



Vânia Filipa Alho Paradinha Senane

Abuso Sexual de Menores: As Declarações para Memória Futura

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses

Coimbra, 2016

• U • C •



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

FACULDADE DE DIREITO

2.º CICLO DE ESTUDOS

**“Abuso Sexual de Menores: As Declarações para
Memória Futura”**

Autor: Vânia Filipa Alho Paradinha Senane

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses.

Orientadora: Senhora Doutora Maria João da Silva Baila Madeira Antunes

Coimbra, 2016

“He said when the Lord made people He made them all the same for starters. But life marks people. If you know the way, you can read them like maps.”

Andrew Vachss, Blue Belle

(Burke, #3)

AGRADECIMENTOS

Este é o momento para deixar um agradecimento simbólico a todas as pessoas que contribuíram e têm contribuído para o meu crescimento pessoal e académico.

Desde logo, não poderia deixar de agradecer à minha orientadora de dissertação, Dra. Maria João Antunes, pela vontade e espírito de resolução que me incutiu para que eu pudesse realizar esta dissertação no tempo que eu tinha disponível, assim como a disponibilidade e abertura ao diálogo que sempre demonstrou.

À Isabel Abreu, um agradecimento especial por todos os conselhos que me foi transmitindo e no auxílio que me prestou quando a fase que atravessava não era a melhor.

Aos meus pais, Paulo e Zita, que ao longo da minha vida sempre estiveram presentes para me dar força e incentivo e que nunca duvidaram da minha capacidade de conseguir atingir os objetivos a que me propunha.

Aos meus irmãos, Andreia e Simão, um agradecimento pela distração e alegria que provocaram em mim de forma a que eu pudesse levar esta dissertação a bom porto.

Ao Hugo e à família dele, por me terem demonstrado que a vida também pode ser construída de forma tranquila, repleta de boas pessoas e com um sorriso nos lábios. Obrigada pelo amor, carinho, paciência e compreensão que me transmitiste, Hugo.

Por último, mas não menos importante, obrigada aos meus amigos e colegas que conviveram e convivem comigo, guardo um pouco de vós no meu coração. E em especial a ti, Mariana, que ao longo destes 18 anos tens sido uma das pessoas mais importantes da minha vida. Um obrigada também pela amizade nesta etapa tão crucial da minha vida.

Muito obrigada a todos, sem vocês não era possível, não seria a mesma coisa!

ÍNDICE

1. Lista de siglas e abreviaturas _____	P. 4
2. Introdução _____	P. 5
3. Capítulo I: O Abuso Sexual de Menores – Considerações Iniciais.	
3.1. O Conceito de Menores – A Evolução _____	P. 7
3.2. A Noção de Abuso Sexual de Menores _____	P. 10
3.2.1. Alterações Legislativas _____	P. 11
4. Capítulo II: O Menor no Âmbito do Processo Penal - Questões Relativas à Iniciativa Processual	
4.1. Os Princípios Gerais da Promoção Processual _____	P. 17
a) Princípio da Oficialidade _____	P. 18
b) Princípio da Legalidade _____	P. 20
c) Princípio da Acusação _____	P. 23
4.2. As Alterações da Natureza do Crime de Abuso Sexual de Menores _____	P. 24
5. Capítulo III: As Declarações para Memória Futura – Um Meio de Antecipação da Prova	
5.1. Noções Gerais e Razões Justificativas _____	P. 31
5.2. Pressupostos de Aplicação _____	P. 38
5.3. As Declarações no Caso dos Menores	
5.3.1. Controvérsias e Tentativas de Solução _____	P. 41
5.3.1.1. (Im)Possibilidade de Declarações para Memória Futura caso o Inquérito ainda não corra contra Pessoa Determinada _____	P. 42

5.3.1.2.	Repetição, em Inquérito ou Instrução, da tomada de Declarações para Memória Futura _____	P. 44
5.3.1.3.	As Alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2007 _____	P. 46
6.	Conclusão _____	P. 52
7.	Bibliografia _____	P. 55
8.	Jurisprudência _____	P. 58

1. Lista de siglas e abreviaturas

Als. – Alíneas

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

Cf. – Confronte

Cfr. – Confronte

Cit. – Citada

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

Fasc. – Fascículo

JIC – Juiz de instrução criminal

MP – Ministério Público

N.º – Número

ONU – Organização das Nações Unidas

P. – Página

P.P. – Páginas

SS. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TIC – Tribunal de Instrução Criminal

Vol. – Volume

2. Introdução

A temática desta dissertação insere-se no âmbito do Direito Processual Penal, um ramo do Direito que ao longo do nosso percurso académico nos tem suscitado interesse, entusiasmo e curiosidade.

Assim, dentro da grande área do Direito Processual Penal, decidimos preferir a diligência das declarações para memória futura, referente ao abuso sexual de menores.

Desta forma, na primeira parte desta dissertação iremos apresentar ideias de vários autores relativamente ao conceito de menores assim como a demonstração da evolução do pensamento da sociedade relativamente à criança, aos seus direitos e deveres, à necessidade de ser protegida, etc.

Além do conceito dos menores, procuraremos apresentar noções acerca do abuso sexual de menores assim como demonstrar a evolução legislativa que se tem vindo a verificar até aos dias de hoje relativamente a este tipo de crime hediondo.

Na segunda parte, consideramos necessário que se dê uma ideia dos princípios de promoção processual que existe no nosso ordenamento jurídico, para que se possa melhor compreender, na terceira parte, as controvérsias que poderão surgir, no âmbito das declarações para memória futura. Parece-nos também oportuno, nesta fase, apresentar a evolução da natureza do crime de abuso sexual de menores, pois o ponto anterior permitir-nos-á compreender com melhor clareza os problemas que poderão advir com a evolução existente.

Num último momento entraremos no coração da nossa dissertação, as declarações para memória futura.

Aqui procuraremos apresentar o seu conceito e as razões justificativas para a criação do mesmo. Além disso, consideramos de uma importância máxima demonstrar os seus pressupostos para a sua aplicação.

A reta final deste trabalho será dedicada às declarações para memória futura no âmbito dos menores, vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, que foi uma das razões pela qual acolhemos este tema. Dentro deste ponto consideramos necessário demonstrar algumas das controvérsias que foram criadas com as várias

alterações legislativas e, conseqüentemente, expor tentativas de solução relativamente às mesmas.

3. Capítulo I: O Abuso Sexual de Menores – Considerações Iniciais.

3.1. O Conceito de Menores – A Evolução

No âmbito do nosso ordenamento jurídico português o conceito de “menor” nem sempre teve a concepção que é hoje compreendida. Isto é, a concepção de “menor” foi acompanhando as evoluções político-económicas e socioculturais que se verificaram até aos dias de hoje.

A criança não era possuidora de qualquer tipo de estatuto que a protegesse, pois era vista como um “*objecto da autoridade absoluta do pai que sobre ela detinha o poder de vida ou de morte, na Antiguidade*”¹.

Em meados do século XIX, com o avanço tecnológico e com a melhoria das condições socioeconómicas, começa-se a verificar uma maior consciencialização da necessidade de criar redes de proteção e apoio à criança². Esta consciencialização teve afirmação no tempo do Código de Seabra em 1867 e com o CP de 1852. O CP continha normas que apresentavam uma proteção especial em relação à idade, neste caso, à menoridade, pois esta era considerada até aos vinte e um anos. Logo, seriam “*crimes contra menores os praticados contra pessoas que não tivessem ainda atingido aquela idade*”³.

Todavia, antes de aprofundarmos os instrumentos internos que modificaram a visão da criança como é hoje vista, debruçar-nos-emos sobre os mecanismos internacionais que nos deram um grande impulso para reconhecer a criança como sujeito de direito e deveres.

A nível **internacional** temos vários instrumentos que nos alargaram os horizontes para a criança-vítima, tais como:

- A Declaração dos Direitos das Crianças em 1924 (Declaração de Genebra) da Sociedade das Nações. Esta Declaração de Genebra reconhece que “*a criança*

¹ CATARINA JOÃO CAPELA RIBEIRO, “*A criança na justiça: trajectórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*”, Editora Almedina, 2009, p. 65.

² CATARINA JOÃO CAPELA RIBEIRO, “*A criança na justiça: trajectórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*”, cit., p.66.

³ ANA RITA ALFAIATE, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”, Coimbra Editora, 2009, p. 18.

deve ser protegida independentemente de qualquer consideração de raça, nacionalidade ou crença, deve ser auxiliada, respeitando-se a integridade da família e deve ser colocada em condições de se desenvolver de maneira normal, quer material, quer moral, quer espiritualmente. Nos termos da Declaração, “a criança deve ser alimentada, tratada, auxiliada e reeducada; o órfão e o abandonado devem ser recolhidos. Em tempos de infortúnio, a criança deve ser a primeira a receber socorro. A criança deve ser colocada em condições de, no momento oportuno, ganhar a sua vida, deve ser protegida contra qualquer exploração e deve ser educada no sentimento de que as suas melhores qualidades devem ser postas ao serviço do próximo.”⁴ .

- A Declaração dos Direitos da Criança celebrada pela ONU, em 1959, veio estabelecer que a criança deve “gozar de protecção especial e beneficiar de oportunidades e facilidades para desenvolver-se de maneira sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. É reconhecido à criança o direito a um nome, a uma nacionalidade e à segurança social.”⁵ “É neste documento que a criança é considerada, pela primeira vez, um sujeito de Direito Internacional”⁶.
- O “International Children’s Emergency Foud” criado em 1946, que, em 1953, veio a ser qualificado como UNICEF.

⁴ ORLANDO CÉSAR, “*Crianças versus Riscos/Perigo*”, 2011, consultado a última vez a 14 de Outubro de 2015. Disponível em:

http://www.cnpcjr.pt/Manual_Competicencias_Comunicacionais/int_legislacao_protercricancas.html.

E CATARINA ALBUQUERQUE, “*Protecção dos Direitos da Criança no sistema das Nações Unidas*”, Gabinete de Documentação e de Direito Comparado da Procuradoria-Geral da República, consultado a última vez a 14 de Outubro de 2015. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-estudos-ca-dc.html#IA>.

⁵ ORLANDO CÉSAR, “*Crianças versus Riscos/Perigo*”, 2011, consultado a última vez a 14 de Outubro de 2015. Disponível em:

http://www.cnpcjr.pt/Manual_Competicencias_Comunicacionais/int_legislacao_protercricancas.html.

E CATARINA ALBUQUERQUE, “*Protecção dos Direitos da Criança no sistema das Nações Unidas*”, Gabinete de Documentação e de Direito Comparado da Procuradoria-Geral da República, consultado a última vez a 14 de Outubro de 2015. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-estudos-ca-dc.html#IA>.

⁶ CATARINA JOÃO CAPELA RIBEIRO, “*A criança na justiça: trajectórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*”, cit., p. 67.

- Convenção sobre os Direitos da Criança em 1989⁷, é o instrumento que mais contribuiu para a mudança de perspectiva na abordagem dos direitos da criança. *“Na sua forma de convenção implicou obrigações para os Estados e o dever de prestação de contas de quatro em quatro anos ao Comité dos Direitos da Criança e, no seu conteúdo, incorporou os direitos civis e políticos. Define a criança como todo o ser humano com menos de dezoito anos (art.º 1.º) e estabelece que todos os direitos se aplicam a todas as crianças sem excepção (art.º 2.º) e que todas as decisões que digam respeito à criança devem ter plenamente em conta o seu interesse superior (art.º 3.º)”*.⁸

A nível **interno**, em 1911, com o Decreto-Lei de 27 de Maio, foi criado o primeiro documento legal que previa a protecção da infância – “Lei de Protecção à Infância”, surgindo posteriormente as “Tutorias de Infância”⁹.

Em 1925, o Decreto-Lei n.º 10767 de 15 de Maio, teve como finalidade concentrar alguma da legislação dispersa acerca dos menores. Esta compilação que se iniciou em 1911 foi aplicada a todo o país.¹⁰

Contudo, os dois diplomas que mais contribuíram para a protecção, desenvolvimento e apoio à criança foram: a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo e a Lei Tutelar Educativa.

A Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo¹¹ tem como pressuposto a “promoção dos direitos e a protecção das crianças e dos jovens em perigo, por forma a

⁷ CATARINA JOÃO CAPELA RIBEIRO, “A criança na justiça: trajectórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar”, cit., p. 67.

⁸ ORLANDO CÉSAR, “Crianças versus Riscos/Perigo”, 2011, consultado a última vez a 14 de Outubro de 2015. Disponível em:

http://www.cnpcjr.pt/Manual_Competencias_Comunicacionais/int_legislacao_protcriancas.html.

E CATARINA ALBUQUERQUE, “Protecção dos Direitos da Criança no sistema das Nações Unidas”, Gabinete de Documentação e de Direito Comparado da Procuradoria-Geral da República, consultado a última vez a 14 de Outubro de 2015. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-estudos-ca-dc.html#IA>.

A Convenção sobre os Direitos da Criança podem ser consultados na seguinte página: http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf.

⁹ CATARINA JOÃO CAPELA RIBEIRO, “A criança na justiça: trajectórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar”, cit., p. 70.

¹⁰ CATARINA JOÃO CAPELA RIBEIRO, “A criança na justiça: trajectórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar”, cit., p. 71.

¹¹ Lei n.º147/99 de 1 de Setembro, alterada pela Lei n.º142/2015 de 8 de Setembro. Disponível em versão online em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=545&tabela=leis.

garantir o seu bem-estar e desenvolvimento integral”, segundo o art. 1.º deste diploma. Por isso, há lugar à intervenção das Comissões de Proteção quando os “pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, ou quando esse perigo resulte de ação ou omissão de terceiros ou da própria criança ou do jovem a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo”, nos termos do art. 2.º do mesmo diploma.

A Lei Tutelar Educativa¹² vem estabelecer medidas tutelares educativas a menores com idades compreendidas entre os 12 e os 16 anos, por praticarem facto considerado pela lei como crime, nos termos do art. 1.º. Estas medidas têm como finalidade a *educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade* (art. 2.º/1).

Assim, considera-se criança “*todo o ser humano com menos de dezoito anos de idade (...) a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes*”¹³.

