, ser novamente produzido na audiência pública para adquirir valor de prova plena. No entanto, em determinados casos, este depoimento pode ser prestado uma só vez, no decurso dos inquéritos preliminares, com o mesmo valor probatório, mas segundo modalidades diferentes das aplicadas na audiência pública”.*”⁹⁷

No direito português, a prova antecipada tem o mesmo valor que a prova produzida ou realizada em audiência de julgamento.

⁹⁷ Cit. BUCHO, Cruz, “Declarações para memória futura (elementos de estudo)”, pág. 95.

3. CONCLUSÃO E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da dissertação abordei o instituto das declarações para memória futura e as implicações que este pode trazer para alguns dos princípios estruturantes do processo penal português.

Relativamente ao princípio do contraditório, os entraves que foram apontados tanto pela doutrina, como pela jurisprudência, foi o facto de ao nível da estrutura da diligência e da exigência ou não da sua leitura em audiência de julgamento.

Quanto à estrutura da diligência, na minha opinião, o princípio do contraditório apesar de se encontrar limitado, esta limitação justifica-se e o princípio encontra-se salvaguardado, desde logo, porque é comunicado o dia, da hora e do local da realização da diligência ao Ministério Público, ao arguido, ao defensor e aos advogados do assistente e das partes civis, sendo que é obrigatória a comparência do Ministério Público e do defensor. Além disso, é dada a possibilidade ao MP, aos advogados do assistente e das partes civis e ao defensor, de formularem perguntas adicionais, simplesmente a inquirição não é realizada com a estrutura do *cross-examination*, a que estamos habituados na audiência de julgamento.

No que diz respeito à não existência de um arguido já constituído, admito que é uma questão mais sensível, contudo, o facto de ser obrigatória a presença de um defensor acaba por assegurar também este princípio sendo que, o arguido não deixa de ter a oportunidade de, mais tarde, contraditar aquilo que foi dito e até oferecer novos meios de prova.

Em relação, à exigência de leitura das declarações prestadas anteriormente em audiência de julgamento, a meu ver, não deve de ser exigível. Todos os sujeitos processuais e intervenientes já tiveram acesso ao auto da tomada de declarações, pois esta é obrigatoriamente reduzida a auto segundo o n.º 2 do art. 275.º do CPP.

No que toca ao princípio da imediação, o mecanismo da tomada de declarações para memória futura é uma exceção a este princípio. No entanto, o facto de o juiz que dirige a audiência de discussão e julgamento não estar presente aquando da produção da prova, não impede que este tenha contacto com a prova, além disso, reforço que o instituto tem natureza excecional e que se justifica para acautelar determinadas provas que se podem revelar importantes para a descoberta da verdade.

No que concerne ao princípio da oralidade, a verdade é que, como já referi, a oralidade favorece a descoberta da verdade pelo facto ser possível analisar determinados elementos como as expressões corporais e faciais, a hesitação na resposta às perguntas formuladas etc., não obstante, a alínea a) do n.º 2 do art. 356º prevê este tipo de exceções.

Concluindo, o instituto das declarações para memória futura comporta efetivamente limitações para estes princípios, exceções estas que, na minha opinião, são justificadas, não só pela gravidade do tipo de crimes que estão aqui em causa, como também pela importância de salvaguardar a produção de determinadas provas que se podem revelar importantíssimas para a descoberta da verdade.

Apesar de entender que existem algumas melhorias a realizar, especialmente no que diz respeito, ao modo como se executa a diligência, a meu ver, este é um mecanismo valoroso que, não só confere proteção às vítimas como também assegura a produção de determinadas provas que, de outro modo, correriam o risco de se perderem.

4. BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, Maria João, “Direito Processual Penal”, 3ª Ed., Almedina, 2021.

AA. VV/Maia Costa, “Código de Processo Penal Comentado”, 2ª Edição Revista, Almedina, 2016.

BRAZ José, “Investigação criminal: a organização, o método, e a prova: os desafios da nova criminalidade”, Coimbra: Almedina, 2009.

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

DA CUNHA, Damião, “o Regime Processual de Leitura de Declarações na audiência de Julgamento (arts. 356º e 357º do CPP) (algumas reflexões à luz de uma recente evolução jurisprudencial)”, Revista Portuguesa Ciência Criminal, Ano 7, fascículo 3, julho-setembro, 1997.