3.2. A Noção de Abuso Sexual de Menores

O abuso sexual de menores é considerado, atualmente, um crime contra a liberdade e autodeterminação sexual consagrado no art. 171.º do CP. Contudo, este crime percorreu um longo caminho até ser considerado como tal.

Numa tentativa de apresentação de uma noção concreta do que é o abuso sexual de menores temos PAULO GUERRA que, na sua ótica, falar de “*abuso sexual é falar de maus tratos, na sua forma mais carnal e sentida. (...) A vítima do abusador sexual é ofendida no seu supremo direito à integridade física e moral, vê comprometido o seu direito a um integral desenvolvimento físico, afectivo e social, vê-se impedida no seu absoluto direito de viver como criança o tempo de ser criança (...)*”¹⁴.

¹² Lei n.º 166/99 de 14 de Setembro, alterada pela Lei n.º 4/2015 de 15 de Janeiro. Disponível em versão online em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=542&tabela=leis.

¹³ ANA RITA ALFAIATE, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”, *cit.*, p. 23, sobre a noção que foi avançada pela Organização Mundial das Nações Unidas na Convenção dos Direitos da Criança em 1989 e pela União Europeia de forma a harmonizar as legislações nacionais.

¹⁴ PAULO GUERRA, RUI DO CARMO E ISABEL ALBERTO, “*Uma conversa sobre Justiça entre o Direito e a Psicologia*”, Edições Almedina, 2.ª edição, 2006, p. 43.

Já CRISTINA SOEIRO considera que o abuso sexual de crianças pode ser definido como “*o envolvimento de crianças e adolescentes dependentes, com um adulto, em actividades sexuais que têm como objectivo a gratificação ou a estimulação sexual do adulto*”¹⁵.

Desta feita, FERREIRA ANTUNES apenas vem complementar mencionando que este abuso constitui uma “*agressão ao bem-estar do menor que requer uma ampla resposta e abrangente do sistema legal, articulada e coordenada com a estrutura social e concebida para proteger as crianças vítimas e manter controlados os agressores e abusadores*”¹⁶.

3.2.1. Alterações Legislativas

No ponto acima tentámos apresentar um conjunto de opiniões que nos apresentassem uma ideia global de como o conceito de abuso sexual de menores é visto nos dias de hoje. Porém, tal como o conceito de menores, a noção de abuso sexual de crianças foi-se aperfeiçoando ao longo das várias alterações legislativas, através das sucessivas revisões do CP e da melhoria de condições tecnológicas e socioeconómicas e culturais.

Nestes termos iremos apresentar os pontos mais marcantes e contributivos para a modificação vigente.

O primeiro CP Português surgiu em 1852, fruto do pensamento penal do séc. XIX e da necessidade de concentrar, *sistematizar, adequar e legalizar as sanções aplicadas aos diferentes crimes*¹⁷. Contudo, neste primeiro código apenas verificamos incriminações contra a moralidade e os bons costumes, os crimes sexuais não obtiveram uma tipologia rigorosa. Como seria de esperar, esta primeira tentativa de compilação não obteve sucesso, enfrentando críticas sobre a sua severidade e desproporção de penas¹⁸.

¹⁵ CRISTINA SOEIRO, “*O abuso sexual de crianças: contornos da relação entre a criança e a justiça*”, in Sub Judice n.º 26 – Crimes Sexuais: O Direito em Acção, 2003, p. 21.

¹⁶ FERREIRA ANTUNES, “*A investigação do abuso sexual de menores*”, in Sub Judice n.º26 – Crimes Sexuais: O Direito em Acção, 2003, p. 45.

¹⁷ CATARINA JOÃO CAPELA RIBEIRO, “*A criança na justiça: trajectórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*”, cit., p. 77.

¹⁸ ANA RITA ALFAIATE, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”, cit., p. 26; apud LUÍS OSÓRIO DA GAMA E CASTRO OLIVEIRA BAPTISTA, “*Notas ao Código Penal Português*”, 1.º Vol., Coimbra, França e Arménio, 1917, p. 14.

De forma a superar estas adversidades, em 1886, surge uma nova redação. No âmbito dos crimes sexuais que poderiam ofender os menores estavam tipificados: o ultraje público ao pudor no art. 390.º; o atentado ao pudor nos arts. 391.º e 398.º; a cópula nos arts. 392.º, 393.º, 394.º e 398.º; o rapto com fins desonestos nos arts. 395.º a 398.º e o lenocínio nos arts. 405.º e 406.º¹⁹.

Especificamente o ultraje público ao pudor era reconhecido pelas ações imorais acompanhadas de atos, gestos ou atitudes que ofendessem o pudor público, sem qualquer violência. Contudo, não seria necessário que uma pessoa certa e determinada se sentisse ultrajada²⁰.

Já o crime de atentado ao pudor pressupõe que seja relativo a uma pessoa certa e determinada. Assim, tratando-se de *“menor de doze anos, o crime era público e não era necessária a prova de violência. Havendo violência, não era necessária a prova da idade. Não havendo violência e tratando-se de maior de doze anos, o crime passava a ser o de ultraje ao pudor”*²¹.

Nos crimes de estupro e violação, dado o contexto social da época, pressupunha-se que as vítimas eram as mulheres, pois o sujeito ativo seria o homem para haver cópula. No caso do estupro haveria crime quando fosse praticado com mulheres virgens maiores de doze anos e menores de dezoito que fossem seduzidas a consentirem. Aqui, a mulher participava voluntariamente na ação.

Já no caso da violação haveria crime quando fosse praticado sobre qualquer mulher, porém, ao contrário do estupro, exigia-se violência física ou intensa intimidação e de resistência firme por parte da mulher. Como podemos verificar, a grande diferença entre estes dois tipos legais é o consentimento prestado pela ofendida²².

Em relação ao crime de rapto, que se encontra no âmbito dos crimes contra a honestidade, este podia funcionar como agravante de alguns crimes sexuais praticados com menores do sexo feminino.

¹⁹ ANA RITA ALFAIATE, *“A relevância penal da sexualidade dos menores”*, cit., p. 26.

²⁰ ANA RITA ALFAIATE, *“A relevância penal da sexualidade dos menores”*, cit., p. 26; apud LUÍS OSÓRIO DA GAMA E CASTRO OLIVEIRA BAPTISTA, *“Notas ao Código Penal Português”*, cit., pp. 712 e ss.

²¹ ANA RITA ALFAIATE, *“A relevância penal da sexualidade dos menores”*, cit., p. 27.

²² ANA RITA ALFAIATE, *“A relevância penal da sexualidade dos menores”*, cit., pp. 27 e 28.

Por último, o crime de lenocínio podia vitimizar qualquer pessoa, incluindo os menores. Segundo ANA RITA ALFAIATE, para que este crime se verificasse, “*exigia-se uma acção corruptora de determinada pessoa, com a finalidade de satisfação de desejos desonestos de outrem*”²³.

No CP de 1982, os crimes sexuais abandonaram a moralidade e os bons costumes e passaram a ser designados como crimes atentatórios dos fundamentos ético-sociais da vida social.²⁴

As novidades verificadas em relação ao código anterior foram as seguintes:

- A cópula com menor de catorze anos começa a ser punida por violação, que anteriormente era considerado um crime por atentado ao pudor ou estupro, por ter sido prestado o consentimento da mulher. Assim, os “*actos análogos à cópula passaram, no caso dos menores de doze anos, a ser também punidos por violação, o que permitiu que a vítima passasse a poder ser do sexo feminino ou do sexo masculino*”²⁵.
- O atentado ao pudor necessitou de uma definição que se adequasse melhor com a evolução da moralidade sexual que se estava a assistir. Assim, segundo o art. 205.º do CP, o atentado ao pudor consistia no “*comportamento pelo qual outrem é levado a sofrer, presenciar ou praticar um acto que viola, em grau elevado, os sentimentos gerais de moralidade sexual*”²⁶.
- O crime de ultraje ao pudor foi sujeito a uma distinção entre: ultraje público ao pudor e ultraje ao pudor de outrem. No primeiro caso era tutelado o sentido geral comunitário de pudor ou moralidade sexual; no segundo estamos perante a prática de um ato contrário à moralidade sexual ou pudor, contra outra pessoa, certa e determinada²⁷.
- O conceito de exibicionismo foi adicionado ao lado do ultraje público ao pudor;

²³ ANA RITA ALFAIATE, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”, *cit.*, pp. 30 e 31.

²⁴ ANA RITA ALFAIATE, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”, *cit.*, p. 31 e CATARINA JOÃO CAPELA RIBEIRO, “*A criança na justiça: trajetórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*”, *cit.*, p. 79.

²⁵ ANA RITA ALFAIATE, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”, *cit.*, p. 32.

²⁶ ANA RITA ALFAIATE, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”, *cit.*, p. 32.

²⁷ ANA RITA ALFAIATE, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”, *cit.*, p. 33.

- Outros crimes sexuais também foram acrescentados tais como: a cópula mediante fraude e o crime de inseminação artificial.

O CP, em 1995, foi objeto de uma revisão. Foi neste código que a “*criminalidade sexual passou a ter um estatuto próprio no ordenamento jurídico, enquanto bem tutelado, isto é, passou a considerar-se que o que estava em causa (...) era a possibilidade de a pessoa dispor livremente da sua sexualidade e não um delito contra a sua moralidade*”²⁸.

Pelo facto da sociedade ter começado a evoluir e a consciencializar-se da importância da proteção e desenvolvimento da criança, surgiu um movimento justiceiro que impelia o legislador a alterar as penas que eram aplicadas nos casos de crimes sexuais contra menores. Assim, a principal alteração com este movimento liberal foi a aceitação de que se deveria proteger a liberdade e a autodeterminação sexual da pessoa e não a moral ou o pudor sexual, como era costume.

Com esta grande modificação, os crimes sexuais, no CP, obtiveram uma nova inserção sistemática: além de terem um capítulo autónomo de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual, este capítulo insere-se no “crime contra as pessoas”.

Contudo, existe uma separação entre os crimes contra a liberdade e os crimes contra a autodeterminação sexual, ao contrário do que vigora nos dias de hoje. As normas de proteção dos crimes contra a autodeterminação sexual estão apenas ao alcance dos menores, somente quando o agente tenha condutas que não se possam subsumir em nenhuma norma protetora deste crime é que, subsidiariamente, são aplicadas as normas referentes aos crimes contra a liberdade. Assim, no âmbito dos crimes contra a autodeterminação sexual temos: o abuso sexual de crianças; o abuso sexual de adolescentes e dependentes; o estupro; os atos homossexuais com menores e o lenocínio de menor²⁹.

Dentro desta revisão, ainda houve lugar à criação de um princípio genérico delimitador dos tipos, segundo o qual “*só serão punidos os actos sexuais que tenham relevo e sejam aptos à violação daquele novo bem jurídico protegido*”³⁰. Contudo, esta

²⁸ CATARINA JOÃO CAPELA RIBEIRO, “*A criança na justiça: trajectórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*”, cit., p. 79.

²⁹ ANA RITA ALFAIATE, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”, cit., p. 37.

³⁰ ANA RITA ALFAIATE, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”, cit., p. 37.

revisão não apresentou uma definição de atos sexuais de relevo, apresentou sim alguns crimes a serem incluídos nessa categoria: a cópula e o coito anal.

Na revisão do CP de 1998 acrescentou-se mais um crime à categoria de atos sexuais de relevo: o coito oral. Além desta alteração, no âmbito do abuso sexual de crianças também houve mais desenvolvimentos: assim, “*por abuso sexual de crianças passou a ser punida a conduta do que exhibisse ou cedesse, a qualquer tipo ou por qualquer meio, fotografia, filme ou gravação pornográficos em que se utilizasse menor de catorze anos*”³¹. A revisão de 2001 veio acrescentar a incriminação da conduta dos agentes que detivessem aquele tipo de materiais com o fim de os exhibir ou ceder. Além deste desenvolvimento, o abuso sexual de adolescentes e dependentes passou a denominar-se apenas “abuso sexual de dependentes”, passando a punir-se os atos praticados contra menor entre os catorze e os dezoito anos³².

Ainda dentro do âmbito destas duas revisões, o assédio sexual e os crimes de tráfico de pessoas foram criminalizados.

A última revisão de que apresentaremos as alterações mais significativas é a de 2007. Relativamente ao abuso sexual de crianças continua a vigorar uma proteção aos menores de catorze anos, porém apenas da “*prática de actos sexuais de relevo, da importunação sexual e da conduta do que o menor actue por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objecto pornográficos*”³³.

³¹ ANA RITA ALFAIATE, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”, *cit.*, p. 40. De uma forma mais sucinta podemos também observar a opinião de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS em “*Comentário Conimbricense do Código Penal*”, Tomo I, 2.^a edição, Coimbra Editora, 2012, p. 833. Este autor destaca que na revisão de 1998, o “crime de abuso sexual de menores foi alargado a dois propósitos: um, a equiparação à cópula do coito oral e outro, a punição da exibição e cedência a qualquer título ou por qualquer meio de fotografia, filme, ou gravação pornográficos em que se utilizem menores de 14 anos”.

³² ANA RITA ALFAIATE, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”, *cit.*, p. 40.

³³ ANA RITA ALFAIATE, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”, *cit.*, p. 41. Na perspectiva concisa de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, a revisão de 2007 alargou mais uma vez a “incidência da punibilidade mais severa ao equiparar à cópula a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos; e incluindo no âmbito do punível a importunação sexual (170.º) com menor de 14 anos. Inversamente, retirou do âmbito deste crime a exibição, cedência, ou detenção de material pornográfico relativo a menores de 14 anos, incluindo-a no novo preceito da pornografia de menores” – em “*Comentário Conimbricense do Código Penal*”, *cit.*, p. 833.

Ainda no caso das vítimas menores de catorze anos, “*as penas são agravadas de metade, nos seus limites mínimo e máximo, para os crimes de coacção sexual, violação, procriação artificial não consentida, lenocínio de menores e pornografia de menores*”³⁴.

Porém, a alteração mais substantiva da revisão de 2007 foi o facto do legislador português ter alterado a natureza dos crimes sexuais, que passaram a ser considerados crimes públicos. Relativamente a esta questão da alteração da natureza dos crimes sexuais contra menores iremos no ponto 4.2. debatê-la e refleti-la.

³⁴ ANA RITA ALFAIATE, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”, *cit.*, p. 41.

4. Capítulo II: O Menor no Âmbito do Processo Penal - Questões Relativas à Iniciativa Processual

4.1. Os Princípios Gerais da Promoção Processual

O nosso ordenamento jurídico caracteriza-se por apresentar um processo penal de estrutura acusatória integrada por um princípio de investigação (art. 32.º/5 da CRP), típica de um Estado de Direito Social, trazendo a certeza de que o processo penal é um assunto da comunidade jurídica constituída em Estado. Isto é, o *“Estado de Direito não exige apenas a tutela dos interesses das pessoas e o reconhecimento dos limites inultrapassáveis, dali decorrentes, à prossecução do interesse oficial na perseguição e punição dos criminosos. Ele exige também a protecção das suas instituições e a viabilização de uma eficaz administração da justiça penal”*³⁵. O objetivo é tentar salvaguardar o melhor conteúdo possível de cada finalidade, prevalecendo sempre a dignidade humana, se em causa estiver. A esta tentativa está ligado o princípio da concordância prática.

Por estas circunstâncias justifica-se o modelo adotado. Através deste princípio verificamos o *“poder-dever que ao tribunal pertence de esclarecer e instruir autonomamente o facto sujeito a julgamento, criando ele próprio as bases necessárias à sua decisão”*³⁶. Assim, o juiz está impossibilitado de manipular o objeto do processo que lhe é proposto pela acusação e de valorar provas que não tenham sido produzidas em julgamento.

Devido ao modelo adotado, o processo penal português caracteriza-se por ter três princípios gerais de iniciativa ou promoção processual: o princípio da oficialidade, o princípio da legalidade e o princípio da acusação.

Além dos princípios de iniciativa ou promoção processual existem também princípios relativos à prossecução processual, nomeadamente o da contrariedade ou

³⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *“Direito Processual Penal”*, Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por MARIA JOÃO ANTUNES, Coimbra, Secção de textos da FDUC, 1988/9, p. 50.

³⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *“Direito Processual Penal”*, Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por MARIA JOÃO ANTUNES, cit., p. 51.

princípio do contraditório; o princípio da suficiência e as questões prejudiciais; e, por fim, o princípio da concentração.

Em relação aos princípios relativos à prova temos o princípio da investigação ou da verdade material, que acima nos referimos muito sucintamente; o princípio da livre apreciação da prova e o princípio *in dubio pro reo*.

No âmbito deste trabalho consideramos de extrema importância fazermos uma reflexão acerca dos princípios de iniciativa processual, de modo a ser compreendido de melhor forma o nosso ordenamento jurídico português. Além destes princípios gerais teremos que fazer referência a um princípio relativo ao decurso processual, nomeadamente o princípio do contraditório, no capítulo 5, inserido nas declarações para memória futura.

a) Princípio da Oficialidade

Este princípio demonstra-nos que durante o processo penal podemos estar perante duas dimensões ou momentos: o primeiro momento destina-se a saber a quem compete a iniciativa do processo, ou seja, “*a quem compete a iniciativa (impulso) de investigar a prática de uma infração*”³⁷. Já o segundo momento refere-se à decisão de submeter ou não a causa a julgamento.

Deste modo cabe ao MP (cf. art. 219.º da CRP), uma entidade pública, de forma exclusiva, investigar a prática de um crime, nos termos do art. 48.º do CPP, após a aquisição da notícia do crime (cf. Art. 241.º do CPP). Assim, nos termos do art. 53.º/2 do CPP, compete em especial ao MP receber as denúncias, as queixas e as participações e apreciar o seguimento a dar-lhes. Após o MP ter perquirido a notícia do crime, na fase de inquérito³⁸, é este mesmo órgão que vai decidir se, no final daquela fase, há lugar à dedução de acusação ou ao arquivamento do processo, nos termos do art. 276.º/1 do CPP³⁹.

³⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “*Direito Processual Penal*”, Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por MARIA JOÃO ANTUNES, cit., p. 83.

³⁸ Art. 262.º/1 CPP – “o inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação”.

³⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “*Direito Processual Penal*”, Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por MARIA JOÃO ANTUNES, cit., p. 88.

Porém, este princípio comporta limitações e exceções. Existem limitações relativamente a crimes semi-públicos e exceções em relação aos crimes particulares em sentido estrito.

Estamos perante crimes públicos quando o MP “*promove oficiosamente e por sua própria iniciativa o processo penal e decide com plena autonomia*”⁴⁰, vinculado a um princípio de legalidade, da sujeição ou não do crime a julgamento. É neste âmbito que verificamos a aplicação do princípio da oficialidade na sua totalidade.

Além dos crimes públicos existem crimes particulares em sentido amplo que se subdividem em crimes semi-públicos e crimes particulares em sentido estrito.

No caso dos crimes semi-públicos, estes são considerados uma limitação ao princípio da oficialidade, pois para que o MP tenha legitimidade para promover o processo há a necessidade de o ofendido ou de outras pessoas apresentarem queixa (cf. Art. 49.º/1 do CPP e art. 113.º/1/2/3 do CP), contudo continua a ser esta entidade pública a decidir se a causa deve ser submetida a julgamento ou não.

Já nos crimes particulares em sentido estrito cabe ao ofendido a iniciativa de promoção processual com a apresentação da queixa (cf. Art. 113.º e seguintes do CP) e, já constituído assistente, cabe ao mesmo decidir se deduz acusação particular, nos termos do art. 50.º/1 do CPP, caso queira que a causa seja submetida ou não a julgamento (cf. Art. 285.º/1 do CPP). Aqui, os poderes do MP são diminutos, o que significa que caso queira poderá apenas juntar a sua acusação à do assistente, nos termos do art. 285.º/3 do CPP.

Este tipo de crimes é considerado uma verdadeira exceção ao princípio da oficialidade, porque o “*particular decide sobre a investigação da prática da infração e também sobre a submissão da mesma a julgamento*”⁴¹, contrariamente ao que acontecia nos crimes semi-públicos onde o MP continua a ter o poder de decidir se submete ou não a causa a julgamento.

⁴⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “*Direito Processual Penal*”, Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por MARIA JOÃO ANTUNES, cit., p. 89.

⁴¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “*Direito Processual Penal*”, Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por MARIA JOÃO ANTUNES, cit., p. 90.

Ainda sobre os crimes particulares em sentido estrito existe uma situação especial no âmbito do art. 113.º/5 CP:

Artigo 113.º

Titulares do Direito de Queixa

(...) 5 - Quando o procedimento criminal depender de queixa, o Ministério Público pode dar início ao procedimento no prazo de seis meses a contar da data em que tiver tido conhecimento do facto e dos seus autores, sempre que o interesse do ofendido o aconselhar e:

- a) Este for menor ou não possuir discernimento para entender o alcance e o significado do exercício do direito de queixa; ou
- b) O direito de queixa não puder ser exercido porque a sua titularidade caberia apenas ao agente do crime.

Aqui o MP não pode desistir da queixa, pois não é o titular do direito da mesma, podendo o menor desistir da queixa após perfazer 16 anos, segundo o art.116.º/4 do CP, havendo, contudo, necessidade de não oposição do arguido (cf. Art. 51.º/3 do CPP).

b) Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é constituído por duas vertentes: uma vertente relaciona-se com o dever de investigar e a outra com o dever de acusar.

Através dos arts. 262.º/2 e 283.º/1 do CPP conseguimos retirar a ideia de que o MP está incumbido de promover o processo penal, “*abrindo inquérito sempre que tenha recebido a notícia de um crime (art. 241.º e ss. Do CPP) e a deduzir a acusação se tiver recolhido indícios suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente*”⁴².

Relativamente ao dever de investigar, sempre que o MP obtém a notícia do crime (art. 241.º do CPP), é obrigado a proceder à abertura do inquérito (arts. 48.º e 262.º/2 do CPP). O inquérito é direccionado pelo MP, assistido pelos órgãos de polícia criminal (art.

⁴² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “*Direito Processual Penal*”, Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por MARIA JOÃO ANTUNES, cit., p. 93.

263.º/1 do CPP) pressupondo uma “investigação da existência do crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão de acusar ou não acusar”, nos termos do art. 262.º/1 CPP.

Porém, este dever de investigar comporta algumas **exceções**:

- Crimes particulares em sentido amplo (crimes semi-públicos e crimes particulares em sentido estrito). Para que o MP possa iniciar o inquérito é necessário a apresentação da queixa (art. 242.º/3 do CPP).
- Denúncias anónimas. Só há lugar à abertura do inquérito se da denúncia resultarem indícios suficientes e se a própria denúncia, em si, seja crime, nos termos do art. 246.º/5/6/7 do CPP. No caso da denúncia anónima, se esta for inconsequente e infundada pode constituir crime de difamação ou denúncia caluniosa.

No âmbito do dever de acusar pressupõe-se que sempre que tiverem sido recolhidos indícios suficientes da prática do crime e de quem foi o seu autor, o MP deduz acusação contra aquele (art. 283.º/1 do CPP). Daqui decorre o Princípio da imutabilidade da acusação pública, segundo o qual “*não pode ser retirada a partir do momento em que um tribunal foi chamado a decidir sobre ela. Temos por aqui excluída tanto a renúncia à acusação como a desistência dela; excetuados que sejam os crimes particulares em sentido amplo, onde é possível tanto a renúncia como a desistência desde que esta se verifique, sem oposição do arguido, até à publicação da sentença da 1.ª instância (art. 114.º/1/2 CP e 51.º do CPP)*”⁴³.

Ao princípio da legalidade também são conhecidas algumas limitações, nomeadamente o art. 280.º do CPP, que se refere ao arquivamento em caso de dispensa ou isenção da pena, e o art. 281.º relativamente à suspensão provisória do processo.

Deste modo, estas limitações, segundo MARIA JOÃO ANTUNES, assumem a veste de verdadeiras alternativas ao despacho de acusação do MP aplicáveis à pequena e média criminalidade⁴⁴. Contudo, para COSTA ANDRADE⁴⁵, o que verificamos é a existência de

⁴³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “*Direito Processual Penal*”, Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por MARIA JOÃO ANTUNES, cit., p. 94.

⁴⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “*Direito Processual Penal*”, Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por MARIA JOÃO ANTUNES, cit., p. 97.

um princípio da legalidade aberta, pois o inquérito irá findar de uma forma diferente que não a acusação. Isto significa que, apesar do MP ter recolhido indícios suficientes, durante o inquérito, relativamente à existência de uma infração e de quem foi o seu agente, poderá não submeter a causa a julgamento, ou seja, poderá arquivar ou suspender provisoriamente o processo⁴⁶.

O arquivamento em caso de dispensa de pena só poderá ocorrer, na fase de inquérito, se houver um acordo entre o MP e o Juiz de instrução e caso os pressupostos da dispensa estejam cumpridos, nos termos dos arts. 280.º/1 do CPP e 74.º do CP. No caso de estarmos perante a fase de instrução, além do acordo entre o MP e o Juiz de instrução é necessário também que o arguido participe deste mesmo acordo e que os pressupostos da dispensa de pena estejam também concluídos (arts. 280.º/2 do CPP e 74.º do CP). Se realmente houver lugar à decisão de arquivamento esta é irrecorrível, nos termos do art. 280.º/3 do CPP.

Relativamente à suspensão provisória do processo, o MP propõe este mecanismo de diversão durante um determinado prazo (cf. Art. 282.º do CPP), condicionando o arguido a determinadas regras e condutas. Só é possível se aplicar se existir um acordo entre o MP, o JIC, o assistente e o arguido, nos termos do art. 281.º/1/a do CPP e se os restantes pressupostos forem cumpridos do art. 281.º/1 do CPP.

Ainda no âmbito do art. 281.º do CPP prevêm-se casos especiais de suspensão provisória do processo, nomeadamente em processos por crime de violência doméstica e por crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor (cf. 281.º/7/8 do CPP).

Este mecanismo foi criado tendo em conta o interesse do arguido, exceto nos casos do art. 281.º/7 e 8 do CPP. Estes dois casos excetuados são os chamados casos especiais, pois têm em conta o superior interesse da vítima.

⁴⁵ Parece existir uma divergência doutrinal relativamente ao arquivamento em caso de dispensa da pena e à suspensão provisória do processo. Isto é, estes dois mecanismos são vistos como manifestações do princípio da oportunidade, ideias, concretizações ou são ideias de legalidade aberta? O MP não é livre de decidir sobre a aplicação destes mecanismos, é necessário que obtenha concordância pelo JIC. E quando nos confrontamos com a situação de o MP optar por não aplicar nenhum destes institutos, mesmo verificados os pressupostos? Não existe nenhum mecanismo que controle esta decisão de não aplicar. Por isso é que MARIA JOÃO ANTUNES fala aqui sobre a existência de um princípio da oportunidade, a decisão de não os aplicar não é controlável. Para COSTA ANDRADE, existe um princípio de legalidade aberta com base na ideia de que o MP está ainda vinculado ao programa político criminal que decorre da lei substantiva, quer na sua aplicação ou não. Neste sentido, não é livre de aplicar ou não aplicar estes institutos.

⁴⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *“Direito Processual Penal”*, Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por MARIA JOÃO ANTUNES, cit., p. 97.

Houve uma necessidade do legislador português criar estas exceções, porque estes dois tipos de crime são hoje considerados crimes públicos. Assim, estes casos funcionam como “válvula de escape”, uma forma de proteger a intimidade da vítima.

Para finalizar a questão do dever de acusar do MP, este dever é sujeito a fiscalização e controlo, através de controlo judicial e controlo hierárquico: o controlo judicial da decisão do MP, “*desencadeado pelo arguido quando requer a abertura da instrução relativamente a factos pelos quais tenha deduzido acusação ou pelo requerimento do assistente relativamente a factos pelos quais o MP não tenha deduzido acusação (art. 287.º do CPP); e o controlo hierárquico no prazo de 20 dias quando é proferido um despacho de arquivamento e a instrução não é requerida (art. 278.º do CPP)*”⁴⁷.

c) Princípio da Acusação

O último princípio de iniciativa processual que nos subsiste é o princípio da acusação que tem consagração legal no art. 32.º/5 da CRP. Relativamente a este princípio iremos apenas nos debruçar sobre alguns aspetos cruciais.