DA SILVA, Germano Marques, “Curso de Processo Penal”, vol. III, 2ª Edição, reimpressão, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 2006.

DA SILVA, Germano Marques, “Curso de Processo Penal I- Noções Gerais, elementos do processo penal”, Vol. I, 6ª Ed., Verbo, 2010.

DA SILVA, Germano Marques, “Direito Processual Penal Português”, Do procedimento (Marcha do processo), Universidade Católica Editora, vol. III, Lisboa, 2015.

DO CARMO, Rui, “Declarações para memória futura- crianças vítimas de crimes contra a liberdade a autodeterminação sexual”, Revista do Ministério Público nº 134, Ano 34, abril-junho, 2013.

DO CARMO, Rui, in “Declarações para memória futura e a Convenção de Lanzarote”, Boletim da Ordem dos Advogados, vol. 1, nº 127, junho, 2015.

DOS SANTOS, André Teixeira, “Particularidades das declarações para memória futura no âmbito da criminalidade da violência doméstica”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 30, nº2, maio-agosto, 2020.

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

GODINHO, Inês Fernandes, “Considerações a propósito do princípio do contraditório no processo penal português”, Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política, Universidade Lusófona do Porto, nº10, 2017.

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.

GASPAR, Jorge, “Titularidade da Investigação Criminal e Posição Jurídica do Arguido”, Revista do Ministério Público, Lisboa, Ano 22, n.º 87, julho-setembro, 2001.

LOPES, José Mouraz, “O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para “memória futura”, Sub iudice, nº26, outubro/dezembro, 2003.

MALAFIA, Joaquim, “O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos atos de instrução e nas declarações para memória futura”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, nº4, outubro-dezembro, 2004.

OLIVEIRA E SILVA, Sandra, in “A Protecção de Testemunhas no Processo Penal”, Coimbra Editora, 2007.

PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, 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.

RIBEIRO, Vinício “Código de Processo Penal- Notas e Comentários”, 2ª Edição, Almedina, 2013.

SIMÕES, Euclides Dâmaso, “Tráfico de Seres Humanos: prevenção e repressão á luz do protocolo Adicional á convenção de Palermo”, pág. 11, in Julgar online-2009.

VARELA, Antunes Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, “Manual de Processo Civil”, Coimbra Editora, 1984.

Bibliografia estrangeira:

TONINI, Paolo, “Diritto processuale penale. Manuale Manuale breve.Tutti il programma d’esame com domanda e risposte”, Giuffrè, 2010.

Documentos consultados:

“Declarações para memória futura e Prova em Processo Penal”, Trabalhos do 2º ciclo do 33º Curso, Centro de Estudos Judiciários, outubro 2020.

5. JURISPRUDÊNCIA

Acórdão da Relação de Coimbra de 09-11-1999, processo n.º 2794-99.

Acórdão da Relação de Coimbra de 20-5-2009, processo n.º 5/02.7ZRCBR.C1

Acórdão da Relação de Lisboa de 11-01-2012, processo n.º 689/11.5PBPD-L-3

Acórdão da Relação de Lisboa de 04-05-2017, processo n.º 12/15.0JDLSB.L1-9

Acórdão da Relação de Lisboa de 04-06-2020, processo n.º 382/19.0PASXL-A.L1

Acórdão da Relação de Guimarães de 04-03-2013, processo n.º 746/11.8PBGMR.G1

Acórdão da Relação de Guimarães de 07-02-2011, processo n.º 224/07.0GAPTL.G1

Acórdão da Relação do Porto de 18-04-2001, processo n.º 0041339

Acórdão da Relação do Porto de 19-1-2005, processo n.º 0510063

Acórdão da Relação do Porto de 19-03-2009, processo n.º 59/07.0TBMSF-B.PI

Acórdão da Relação do Porto de 29-06-2011, processo n.º 13391/08.6TDPRT-A.P1

Acórdão da Relação do Porto de 22-09-2021, processo n.º 526/21.2PIVNG-A.P1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11-10-2017, processo n.º 895/14.0PGLRS.L1-A.S1)