Um dos pontos cruciais deste princípio é a necessidade que se consagre uma separação entre a entidade que julga e a entidade que investiga e acusa, isto é, para que exista uma autêntica decisão judicial caracterizada pela imparcialidade, objetividade e independência, necessário é que a “*entidade julgadora não tenha também funções de investigação preliminar e acusação das infrações, mas antes possa apenas investigar e julgar dentro dos limites que lhe são postos por uma acusação fundamentada e deduzida por um órgão diferenciado (em regra o MP ou um JIC)*”⁴⁸.

Assim, a entidade que investiga e acusa é o MP, nos termos dos arts. 48.º, 241.º, 262.º, 263.º, 271.º/1 do CPP e 219.º da CRP.

Outro ponto decisivo refere-se à dedução da acusação. O juiz só poderá julgar e decidir sobre um *infração quando esta lhe é previamente acusada pelo MP (cf. Art. 283.º do CPP) ou, excecionalmente, pelo assistente no âmbito dos crimes particulares em*

⁴⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “*Direito Processual Penal*”, Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por MARIA JOÃO ANTUNES, cit., pp. 98 e 99.

⁴⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “*Direito Processual Penal*”, Lições do Prof. Doutor Jorge De Figueiredo Dias, coligidas por MARIA JOÃO ANTUNES, cit., p. 99.

*sentido estrito*⁴⁹, em que depende de queixa (cf. Art. 285.º/1 do CPP). Assim, no caso de o juiz participar na fase de instrução, este não deverá participar na fase de julgamento, por claras razões de imparcialidade e objetividade.

Por último, o objecto do processo deve ser definido e fixado pela acusação, o que fará *delimitar e fixar os poderes de cognição do tribunal e a extensão do caso julgado*⁵⁰. É neste ponto que verificamos uma vinculação temática do tribunal, onde consubstanciam os princípios do objeto do processo:

- Princípio da identidade – o objecto do processo deve manter-se o mesmo desde o momento em que é fixado até ao fim do processo;
- Princípio da unidade ou indivisibilidade – o objeto do processo deve ser conhecido e julgado na sua totalidade;
- Princípio da consunção – mesmo que não tenha decidido sobre todos os factos, o caso julgado é sobre todos os factos delimitados no objeto do processo.

Ainda em relação ao objeto, existe uma ligação à alteração substancial dos factos, nos termos do art. 1.º/f do CPP. Se se estiver na fase de instrução, estes factos não podem ser tidos em consideração, terão de ser alvo de denúncia para que se possa iniciar um novo procedimento criminal.

4.2. As Alterações da Natureza do Crime de Abuso Sexual de Menores

Chegados a este ponto, pretendemos mostrar que no âmbito do crime de abuso sexual de menores, além da evolução legislativa que nos referimos no ponto 3.2.1., a natureza deste também sofreu modificações. Se estas modificações foram positivas ou não será outra questão no qual daremos a nossa opinião no final deste ponto.

Assim, no tempo do **CP de 1852**, os crimes sexuais:

⁴⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “*Direito Processual Penal*”, Lições do Prof. Doutor Jorge De Figueiredo Dias, coligidas por MARIA JOÃO ANTUNES, cit., p. 103.

⁵⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “*Direito Processual Penal*”, Lições do Prof. Doutor Jorge De Figueiredo Dias, coligidas por MARIA JOÃO ANTUNES, cit., p. 103.

- Tinham natureza semi-pública, exceto no caso em que a infração é praticada contra menores de doze anos. Quando é cometido o crime contra menores de doze anos, o crime é de natureza pública⁵¹.
- A legitimidade processual ativa cabia apenas à pessoa ofendida, aos seus pais ou aos seus tutores⁵².
- Eram considerados particulares. Isto é, “*este caráter particular do crime traduzia-se na decisão de dar à pessoa ofendida a possibilidade de escolher entre a perseguição penal do agente e a convivência anónima com a agressão não denunciada*”⁵³.
- Nos casos em que o menor tinha menos de doze anos considerava-se que só a perseguição penal do agente satisfaria os interesses da vítima e da comunidade⁵⁴.
- Os problemas que sobressaem são o facto do agente do crime ser o progenitor do ofendido e o não esclarecimento a partir de que idade era possível ao ofendido dar início ao processo (Questão da legitimidade da denúncia)⁵⁵.

O novo **CP de 1982** manteve a natureza semi-pública dos crimes sexuais, porém excecionou mais casos. Desta feita, como características cruciais deste novo código temos:

- A legitimidade processual ativa foi alargada aos ofendidos com mais de dezasseis anos. Este ponto veio resolver um dos problemas criados pelo primeiro CP, ao consagrar uma idade mínima para o ofendido ter o direito de iniciar o processo.^{56 57}

⁵¹ Como já nos referimos no ponto 4.1.a), no âmbito do Princípio da Oficialidade, estamos perante crimes públicos quando o MP “promove oficiosamente e por sua própria iniciativa o processo penal e decide com plena autonomia”. No caso dos crimes semi-públicos, para que o MP tenha legitimidade para promover o processo, há a necessidade de o ofendido ou de outras pessoas apresentarem queixa (cf. Art. 49.º/1 CPP e art. 113.º/1/2/3 CP).

⁵² ANA RITA ALFAIATE, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”, cit., p. 43, nota 49. E ANA RITA ALFAIATE, “*Crimes sexuais contra menores: questões de promoção processual*”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, in Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 2009, p. 716, nota 3.

⁵³ ANA RITA ALFAIATE, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”, cit., p. 45, ANA RITA ALFAIATE, “*Crimes sexuais contra menores: questões de promoção processual*”, cit., p. 717 e apud VITOR ANTÓNIO DUARTE FAVEIRO e LAURENTINO DA SILVA ARAÚJO, “*Código Penal Português anotado*”, 3.ª edição, Coimbra Editora, 1960, pp. 683 e ss.

⁵⁴ ANA RITA ALFAIATE, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”, cit., p. 46 e ANA RITA ALFAIATE, “*Crimes sexuais contra menores: questões de promoção processual*”, cit., p. 717.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ ANA RITA ALFAIATE, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”, cit., p. 47 e ANA RITA ALFAIATE, “*Crimes sexuais contra menores: questões de promoção processual*”, cit., p. 719.

- Os crimes públicos aumentaram. Além de se considerar crime público quando estamos no âmbito de uma infração cometida contra menor de doze anos, é também quando o agente da infração é simultaneamente uma das pessoas que, segundo a lei, tem legitimidade para requerer o procedimento criminal. Estamos perante outro crime público quando deste resulta ofensa corporal grave, suicídio ou morte da vítima⁵⁸.
- Desta natureza pública decorre a imposição do MP, tendo conhecimento de um crime, investigue os factos. *“Enquanto o papel que lhe cabe no âmbito dos casos de iniciativa oficiosa consiste em que, antes de iniciar a investigação, o magistrado pondere o interesse da vítima e/ou o interesse público – relativamente aos quais subordinará a sua intervenção”*⁵⁹.
- O bem jurídico protegido nesta altura ainda era o pudor e a moralidade sexual⁶⁰.

Relativamente à revisão do **CP de 1995**:

- O legislador manteve a natureza semi-pública na generalidade dos crimes sexuais.
- No âmbito dos titulares do direito da queixa foi acrescentado um número, de forma a complementar o que tinha sido iniciado no CP de 1982, isto é, *“quando o direito de queixa não puder ser exercido porque a sua titularidade caberia apenas, no caso, ao agente do crime, pode o MP dar início ao procedimento se especiais razões de interesse público o impuserem”* (atual art. 113.º/5/b do CP)⁶¹.
- No novo capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, o legislador estabeleceu que o *“MP poderia, em casos de crimes sexuais praticados contra menores de doze anos, dar início ao processo se especiais razões de*

⁵⁷ Na revisão do CP de 1886, a legitimidade processual foi alargada também aos avós, marido, irmãos e curadores, segundo ANA RITA ALFAIATE, *“A relevância penal da sexualidade dos menores”*, cit., p. 43, nota 49.

⁵⁸ JOÃO CONDE CORREIA, *“O papel do Ministério Público no crime de abuso sexual de crianças”*, in Revista Julgar, n.º 12 – edição especial, Coimbra Editora, 2010, p. 166.

⁵⁹ ANA RITA ALFAIATE, *“A relevância penal da sexualidade dos menores”*, cit., p. 48 e ANA RITA ALFAIATE, *“Crimes sexuais contra menores: questões de promoção processual”*, cit., pp. 719 e 720.

⁶⁰ ANA RITA ALFAIATE, *“A relevância penal da sexualidade dos menores”*, cit., p. 52.

⁶¹ ANA RITA ALFAIATE, *“Crimes sexuais contra menores: questões de promoção processual”*, cit., p. 720.

*interesse público o impusessem*⁶² e quando da prática deste crime resultasse o suicídio ou a morte da vítima⁶³.

- O bem jurídico protegido sofreu uma alteração. Deixando para trás o pudor e a moralidade sexual, o bem jurídico protegido referia-se ao direito à liberdade e autodeterminação sexual⁶⁴.

No âmbito da reforma do **CP de 1998**:

- O legislador veio a alargar a intervenção oficiosa do MP a menores de dezasseis anos e sujeitando-a ao interesse da vítima⁶⁵. O que significa que mesmo quando o procedimento depender de queixa, o MP pode dar início ao processo quando o interesse da vítima o impuser (art. 113.º/6 CP)⁶⁶.
- A proteção da vítima era exercida até aos dezasseis anos.

Já na reforma do **CP de 2001**:

- O MP começou a ponderar as vantagens e as desvantagens para a vítima no âmbito do início de um processo penal, pois, muitas vezes, o interesse da vítima podia correr num sentido distinto do da promoção processual.
- Os crimes praticados contra menor de catorze anos são considerados crimes públicos, no caso do titular do direito de queixa seja o agente da infração⁶⁷.
- Na circunstância de um menor de dezasseis anos, o MP podia, atendendo ao interesse da vítima, impulsionar o processo penal⁶⁸.
- No caso de vítima maior de dezasseis anos, tinha já ela própria legitimidade para se queixar⁶⁹.

⁶² Ibidem.

⁶³ JOÃO CONDE CORREIA, “*O papel do Ministério Público no crime de abuso sexual de crianças*”, cit., p. 167.

⁶⁴ JOÃO CONDE CORREIA, “*O papel do Ministério Público no crime de abuso sexual de crianças*”, cit., p. 169.

⁶⁵ JOÃO CONDE CORREIA, “*O papel do Ministério Público no crime de abuso sexual de crianças*”, cit., p. 167.

⁶⁶ ANA RITA ALFAIATE, “*Crimes sexuais contra menores: questões de promoção processual*”, cit., p. 720. E ANA RITA ALFAIATE, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”, cit., p. 53.

⁶⁷ ANA RITA ALFAIATE, “*Crimes sexuais contra menores: questões de promoção processual*”, cit., p. 720.

⁶⁸ ANA RITA ALFAIATE, “*Crimes sexuais contra menores: questões de promoção processual*”, cit., p. 723.

⁶⁹ Ibidem.

- Na questão da oposição à continuação do processo, ANA RITA ALFAIATE⁷⁰ aceita esta modalidade, mas apenas quando é feita pelo ofendido que entretanto perfaça dezasseis anos e que conclua que o que melhor acautela os seus interesses é a extinção do processo-crime. Se for o representante legal a opor-se à continuação do processo, já não parece razoável atribuir relevância a esta posição.

Por último, a última reforma relevante para o nosso tema foi a reforma do **CP de 2007**:

- O interesse protegido é o interesse da vítima (cf. Art. 113.º CP).
- Os crimes sexuais contra menores passam a ter a natureza de crimes públicos, à exceção dos crimes sexuais com adolescentes, que dependerá de queixa, salvo no caso de suicídio ou morte da vítima (arts. 173.º, 113.º/4 e 5 e 178.º/2 CP)⁷¹. Esta alteração da natureza do crime criou dois problemas: o “descontrolo histórico nas denúncias” e o abandono da vontade da vítima⁷².

Esta alteração conduziu a que os crimes sejam, em regra, públicos e a proteção ao menor seja alheia à sua idade. Contudo, restringe esta proteção permitindo que a ponderação da valia do processo-crime deixe de centrar-se no superior interesse da criança⁷³;

- A suspensão provisória do processo⁷⁴ como uma forma de tentar parar o processo e contornar a mudança de natureza dos crimes sexuais de menores.
- O direito de queixa continuou a exigir-se aos dezasseis anos (art. 113.º/6 do CP).

⁷⁰ ANA RITA ALFAIATE, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”, *cit.*, p. 54.

⁷¹ ANA RITA ALFAIATE, “*Crimes sexuais contra menores: questões de promoção processual*”, *cit.*, pp. 726, nota 19 e 727; ANA RITA ALFAIATE, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”, *cit.*, p. 55 e JOÃO CONDE CORREIA, “*O papel do Ministério Público no crime de abuso sexual de crianças*”, *cit.*, p. 172.

⁷² ANA RITA ALFAIATE considera que a natureza semi-pública e as intervenções atípicas do MP suportavam apenas que o interesse da vítima menor poderia, algumas vezes, não caminhar no sentido do processo-crime e que, portanto, esta seria uma melhor solução do que a alteração de paradigma do legislador.

⁷³ ANA RITA ALFAIATE, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”, *cit.*, pp. 61 e 62.

⁷⁴ Já tivemos ocasião de nos referir a este instituto no ponto 4.1.b do nosso trabalho. Para que o processo se suspenda necessário é cumprir os requisitos constantes do art. 281.º/1/8 CPP, isto é, o “MP, tendo em conta o interesse da vítima, determina a suspensão provisória do processo, com a concordância do juiz de instrução e do arguido, desde que se verifique também a ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza e a ausência de aplicação anterior de suspensão provisória de processo por crime da mesma natureza.”

- O procedimento criminal não se extingue, por efeito de prescrição, antes de o ofendido perfazer vinte e três anos (118.º/5 do CP).

Chegados a este ponto cumpre-nos dar a nossa opinião relativamente a esta mudança de paradigma realizada pelo legislador na revisão do CP de 2007.

Consideramos que esta mudança para a natureza pública dos crimes sexuais acarreta tanto aspetos negativos como aspetos positivos, resta-nos pesar tanto um lado como o outro para chegarmos a uma conclusão.

Um dos aspetos negativos que evidenciamos ao longo da exposição do ponto 4.2. é o facto de que qualquer pessoa, que obtenha conhecimento da prática de um crime contra menor, poderá fazer uma denúncia para que o MP inicie a investigação no âmbito do processo criminal. A isto chamou ANA RITA ALFAIATE de “descontrolo histórico das denúncias”⁷⁵.

Outro aspeto negativo relaciona-se com o interesse que deve ser acolhido. Em princípio, ao longo do tempo, tem-se vindo a verificar uma maior consciencialização para a importância do menor e dos seus direitos e liberdades. O que nos leva a confirmar que o interesse protegido é o interesse da vítima. Contudo, a partir do momento em que se estabelece que o crime de abuso sexual passa a ser considerado crime público, no qual não é necessário a intervenção do ofendido para desencadear o processo-crime, leva-nos a ponderar que o interesse da vítima não foi protegido como era suposto. Pois, à vítima não lhe foi questionado qual a sua vontade ou interesse.

Por outro lado, no âmbito dos aspetos positivos, o legislador iria ser obrigado, mais tarde ou mais cedo, a adotar, no nosso ordenamento jurídico, normas provindas da Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, segundo a qual “cada Estado-Membro deve determinar que as investigações ou a instauração de procedimento penal por infrações abrangidas pela presente Decisão-Quadro não dependem de denúncia

⁷⁵ ANA RITA ALFAIATE, “*Crimes sexuais contra menores: questões de promoção processual*”, cit., p. 727.

ou queixa por uma pessoa que tenha sido vítima da infração” (art. 9.º/1)⁷⁶. Esta é uma forma de unificar a legislação relativa a este ponto em todos os Estados-membros.

Outro ponto positivo é o facto de, apesar de pôr em causa o interesse da vítima, há uma maior probabilidade dos agentes destes crimes hediondos serem denunciados e sujeitos à justiça processual e penal.

Desta feita, estamos de acordo com esta mudança concretizada pelo legislador, pois consideramos que existe uma tentativa de demonstrar que se pretende proteger os menores de uma forma paternalista, atendendo apenas ao interesse da comunidade, no qual se insere o interesse da vítima individualmente. E, para isso, se excetua apenas os atos sexuais com adolescentes, nos termos do art. 173.º e 178.º do CP, considerando que os menores entre os catorze e os dezasseis já possuem alguma maturidade e discernimento para poderem fazer valer o seu interesse ou intenção através da queixa.

⁷⁶ JOÃO CONDE CORREIA, “*O papel do Ministério Público no crime de abuso sexual de crianças*”, *cit.*, p. 172, nota 25.

5. Capítulo III: As Declarações Para Memória Futura – Um Meio de Antecipação da Prova

5.1. Noções Gerais e Razões Justificativas

As declarações para memória futura não existiam durante a vigência do CPP de 1929. Somente com a chegada do Decreto-lei n.º 605/75 de 3 de Novembro, no seu art. 15.º, se veio a prever a possibilidade de antecipar o depoimento de pessoas relativamente às quais pudesse tornar-se impossível ou muito difícil o seu depoimento, mas “após se ter deduzido a acusação ou requerido o julgamento”⁷⁷.

Além desta possibilidade, poderia recorrer-se ao regime da produção antecipada de prova previsto nos artigos 520.º e 521.º do CPC, sob pretexto de estar em *risco de desaparecer ou se tornar muito difícil a produção de certa prova* (*periculum in mora*)⁷⁸.

A consagração deste instituto na lei processual penal apenas se verificou no CPP aprovado pelo Decreto-lei n.º 78/87 de 17 de Fevereiro, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1988. Nesta altura, apenas se previa “*em caso de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro de uma testemunha, que previsivelmente a impeça de ser ouvida em julgamento*”, cabendo ao JIC, a requerimento do MP, do arguido, do assistente ou das partes civis, proceder à sua inquirição no decurso do inquérito, ou, também, *oficiosamente, durante a instrução, “a fim de que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento”*⁷⁹.

Em 1998, pela redação da Lei n.º 59/98 de 25 de Agosto, assistimos a uma das alterações mais importantes relativamente a este mecanismo: o depoimento das vítimas de crimes sexuais passou a poder ser obtido no âmbito das declarações para memória futura,

⁷⁷ RUI DO CARMO, “*Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*”, Revista do Ministério Público, n.º 134, Ano 34 – Abril – Julho, 2013, p. 118.

⁷⁸ RUI DO CARMO, “*Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*”, cit., p. 119. Apud JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “*Código de Processo Civil Anotado*”, Volume I, Coimbra Editora, 2001, p. 414-416.

RUI DO CARMO apresenta-nos como requisitos imprescindíveis para a utilização deste regime: a justificação sumária da necessidade da antecipação; a menção dos factos sobre que há de recair; e o pedido e os fundamentos da demanda. O cumprimento destes requisitos torna-se necessário para que a pessoa contra quem se pretende fazer uso da prova possa exercer o princípio do contraditório.

⁷⁹ RUI DO CARMO, “*Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*”, cit., p. 119.

acrescentando-se no art. 271.º/1 a expressão “bem como nos casos de vítimas de crimes sexuais”⁸⁰.

Esta alteração ficou a dever-se a uma iniciativa de um grupo de juizes do TIC de Lisboa, nas vésperas da revisão de 1998, sob o argumento de que “*estas testemunhas deveriam ser poupadas ao vexame de ter de repetir a sua história e reviver a sua dor vezes sem conta, diante do OPC, do MP, do JIC, do tribunal de julgamento e neste tantas vezes quantas o julgamento tivesse de ser repetido*”⁸¹.

Fruto provavelmente desta alteração, em 1999, é publicada a Lei de Protecção de Testemunhas⁸², especialmente recomendada para inquirição de vítimas especialmente vulneráveis⁸³.

⁸⁰ ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, JOSÉ ANTÓNIO HENRIQUES DOS SANTOS CABRAL, EDUARDO MAIA COSTA, ANTÓNIO JORGE DE OLIVEIRA MENDES, ANTÓNIO PEREIRA MADEIRA, ANTÓNIO PIRES HENRIQUES DA GRAÇA, “*Código de Processo Penal Comentado*”, Editora Almedina, 2014, p. 962.

⁸¹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “*Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, Editora Universidade Católica, 3.ª edição, 2009, p. 702.

⁸² Art. 28.º/2 da Lei n.º 93/99 de 14 de Julho, alterada pela Lei n.º 29/2008 de 4 de Julho. Por outro lado, a Lei n.º 112/2009 de 16 de Setembro regula de forma autónoma as declarações para memória futura das vítimas de violência doméstica (art. 33.º).

⁸³ Relativamente a esta evolução e contributo para as declarações para memória futura existe um acórdão que se refere a esta temática, nomeadamente o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de Janeiro de 2012, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/9d30443e773eab96802579a50058629a?Op=enDocument>

“As revisões de 1998 [Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto] e de 2007 [Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto] alteraram a natureza meramente cautelar do art. 271.º do CPP.

Embora esta finalidade se tenha mantido, as declarações para memória futura passaram a poder ter também lugar para protecção de vítimas de determinados crimes. A partir de 1998, dos crimes sexuais e, a partir de 2007, dos crimes de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual [Estabelecendo-se um regime particular para as vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores (n.ºs 2 e 4 do artigo 271.º).

Manteve-se, mesmo quanto às vítimas dos indicados crimes, a menção de que as declarações prestadas para memória futura apenas seriam tomadas em conta na audiência se tal fosse necessário [Ver artigo 271.º, n.º 1, da actual redacção do Código de Processo Penal.], se bem que se tenham restringido os pressupostos da audição dessas testemunhas na audiência através da introdução da exigência suplementar de o respectivo depoimento não pôr em causa a saúde física ou psíquica de quem o devesse prestar [Ver n.º 8 do artigo 271.º do Código.].

Porém, salvo quando se estabeleceu um carácter obrigatório para a prática desse acto, não se fixaram expressamente os critérios que deviam ser utilizados pelo aplicador para determinar os casos em que a tomada de declarações para memória futura devia ter lugar.

O art. 28.º, n.º 2, da Lei de Protecção das Testemunhas em Processo Penal [Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, alterada pelas Leis n.ºs 29/2008, de 4 de Julho, e 42/2010, de 3 de Setembro, e regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 190/2003, de 22 de Agosto.], ao estabelecer que, «sempre que possível, deverá ser evitada a repetição da audição da testemunha especialmente vulnerável durante o inquérito, podendo ainda ser requerido o

As maiores alterações no âmbito das declarações para memória futura verificaram-se em 2007, na revisão do CPP, operada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto. Assim, seguindo a sintetização de RUI DO CARMO⁸⁴, assistimos a sete modificações significativas:

- 1) Âmbito de aplicação: houve mais um aumento na aplicação deste instituto. As vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual e as vítimas de crime de tráfico de pessoas passaram a ser incluídas no grupo que poderá utilizar este mecanismo, mesmo que não seja previsível a impossibilidade da sua comparência na audiência de discussão e julgamento (art. 271.º/1 do CPP).
- 2) Obrigatoriedade da sua realização: no caso de estarmos perante um menor, vítima de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, a inquirição, no decurso do inquérito, passou a ser obrigatória (art. 271.º/2 do CPP)⁸⁵.

registo nos termos do artigo 271.º do Código de Processo Penal», veio alargar ainda mais o âmbito de aplicação deste preceito.

Deixou de ter uma mera função cautelar e de proteger as vítimas de certo tipo de crimes, passando a abranger todas as pessoas que se incluam no amplo conceito de testemunha, tal como ele se encontra definido pelo artigo 2.º, alínea a), da Lei n.º 93/99, de 14/07, e a abarcar qualquer tipo de crime.

Ao mesmo tempo, foram regulamentados os termos da audição das testemunhas especialmente vulneráveis, visando com isso garantir simultaneamente a espontaneidade e a sinceridade das respostas e a protecção da própria testemunha [Ver artigos 26.º a 31.º da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho].

A Lei n.º 112/2009, de 16/09, veio, por sua vez, no seu artigo 33.º, prever um regime formalmente autónomo para a prestação de declarações para memória futura das vítimas de violência doméstica, se bem que esse regime em pouco difira do actualmente constante do art. 271.º do CPP.

Esta nova disposição não pode, no entanto, ser desligada do regime geral estabelecido para a protecção de testemunhas [Ver o artigo 20.º, n.º 6, da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro.], nem de outras disposições da lei em que se insere que visam assegurar as condições de prestação do depoimento e das declarações em casos de violência doméstica [Ver artigos 16.º, n.º 2, 2.º, n.º 3, 22.º, 23.º e 32.º dessa mesma lei.]. Entre estas últimas conta-se o n.º 2 do art. 16.º, segundo o qual «as autoridades apenas devem inquirir a vítima na medida do necessário para os fins do processo penal», e o art. 22.º, n.º 1, de acordo com o qual, mesmo no decurso de diligências que não a prestação de declarações para memória futura, «a vítima tem direito de ser ouvida em ambiente informal e reservado, devendo ser criadas as adequadas condições para prevenir a vitimação secundária e para evitar que sofra pressões desnecessárias.»

⁸⁴ RUI DO CARMO, “*Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*”, cit., pp. 121 e 122.

⁸⁵ Esta obligatoriedade pode ser também confirmada pelo Acórdão da Relação de Guimarães de 9 de Novembro de 2009, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/90537d69a370c7668025768f003de9f3?O=penDocument>

“De acordo com o artº 271º do Código de Processo Penal, na redacção conferida pela Lei nº 48/2007, de 29/8, as declarações para memória futura de menor vítima de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual em inquérito constituem acto obrigatório e a documentar através de registo áudio ou audiovisual, valendo como prova de julgamento independentemente do menor vir a ser novamente ouvido durante a audiência”.

- 3) Participação dos sujeitos processuais na diligência: o MP e o defensor do arguido estão obrigados a comparecerem (art. 271.º/3 do CPP).
- 4) Condições da sua realização: para obter o depoimento do menor, vítima de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, é necessário que este seja realizado em local e de forma a garantir um ambiente informal e reservado, acompanhado por um técnico especialmente habilitado (art. 271.º/4 do CPP).
- 5) Regras da prestação de declarações: há a possibilidade de afastar o arguido durante a diligência, nos termos do art. 352.º do CPP, apesar deste ter direito de estar presente e a permissão de leitura de autos e declarações constantes do processo, nos termos do art. 356.º do CPP, mas não das declarações do arguido (art. 357.º do CPP)⁸⁶.
- 6) Documentação da diligência: aplicam-se as regras da documentação das declarações em audiência (arts. 363.º e 364.º do CPP).
- 7) Renovação do depoimento em julgamento: existem dois tipos de razões que justificam o recurso ao instituto das declarações para memória futura. O primeiro tipo decorre das declarações que constavam do CPC, em que se justificava o recurso pelo facto de ser previsível a impossibilidade de comparecer na audiência de discussão e julgamento, limitando-se às situações provocadas por doença grave ou por deslocação ao estrangeiro. Já o segundo tipo refere-se às situações em que estão em causa vítimas especialmente vulneráveis, vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. Neste segundo tipo o fundamento foca-se na garantia da sua proteção e da genuinidade das declarações.⁸⁷

No âmbito de menores, vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, justifica-se a tomada de medidas para a realização do depoimento no mais curto espaço de tempo possível após a ocorrência dos factos, de forma a que a vítima seja protegida e o seu relato seja recolhido nas melhores condições possíveis. Pois, segundo o art. 28.º da Lei de Proteção de Testemunhas, “o depoimento ou as declarações da

⁸⁶ ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, JOSÉ ANTÓNIO HENRIQUES DOS SANTOS CABRAL, EDUARDO MAIA COSTA, ANTÓNIO JORGE DE OLIVEIRA MENDES, ANTÓNIO PEREIRA MADEIRA, ANTÓNIO PIRES HENRIQUES DA GRAÇA, “*Código de Processo Penal Comentado*”, cit., p. 964.

⁸⁷ RUI DO CARMO, “*Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*”, cit., p. 122.

testemunha particularmente vulnerável deverão ter lugar o mais brevemente possível após a ocorrência do crime e que (...) deverá ser evitada a repetição da audição da testemunha especialmente vulnerável (...)

Nas palavras de CATARINA RIBEIRO, este último aspeto é extremamente importante, *“já que a repetição de inquéritos acerca do mesmo assunto, para além de ser penosa para a criança, leva a distorções da informação e, conseqüentemente, a alterações da percepção e relato do facto vivido, o que dificulta claramente a investigação judicial e a integração psicológica da situação por parte da criança”*⁸⁸. Esta repetição produz efeitos vitimizadores (vitimização secundária) no menor, a criação de medo, angústia e ansiedade.

Este regime das declarações para memória futura das crianças vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual ficou marcado por diversos diplomas internacionais. Desde logo, pela Recomendação Rec (2001)16 do Comité de Ministros do Conselho de Europa sobre a proteção das crianças contra a exploração sexual, que *“prevê medidas especiais que evitem a repetição de inquirições, minimizem o seu impacto negativo e aumentem a credibilidade”*⁸⁹, que evitem, no fundo, a vitimização secundária. Para além desta Recomendação teve influência a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho da União Europeia, de 15 de Março de 2001, relativamente ao estatuto da vítima em processo penal, *“para cujas normas respeitantes ao tratamento e condições do depoimento das testemunhas particularmente vulneráveis remete a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho da União Europeia de 22 de Dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e pornografia infantil”*⁹⁰.

Fruto do regime de produção da prova especial que o art. 8.º da Decisão-Quadro 2001/220/JAI já previa para as vítimas especialmente vulneráveis e que o art. 7.º da Decisão-Quadro 2002/629/JAI⁹¹ e o art. 7.º da Decisão-Quadro 2004/68/JAI previram que se aplicasse a crianças vítimas de tráfico e de exploração sexual, o *“Tribunal de Justiça da*

⁸⁸ CATARINA JOÃO CAPELA RIBEIRO, *“A criança na justiça: trajetórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar”*, cit., p. 121.

⁸⁹ RUI DO CARMO, *“Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual”*, cit., p. 123.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ Decisão-Quadro disponível na internet em:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:203:0001:0004:PT:PDF>

União Europeia decidiu, a 16 de Junho de 2005, no caso **Maria Pupino**⁹², que essa proteção deveria incluir a faculdade de a produção de prova pelas pessoas mais vulneráveis se verificar fora e antes da audiência de julgamento, sem confronto pessoal destas pessoas com o arguido”⁹³.

Outro importante contributo foi a Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais assinada em Lanzarote em 25 de Outubro de 2007⁹⁴ entrou em vigor, na nossa ordem jurídica, no dia 1 de Dezembro de 2012. Esta convenção apresentou-nos um importante conjunto de normas no seu art. 35.º que se referem à audição da criança.

Por último, a Diretiva 2011/93/UE⁹⁵ do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, que substituiu a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, no qual foi transposta para a ordem jurídica portuguesa através da Lei n.º 103/2015 de 24 de Agosto, criando o sistema de registo de identificação criminal de condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor.

⁹² Processo n.º C-105/03, disponível na internet e consultado pela última vez a 11 de Dezembro de 2015: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d51db73e2b80d44abe81398230242fe1ba.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbNz0?docid=59363&pageIndex=0&doclang=PT&dir=&occ=first&part=1&cid=459510>

De uma forma sintetizada, acompanhando, mais uma vez, RUI DO CARMO, o caso Maria Pupino surgiu pela “*resposta a um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal de Firenze (Itália), que pretendia saber se, nos termos da decisão-quadro, num processo penal por ofensas corporais contra crianças de cinco anos, estas podiam prestar o seu depoimento sem ser na audiência de julgamento e antes da realização desta, uma vez que a legislação italiana não o previa expressamente nestes casos. O tribunal decidiu que: “os arts. 2.º, 3.º e 8.º/4 da Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal, devem ser interpretados no sentido de que o órgão jurisdicional nacional deve ter a possibilidade de autorizar que crianças de tenra idade, que (...) aleguem ter sido vítimas de maus tratos, prestem o seu depoimento segundo modalidades que permitam assegurar a estas crianças um nível adequado de proteção, por exemplo sem ser na audiência pública e antes da sua realização. O órgão jurisdicional nacional é obrigado a tomar em consideração as regras de direito nacional no seu todo e a interpretá-las, na medida do possível, à luz do teor e da finalidade da referida decisão-quadro.”*”

De uma forma mais completa convidamos a ler CRUZ BUCHO, “*Declarações para memória futura (elementos de estudo)*”, 2012, disponível em:

http://www.trg.pt/ficheiros/estudos/declaracoes_para_memoria_futura.pdf, pp. 48 a 56.

⁹³ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “*Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, cit., p. 702.

⁹⁴ Disponível na Internet em: <https://dre.pt/application/file/178000>

⁹⁵ Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32011L0093>

Segundo esta Lei, no seu art. 3.º, o sistema de registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor visa o acompanhamento da reinserção do agente na sociedade, obedecendo ao princípio do interesse superior das crianças e jovens, em ordem à concretização do direito destes a um desenvolvimento pleno e harmonioso, bem como auxiliar a investigação criminal.

Todos estes diplomas contribuíram para a redação atual do art. 271.º:

Código de Processo Penal

PARTE II

LIVRO VI - Das fases preliminares

TÍTULO II - Do inquérito

CAPÍTULO II - Dos actos de inquérito

Artigo 271.º - Declarações para memória futura

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

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

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

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

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

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

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

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

5.2. Pressupostos de Aplicação

As declarações para memória futura, tal como já frisámos, encontram-se previstas no art. 271.º (no âmbito do inquérito) e no art. 294.º (na fase da instrução) do CPP. Estas traduzem-se na *“possibilidade de tomada de depoimentos às testemunhas ou de declarações ao assistente, às partes civis, aos peritos e aos consultores técnicos, ou de realização de careações, pelo JIC, em sede de inquérito, ou de instrução, com vista à sua posterior utilização em audiência de discussão e julgamento”*^{96 97}.

Esta diligência constitui uma exceção ao princípio da imediação⁹⁸, pois as *“provas recolhidas sob a égide do JIC podem ser tomadas em conta no julgamento”*⁹⁹. Trata-se de

⁹⁶ ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *“Notas sobre o âmbito e a natureza dos depoimentos (ou declarações) para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais (ou da razão de ser de uma aparente “insensibilidade judicial” em sede de audiência de julgamento)”*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 19 – N.º 1, Janeiro – Março, 2009, p. 106.

⁹⁷ ANTÓNIO MIGUEL VEIGA realça-nos o facto das declarações para memória futura apresentarem uma terminologia incorreta, isto é, para este autor a denominação mais correta seria de “depoimentos para memória futura” quando referidos às testemunhas, pois apenas o arguido, os assistentes e as partes civis – mas não as testemunhas – prestam declarações (cf. Arts. 140.º, 145.º e 128.º do CPP).

⁹⁸ Seguindo ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, a imediação, definida por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, é vista como a relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes no processo, de modo tal que aquele possa obter uma perceção própria do material que haverá de ter como base da sua decisão. Este princípio é a regra e não a exceção no nosso processo penal.

ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *“Notas sobre o âmbito e a natureza dos depoimentos (ou declarações) para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais (ou da razão de ser de uma aparente “insensibilidade judicial” em sede de audiência de julgamento)”*, cit., p. 118.

um meio de produção antecipada de prova, mas que constitui uma *prova “com relevância e força para o futuro”*¹⁰⁰.

Como já mencionámos anteriormente, as declarações foram pensadas, inicialmente, pelo legislador como uma forma de evitar que a prova se perdesse ou se inviabilizasse antes do julgamento e, mais tarde, para prevenir o perigo de perda da prova, nos casos em que estavam em causa menores, como uma forma de proteção dos mesmos¹⁰¹.

Portanto, este mecanismo comporta duas situações possíveis: uma situação em que há uma obrigatoriedade de realizar as declarações e uma segunda situação onde poderá haver requerimento.

A primeira situação refere-se aos casos em que está em causa os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual da vítima menor, nos termos do art. 271.º/2 do CPP. Quando estamos perante este tipo de crimes e não é cumprida a obrigatoriedade há lugar à nulidade, nos termos do art. 120.º/2/d do CPP¹⁰².

Já na segunda situação estamos perante os casos em que, apesar do processo se encontrar na fase de inquérito, *“determinado depoimento (que não do arguido) está em risco de não ser adquirido para os autos e carece de ficar a constar neles com valor de prova. São os casos de pessoas gravemente doentes, em trânsito para o estrangeiro ou casos de vítimas mais vulneráveis de crimes sexuais ou tráfico de pessoas”*¹⁰³.

Após a distinção das duas situações de tomada de declarações para memória futura cumpre-nos apresentar os três requisitos¹⁰⁴ da diligência e mencionar que estes são

⁹⁹ ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, JOSÉ ANTÓNIO HENRIQUES DOS SANTOS CABRAL, EDUARDO MAIA COSTA, ANTÓNIO JORGE DE OLIVEIRA MENDES, ANTÓNIO PEREIRA MADEIRA, ANTÓNIO PIRES HENRIQUES DA GRAÇA, *“Código de Processo Penal Comentado”*, cit., p. 963.

¹⁰⁰ M. SIMAS SANTOS E M. LEAL-HENRIQUES, *“Código de Processo Penal Anotado”*, II Volume, Editora Rei dos Livros, 2.ª edição, 2000, p. 99.

¹⁰¹ ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, JOSÉ ANTÓNIO HENRIQUES DOS SANTOS CABRAL, EDUARDO MAIA COSTA, ANTÓNIO JORGE DE OLIVEIRA MENDES, ANTÓNIO PEREIRA MADEIRA, ANTÓNIO PIRES HENRIQUES DA GRAÇA, *“Código de Processo Penal Comentado”*, cit., p. 963.

¹⁰² FERNANDO GAMA LOBO, *“Código de Processo Penal Anotado”*, Editora Almedina, 2015, p. 495.

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ Relativamente aos requisitos de aplicação do mecanismo das declarações para memória futura temos o Acórdão da Relação de Coimbra de 24 de Abril de 2012, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/37a417eaf825b4c3802579ff003ca53f?OpenDocument>

alternativos. Desta forma, o primeiro requisito refere-se a uma característica da testemunha, a circunstância de ela sofrer de uma “doença grave”, que previsivelmente a impeça de ser ouvida em julgamento. Assim a doença terá de ser:

- Grave, mesmo que não seja adequada para considerar a pessoa como inimputável para efeitos civis ou nem mesmo como inimputável para efeitos criminais. 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 testemunha¹⁰⁵;
- De natureza física ou psíquica, incluindo 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. É relativamente a estes estados que o legislador estabeleceu que quando a “saúde física ou psíquica” da pessoa possa ser posta em causa não se deve repetir a tomada de declarações para memória futura (art. 271.º/8 do CPP)¹⁰⁶;

“As declarações para memória futura, que constituem uma excepção ao princípio da imediação, são assim diligências de prova realizadas pelo juiz de instrução na fase do inquérito, sujeitas ao princípio do contraditório [reforçado pela nova redacção do nº 3 do artigo citado], e que visam a sua consideração em fases mais adiantadas do processo como a instrução e o julgamento, mesmo na ausência das pessoas que as produziram.

São requisitos da tomada de declarações para memória futura:

- Que a testemunha a inquirir esteja afectada por doença grave ou que tenha que se deslocar para o estrangeiro;

- Que seja previsível, quer por causa da doença, quer por causa da deslocação, que a testemunha esteja impedida de depor em julgamento.

Os requisitos são válidos para todos os crimes, com excepção dos crimes sexuais e, actualmente, com excepção dos crimes de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual. Nestes casos, as vítimas podem ser ouvidas em declarações para memória futura [os ofendidos menores de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual sê-lo-ão sempre, nos termos do nº 2, vigente], sem exigência da verificação daqueles requisitos.

Finalmente, deve notar-se que a tomada de declarações para memória futura não impede que a testemunha possa prestar depoimento em audiência de julgamento, desde que o tribunal considere a repetição necessária para a descoberta da verdade, nos termos do art. 340º, nº 1, do C. Processo Penal, oficiosamente ou a requerimento, e desde que repetição não ponha em risco a saúde da testemunha. Aliás, esta possibilidade está hoje expressamente prevista no nº 8, do art. 271º, do C. Processo Penal.”

¹⁰⁵ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, cit., p. 701.

¹⁰⁶ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, cit., p. 701.

- Atual, tem de se verificar à data da decretação da diligência e da sua realização, mas pode ser uma doença de efeito intermitente¹⁰⁷;
- Previsivelmente impeditiva de a testemunha ser ouvida em julgamento.

Relativamente ao segundo requisito, este alude à situação de uma testemunha, assistente, parte civil, perito ou consultor técnico ter que se deslocar para o estrangeiro e, portanto, estar previsivelmente impedido de ser ouvido em julgamento. Esta deslocação tem de ser por “*tempo prolongado, para além da data previsível do julgamento, ou por período indeterminado, sem data de regresso*”¹⁰⁸.

Por último, mas não menor importante, temos o terceiro requisito que diz respeito aos crimes de tráfico de pessoas e contra a liberdade e autodeterminação sexual.

5.3. As Declarações no Caso dos Menores

5.3.1. Controvérsias e Tentativas de Solução

Impõe-se nesta fase colocar algumas questões que suscitem uma grande discussão na doutrina e na jurisprudência. Pretendemos mostrar os verdadeiros problemas em causa e apresentar as soluções que consideramos as mais indicadas e que se devem aplicar às controvérsias que levantaremos.

Desde logo, num primeiro ponto, abordaremos a questão da admissibilidade da diligência das declarações para memória futura no caso de ainda não existir um arguido constituído, que poderá por em causa o princípio do contraditório, um dos princípios basilares do nosso ordenamento jurídico-penal.

Num segundo ponto, debruçar-nos-emos sobre a questão de ser possível ou não a repetição das declarações para memória futura, na fase de inquérito ou instrução, quando estamos perante a nulidade, na fase do inquérito, por não terem sido observadas as formalidades legais exigidas, por exemplo.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ Ibidem.

Por último, relativamente às alterações verificadas em 2007, no âmbito dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual do menor, necessitamos de aprofundar alguns pontos que consideramos controversos e que não foram abordados anteriormente de forma crítica por não considerarmos o momento oportuno.

5.3.1.1. (Im)Possibilidade de Declarações para Memória Futura caso o Inquérito ainda não corra contra Pessoa Determinada

Esta temática é considerada uma das mais discutidas na doutrina e jurisprudência, pois apesar de já existir acórdãos do STJ¹⁰⁹ acerca desta admissibilidade, existem alguns autores que consideram que esta possibilidade viola o princípio do contraditório, nos termos do art. 32.º/5 da CRP.

O que está aqui em causa é a possibilidade da diligência ser realizada independentemente de já estar, ou não, constituído algum arguido ou de se conhecer, ou não, a identidade do suspeito do crime. Isto é, o menor presta declarações para memória futura, contudo, no momento em que estas são realizadas, ainda não está determinada a pessoa ou pessoas que poderão ser os agentes do crime.

A verdade é que o nosso ordenamento jurídico caracteriza-se por ter um processo criminal com uma estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos

¹⁰⁹ Nomeadamente o Acórdão do STJ de 25 de Março de 2009, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6bc39042149ce2f2802575ac004c0baa?OpenDocument>, que refere no ponto XII, XIII e XIV:

“XII - 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 (declarações) sejam admissíveis, que se encontre constituído arguido no processo.

XIII - Numa situação em que:

- À data em que foram prestadas as declarações para memória futura o arguido ainda não havia sido constituído como tal no processo;
- O defensor do arguido foi notificado do despacho que declarou aberta a instrução;
- O arguido tomou contacto com o processo, formal e substancialmente, quando foi sujeito a primeiro interrogatório judicial;
- As testemunhas não foram inquiridas em audiência de julgamento;

podemos concluir que foram salvaguardados e respeitados os direitos de defesa do arguido, designadamente o contraditório – enquanto expressão do direito a um processo equitativo –, e que não estamos perante prova proibida ou que não pudesse ser atendida e valorada pelo tribunal a quo, não tendo sido violados quaisquer preceitos constitucionais, nomeadamente os arts. 32.º, n.ºs 1 e 5, e 20.º, n.º 4, da CRP.

instrutórios, nomeadamente a aquisição antecipada da prova, que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório¹¹⁰.

O princípio do contraditório traduz-se na “*estruturação da audiência de julgamento e dos atos instrutórios que a lei determinar em termos de um debate ou discussão entre a acusação e a defesa*”¹¹¹, isto é, o juiz deve ouvir a acusação e a defesa, nos termos do art. 32.º/5 da CRP.

E a controvérsia que surge aqui é o facto de alguns autores¹¹² considerarem que, por não estar qualquer pessoa determinada como arguido e o menor prestar declarações para memória futura, se está a frustrar o direito de contraditório do arguido, o tal debate entre acusação e defesa. Porém, se por esta razão não admitíssemos esta diligência “*poderia ficar definitivamente prejudicada a aquisição da prova que se encontrasse em perigo de ser perdida. Nestes casos, o princípio constitucional do contraditório exige que o juiz designe defensor para assegurar a defesa da pessoa (mesmo que a sua identidade não seja conhecida) a quem se atribui a prática do crime*”¹¹³.

¹¹⁰ ANTÓNIO GAMA, “*Reforma do Código de Processo Penal: Prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento*”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 19, N.º3, Julho-Setembro, 2009, p. 398; RUI DO CARMO, “*Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*”, cit., p. 126 e JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, “*O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP)*”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 7, Fasc. 3.º, Julho-Setembro, 1997, p. 409.

¹¹¹ ANTÓNIO GAMA, “*Reforma do Código de Processo Penal: Prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento*”, cit., p. 398.

¹¹² Contra a possibilidade de se admitir as declarações para memória futura sem arguido constituído temos DAMIÃO DA CUNHA, que considera que “uma vez que a aquisição antecipada da prova supõe o respeito pelo princípio do contraditório, parece que só se pode recorrer a ele existindo já uma pluralidade de sujeitos processuais (com especial relevo para a existência de um arguido); não pode, pois, o MP a ele recorrer (através de requerimento) se não existir já um arguido. De resto, a finalidade desta diligência visa a audiência de julgamento, o que supõe já a constituição de uma pessoa como arguido”, “*O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP)*”, cit., p. 409; JOAQUIM MALAFAIA, “*O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos actos de instrução e nas declarações para memória futura*”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, n.º 4, 2004, p. 532, que nos diz que: “Esta forma de produção antecipada de prova, ou de prestação antecipada de depoimento, pode ocorrer em qualquer fase do processo, anterior à audiência de discussão e julgamento, desde que haja(m) arguido(s) constituído(s) na altura em que forem ordenadas e recolhidas” e JOSÉ MOURAZ LOPES, “*O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para memória futura*”, Sub Judice 26 – Crimes sexuais: o direito em acção, Outubro-Dezembro, 2003, p. 16, afirmando que: “não pode lançar-se mão do instituto sem que previamente tenha sido constituído arguido no processo”.

¹¹³ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “*Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, cit., p. 702. E RUI DO CARMO, “*Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*”, cit., p. 126.

Este é o entendimento da maioria da doutrina e da jurisprudência e é também o nosso entendimento. De facto, ao ser nomeado obrigatoriamente um defensor antes de estar constituído o arguido, não nos parece que as garantias de defesa do mesmo estejam em perigo. Assim que for constituído arguido, este poderá ouvir as provas e apresentar a sua contestação, nomeadamente as suas razões e provas, de forma a refutar a diligência antecipadamente realizada¹¹⁴. Isto é, “*o direito do arguido contrariar a prova decorrente das declarações para memória futura pode abranger tanto o conteúdo do depoimento como os fatores que possam afetar a credibilidade da testemunha, e também as circunstâncias e o modo da sua prestação*”¹¹⁵.

Além disto, com a revisão do CPP em 2013, realizada pela Lei n.º20/2013 de 21 de Fevereiro, as condições para o exercício do direito foram reforçadas, ao consagrar a regra da documentação das declarações através de registo áudio ou audiovisual (art. 271.º/6 e 364.º do CPP)¹¹⁶.

5.3.1.2. Repetição, em Inquérito ou Instrução, da tomada de Declarações para Memória Futura

Esta segunda problemática refere-se à possibilidade ou não das declarações para memória futura poderem ser repetidas pelo JIC, por não terem sido cumpridos os requisitos legais necessários.

Na doutrina, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE e ANTÓNIO GAMA têm, aparentemente, perspectivas diferentes desta possibilidade.

Desde logo, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE diz-nos, de uma forma sintetizada, que o JIC “*não tem qualquer competência para ordenar a repetição da prova*

¹¹⁴ No mesmo acórdão do STJ mencionado na nota 109, no ponto XIV, o tribunal reafirma que:

“XIV - O arguido teve oportunidade de contraditar a credibilidade e os depoimentos daquelas testemunhas quer na instrução (onde esteve presente e representado por advogado) quer em sede de audiência de julgamento, apresentando os meios de prova que entendesse necessários (designadamente testemunhas), sendo certo que o contraditório não exige, em termos absolutos, o interrogatório directo em cross examination.”

¹¹⁵ RUI DO CARMO, “*Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*”, cit., p. 127.

¹¹⁶ Ibidem.

anteriormente prestada em diligência para memória futura¹¹⁷”. Porém, não nos apresenta qualquer justificação para este entendimento.

Já ANTÓNIO GAMA considera que: “*está no âmbito de competência do JIC ordenar a repetição da prova anteriormente prestada em diligência para memória futura, 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, v. g., art. 119.º, als. b), do CPP [ausência do Ministério Público] e c) [ausência do defensor], pois segundo o art. 271.º, n.º 3 ‘é obrigatória a comparência do Ministério Público e do defensor. Investigando o juiz de instrução criminal autonomamente o caso submetido a instrução e sendo a instrução formada pelo conjunto dos actos de instrução que o juiz entenda levar a cabo, art. 287.º, n.º2, 289.º, n.º1 e 294.º do Código de Processo Penal, não vemos obstáculo a que, v.g., nos apontados casos, o juiz repita a produção de prova o que tem respaldo no art. 291.º, n.º3, do Código de Processo Penal, ao permitir a repetição das diligências de prova no caso de não terem sido observadas as formalidades legais*”¹¹⁸”.

Pelo facto de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE não ter apresentado fundamentos para o seu entendimento, consideramos a necessidade de perspetivar as situações que poderiam justificar a reflexão do mesmo.

Assim, seguindo o pensamento de CRUZ BUCHO¹¹⁹, podemos perspetivar algumas situações:

- 1) A primeira situação refere-se à circunstância do processo ainda se encontrar em inquérito e instrução, das declarações para memória futura anteriores terem sido efetuadas na fase de inquérito ou instrução e padecerem de nulidade insanável por ausência do Ministério Público ou do defensor. Consideramos que quem tem competência nesta fase para impulsionar esta repetição de prova é indiscutivelmente o JIC.
- 2) A segunda situação relaciona-se com a possibilidade de ser suscitada a nulidade sanável decorrente da “*falta de nomeação de intérprete quando no processo*”

¹¹⁷ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “*Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, cit., p. 705.

¹¹⁸ ANTÓNIO GAMA, “*Reforma do Código de Processo Penal: Prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento*”, cit., pp. 403 e 404.

¹¹⁹ CRUZ BUCHO, “*Declarações para memória futura (elementos de estudo)*”, cit., p. 115.

intervenha pessoa que não conhece ou domina a língua portuguesa [artigos 92.º, n.º 2 e 120.º, n.º 2, alínea c)] ou em caso de irregularidade decorrente, da falta de notificação do despacho que designa dia para a realização das declarações ao advogado do assistente ou das partes civis, ou da falta de notificação do mesmo despacho ao arguido (estando o seu defensor presente), ou ainda, v.g., da circunstância de o juiz não ter autorizado o defensor a formular perguntas adicionais”¹²⁰.

Nestas situações, a repetição da prova está dependente da declaração da nulidade/irregularidade e da manutenção dos pressupostos do art. 271.º/1 e 2 do CPP. Na circunstância desta declaração de nulidade/irregularidade o processo continuar na fase de inquérito, é necessário que, para haver a repetição, quem tem legitimidade para requerer que o faça, de forma expressa.

- 3) A terceira situação que poderá estar em causa é a de saber se é possível, na fase de instrução, a repetição da prova antecipada já produzida na fase de inquérito ou de instrução, sem qualquer influência das nulidades e irregularidades. Não verificamos qualquer controvérsia na questão da repetição, desde que os pressupostos do art. 271.º/1 e 2 do CPP continuem a ser cumpridos e se “revelar “indispensável à realização das finalidades da instrução” (artigo 291.º, n.º 3) e não puser em causa a saúde física ou psíquica do declarante¹²¹”.
- 4) Por último, quando o processo já se encontra em audiência de julgamento, a repetição da prova anteriormente realizada para memória futura só poderá ser ordenada, em regime de exclusividade, pelo juiz de julgamento. Este poderá ter sido o pensamento de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE.

5.3.1.3. As Alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2007

Chegados a este último ponto das controvérsias e tentativas de solução, pretendemos apenas aprofundar alguns pontos do art. 271.º do CPP que foram alterados pela Lei n.º 48/2007, relativamente aos menores, vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ CRUZ BUCHO, “Declarações para memória futura (elementos de estudo”, cit., p. 116.

Tal como fomos enunciando ao longo da nossa dissertação, os menores são pessoas especialmente vulneráveis, são crianças que estão a aprender a crescer numa sociedade constituída por valores, por direitos, por obrigações. À medida que vão crescendo, vão apreendendo que o ser humano é capaz de criar tanta coisa maravilhosa como praticar atos que resultem nas maiores atrocidades.

São estes atos que nos preocupam, que nos deixam de tal forma apreensivos que emerge de nós a necessidade de criar formas de proteção à sociedade. E uma destas formas de proteção à criança foi a criação das declarações para memória futura, uma tentativa de respeitar todos os princípios inerentes ao nosso ordenamento jurídico ao mesmo tempo que se recolhe a prova que irá ser utilizada na audiência de julgamento. É uma forma de tentar evitar a vitimização secundária, em que a criança é levada a “*reviver os sentimentos negativos (medo, ansiedade, dor) experienciados aquando do crime*”¹²².

Assim, o art. 271.º/4 do CPP vem estabelecer que nos casos de processo por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, “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”.

Como a diligência é produzida em ambiente informal e reservado, isto significa que não há publicidade, constituindo uma exceção. Esta possibilidade encontra-se regulada no art. 87.º/3 do CPP¹²³. Além desta exclusão da publicidade é necessário que o menor seja acompanhado por um técnico especialmente habilitado para o efeito.

Porém, o CPP não nos explicita as condições específicas da realização desta diligência, ao contrário da Lei de Proteção de Testemunhas, que nos seus art. 27.º, 29.º e 30.º “*contém alguma concretização das funções do técnico designado para a acompanhar,*

¹²² ANTÓNIO GAMA, “*Reforma do Código de Processo Penal: Prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento*”, cit., pp. 404 e 405.

¹²³ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “*Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, cit., p. 703.

prevê expressamente o eventual contato prévio da testemunha com o juiz e o local da inquirição e define as regras de execução da audição^{124 125}.

De prever que em Portugal ainda não se conseguiu a excelência nas condições exigidas para o cumprimento da diligência, salvo raras exceções. Um dos exemplos é o facto das instalações judiciais não estarem devidamente preparadas para ouvirem a criança¹²⁶.

RUI DO CARMO¹²⁷ apresenta uma caracterização genérica de como devem ser os ambientes informais e reservados:

- Locais simples e que sejam amigáveis para a criança, que permitam uma boa gestão do tempo da inquirição, sejam sóbrios e não contenham elementos que constituam fonte de distração;
- Em que não ocorra o encontro entre a criança e o arguido ou outros adultos que a possam perturbar emocionalmente, antes, durante ou depois da diligência;
- Em que exista separação física, através de um espelho unidirecional, entre o local em que se encontra a criança e quem dirige e executa a inquirição e o local onde se encontram os restantes intervenientes;
- Com um sistema de gravação audiovisual que proceda ao registo integral do decurso das declarações para memória futura.

Porém, como ainda não foi possível adotar as medidas necessárias nesse sentido, tentou-se criar este tal ambiente dentro do próprio tribunal, de forma a *“minorar tanto quanto possível o impacto negativo do espaço e das condições logísticas de realização da*

¹²⁴ RUI DO CARMO, *“Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual”*, cit., p. 132.

¹²⁵ Além da Lei de Proteção de Testemunhas, a Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais (Convenção de Lanzarote) no seu art. 35.º/1/ b estipula que as audições da criança devem ter lugar, sempre que necessário, em instalações adequadas ou adaptadas para esse efeito.

¹²⁶ RUI DO CARMO, *“Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual”*, cit., p. 133.

¹²⁷ RUI DO CARMO, *“Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual”*, cit., p. 133. *Apud* ISABEL MARQUES ALBERTO, *“Abuso sexual de crianças: o psicólogo na encruzilhada da ciência com a justiça”*, Psicologia Forense, Editora Almedina, 2006, pp. 457 a 459.

inquirição sobre a criança e a qualidade do depoimento”¹²⁸. Desta feita, deve-se ter em atenção os seguintes aspetos, seguindo, novamente o pensamento de RUI DO CARMO¹²⁹:

- Escolher o local do tribunal em que a criança possa ser mais bem acolhida e aquele em que a diligência se possa realizar nas melhores condições;
- Organizar a sua receção e a circulação de todos os intervenientes de modo a não ocorrerem encontros que afetem a criança;
- Usar a teleconferência para transmitir o som e a imagem do local onde estão a criança e quem dirige e executa a inquirição para aquele outro em que estão os restantes intervenientes na diligência;
- Não utilizar traje profissional.

Relativamente ao técnico especialmente habilitado, este tem como funções *“preparar a criança para o contato com o meio judicial, para que esta adira sem constrangimento à diligência, acompanhá-la e dar-lhe o apoio necessário, mesmo depois de concluídas as declarações, para que a participação neste ato não lhe seja emocionalmente prejudicial”*¹³⁰.

Nos termos do art. 160.º do CPP, este técnico deve ser oriundo dos “serviços especializados, incluindo os serviços de reinserção social, ou, quando isso não é possível ou conveniente, especialistas em criminologia, em sociologia ou em psiquiatria”, ou entidades terceiras. Assim, consideramos até conveniente que, no caso de haver perícia sobre a personalidade, nos termos do art. 131.º/3 do CPP, seja este mesmo técnico que realizou a perícia que acompanhe o menor na fase da realização da diligência para memória futura¹³¹.

¹²⁸ RUI DO CARMO, *“Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual”*, cit., p. 133.

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ RUI DO CARMO, *“Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual”*, cit., p. 134. Para esclarecimentos mais aprofundados sobre as funções e atuações dos técnicos nomeados veja-se o artigo de SÓNIA CARIDADE, CÉLIA FERREIRA E RUI DO CARMO, *“Declarações para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais: orientações para técnicos habilitados”*, coord. Marlene Matos, Rui Abrunhosa Gonçalves, Carla Machado, Psiquilibrios edições, 2011, p. 85.

¹³¹ ANTÓNIO GAMA, *“Reforma do Código de Processo Penal: Prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento”*, cit., p. 405.

Outro ponto que consideramos necessário aprofundar e discutir é a novidade do art. 271.º/5 do CPP, no qual estabelece que: “A inquirição é feita pelo juiz, podendo em seguida o Ministério Público, os advogados do assistente e das partes civis e o defensor, por esta ordem, formular perguntas adicionais”. Antes da alteração de 2007, os sujeitos processuais podiam “solicitar ao juiz a formulação de perguntas adicionais, podendo ele autorizar que sejam eles a fazê-las”, mas não questionar diretamente o menor¹³².

De facto, “*passou-se de um contraditório mitigado, antes da Reforma, para um total e direto contraditório*”¹³³.

Esta alteração leva-nos a questionar a linha de raciocínio que o legislador apresentou nesta Reforma de 2007, pois se pretendia que fossem criadas medidas de uma maior proteção ao menor, vítima de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, esta modificação não se coaduna com tal, pelo contrário. Pelo facto de ser possível a formulação de questões diretas por pessoas diferentes do juiz, tais como o MP, os advogados do assistente e das partes civis e o defensor, o menor poderá sentir-se intimidado. Como tal, o seu discurso poderá não ser fluído, sincero nem espontâneo, que é o que se pretende pelo art. 271.º/4 do CPP.

Além desta contradição do legislador, parece-nos que a norma das declarações para memória futura vai além da norma consagrada no art. 346.º/1 do CPP, para o julgamento, no caso de a vítima que presta declarações já ser assistente ou parte civil. Isto porque pela redação da norma do art. 271.º/5 do CPP, tal como já mencionámos, a inquirição é feita pelo juiz, podendo os outros sujeitos formular perguntas adicionais, perguntas diretas, enquanto na audiência de julgamento, o MP defensor ou os advogados das partes civis ou do assistente apenas podem solicitar ao juiz presidente que formule perguntas¹³⁴.

¹³² Além desta modificação, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE chama-nos a atenção para o facto de o “arguido já não poder pedir que sejam colocadas perguntas e é suprimida a mediação judicial na colocação das perguntas”, por isso é que, provavelmente, o legislador previu que se exercesse o princípio do contraditório de forma direta nesta fase, contudo não considerados a melhor opção. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “*Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, cit., p. 703.

¹³³ ANTÓNIO GAMA, “*Reforma do Código de Processo Penal: Prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento*”, cit., pp. 405 a 406.

¹³⁴ ANTÓNIO GAMA, “*Reforma do Código de Processo Penal: Prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento*”, cit., p. 406.

Além desta contradição, há a questão da Lei de Proteção de Testemunhas, que remete no seu art. 28.º/2 para o art. 271.º do CPP, no qual existia uma correspondência completa ao nível da finalidade entre os dois diplomas, antes da Reforma. Porém, a norma das declarações para memória futura foi alterada, por isso a correspondência que existia transporta-se para a nova redação conflituante ou mantém-se a correspondência com a redação anterior?

Parece-nos que houve de facto um exagero pela parte do legislador, pois se já existia um contraditório moderado e equilibrado, porque razão se alterou a norma em prejuízo da vítima menor? Mais, *“chegou-se ao extremo de despojar a vítima, mesmo na veste processual de assistente e parte civil, do seu direito de não ser questionada diretamente por outrem, que não o juiz, ou com a autorização do juiz, enquanto o arguido no seu interrogatório, em julgamento, mantém o privilégio de só ser questionado sobre os factos através do juiz, isto no caso de decidir prestar declarações, art. 345.º/1 e 2 do CPP”*¹³⁵.

Assim, consideramos que terá que haver um “ajustamento” da norma em causa, pois a finalidade da mesma vai contra os propósitos da reforma de 2007 e de alguns diplomas internacionais, tais como a Decisão-Quadro do Conselho de 14 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal, nos seus arts. 8.º/4, 3.º e 15.º/1¹³⁶. Além disso, a norma do art. 271.º/6 do CPP deveria fazer remissão para os arts. 346.º, 347.º e 349.º do CPP, disposições relativas ao julgamento que evidenciam a forte necessidade de proteger o menor quando presta declarações para memória futura¹³⁷.

¹³⁵ ANTÓNIO GAMA, *“Reforma do Código de Processo Penal: Prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento”*, cit., p. 407.

¹³⁶ ANTÓNIO GAMA, *“Reforma do Código de Processo Penal: Prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento”*, cit., p. 409.

¹³⁷ ANTÓNIO GAMA, *“Reforma do Código de Processo Penal: Prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento”*, cit., p. 409.

6. Conclusão

Em jeito de conclusão deste trabalho necessário é apresentar a solução das questões, de forma sucinta, que foram colocadas na introdução e devidamente respondidas ao longo da nossa dissertação.

Assim, relativamente à primeira parte do nosso trabalho, permite-nos concluir que o conceito de criança sofreu diversas modificações, principalmente pela influência de diplomas internacionais que serviram de exemplo para uma maior consciencialização nacional que deveria ser operada, isto é, serviu como uma forma de incentivo às alterações legislativas de vários diplomas internos, como forma de criação de medidas de proteção e de apoio. De facto, criança é toda a pessoa com idade inferior a 18 anos.

Ainda dentro da nossa primeira parte cabe-nos demonstrar o que para nós é o abuso sexual de menores. Assim, abuso sexual de menores é um crime praticado contra a liberdade e autodeterminação sexual do mesmo, regulado no art. 171.º do CP, é uma forma de violência praticada contra a criança, em que a pessoa que o pratica retira prazer desse ato. Porém, esta é a visão que temos hoje porque este conceito percorreu um longo caminho marcado pelas sucessivas alterações ao CP. Passamos da fase de ver este crime como um crime contra os costumes para um crime contra a liberdade e autodeterminação sexual do menor.

Relativamente à segunda parte, apresentámos os princípios da promoção processual: o princípio da oficialidade, o princípio da legalidade e o princípio da acusação e a alteração da natureza do crime de abuso sexual de menores.

O princípio da oficialidade, de forma sucinta, relaciona-se com a questão de a quem compete a iniciativa de investigar a prática de uma infração e a quem compete a decisão de submeter ou não a causa a julgamento.

O princípio da legalidade destinava-se à questão de saber se o MP era ou não livre de decidir se podia ou não abrir o inquérito e se podia livremente deliberar se a causa deveria ser submetida ou não a julgamento. Está, portanto, em causa dois tipos de dever: o dever de investigar e o dever de acusar.

O princípio da acusação tinha em vista demonstrar que a entidade que investiga e acusa, o MP, não poderia ser a mesma que julga.

Em relação à alteração da natureza do crime de abuso sexual de menores, assistimos a uma passagem de crime semi-público para crime público. Esta passagem deveu-se essencialmente à tentativa de proteção do legislador e da imposição da Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, segundo a qual “cada Estado-Membro deve determinar que as investigações ou a instauração de procedimento penal por infrações abrangidas pela presente Decisão-Quadro não dependem de denúncia ou queixa por uma pessoa que tenha sido vítima da infração” (art. 9.º/1).

Na terceira e última parte referimo-nos às declarações para memória futura, constantes do art. 271.º do CPP.

Assim, as declarações para memória futura são uma forma de produção antecipada da prova de julgamento, que poderá ser realizada tanto na fase de inquérito (art. 271.º do CPP) como na fase de instrução (art. 294.º do CPP). Isto significa que são uma exceção ao princípio da imediação, pois as “*provas recolhidas sob a égide do JIC podem ser tomadas em conta no julgamento*”¹³⁸.

Para que esta diligência possa ser realizada é necessário que se cumpram um dos requisitos previstos no artigo, nomeadamente: doença grave; deslocação para o estrangeiro ou ser vítima de crime de tráfico de pessoas ou de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual.

Relativamente às declarações para memória futura no âmbito do menor, vítima de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, cumpre-nos demonstrar os pontos essenciais com Rui do Carmo¹³⁹:

- A audição para memória futura deve ter lugar no mais curto espaço de tempo possível após a ocorrência dos factos ou do seu conhecimento;

¹³⁸ ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, JOSÉ ANTÓNIO HENRIQUES DOS SANTOS CABRAL, EDUARDO MAIA COSTA, ANTÓNIO JORGE DE OLIVEIRA MENDES, ANTÓNIO PEREIRA MADEIRA, ANTÓNIO PIRES HENRIQUES DA GRAÇA, “*Código de Processo Penal Comentado*”, cit., p. 963.

¹³⁹ RUI DO CARMO, “*Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*”, cit., p. 131.

- Sem que se tenha de aguardar pela identificação do suspeito ou a constituição de arguido;
- Eventuais novas declarações da mesma vítima devem ter lugar apenas se se mostrarem absolutamente necessárias para o apuramento de circunstâncias ou factos novos ou para a obtenção de esclarecimentos que se tenham mostrado essenciais no decurso da investigação;
- Devendo ser, por regra, efetuadas pelas mesmas pessoas.

7. Bibliografia

ALBUQUERQUE, Catarina, “*Protecção dos Direitos da Criança no sistema das Nações Unidas*”, Gabinete de Documentação e de Direito Comparado da Procuradoria-Geral da República, consultado a última vez a 14 de Outubro de 2015. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-estudos-ca-dc.html#IA>.

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

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

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

ANTUNES, Ferreira, “*A investigação do abuso sexual de menores*”, in Sub Judice n.º26 – Crimes Sexuais: O Direito em Acção, 2003.

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

CARMO, Rui Do, “*Declarações para memória futura: Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*”, Revista do Ministério Público, n. °134, Ano 34 – Abril – Julho, 2013.

CÉSAR, Orlando, “*Crianças versus Riscos/Perigo*”, 2011, consultado a última vez a 14 de Outubro de 2015. Disponível em: http://www.cnpcjr.pt/Manual_Competicencias_Comunicacionais/int_legislacao_protcriancas.html.

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

CUNHA, José Damião Da, “*O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP)*”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 7, Fasc. 3.º, Julho-Setembro, 1997.

DIAS, Jorge De Figueiredo, “*Comentário Conimbricense do Código Penal*”, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2012.

DIAS, Jorge De Figueiredo, “*Direito Processual Penal*”, Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por MARIA JOÃO ANTUNES, Coimbra, Secção de textos da FDUC, 1988/9.

GAMA, António, “*Reforma do Código de Processo Penal: Prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento*”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 19, N.º 3, Julho-Setembro, 2009.

GASPAR, António Henriques, CABRAL, José António Henriques Dos Santos, COSTA, Eduardo Maia, MENDES, António Jorge De Oliveira, MADEIRA, António Pereira, GRAÇA, António Pires Henriques Da, “*Código de Processo Penal Comentado*”, Editora Almedina, 2014.

GUERRA, Paulo, CARMO, Rui Do E ALBERTO, Isabel, “*Uma conversa sobre Justiça entre o Direito e a Psicologia*”, Edições Almedina, 2.ª edição, 2006.

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

LOPES, José Mouraz, “*O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para memória futura*”, Sub Judice 26 – Crimes sexuais: o direito em acção, Outubro-Dezembro, 2003.

MALAFIA, Joaquim, “*O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos actos de instrução e nas declarações para memória futura*”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, n.º 4, 2004.

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

SANTOS, M. Simas E LEAL-HENRIQUES, M., “*Código de Processo Penal Anotado*”, II Volume, Editora Rei dos Livros, 2.^a edição, 2000.

SOEIRO, Cristina, “*O abuso sexual de crianças: contornos da relação entre a criança e a justiça*”, in Sub Judice n.º 26 – Crimes Sexuais: O Direito em Acção, 2003.

VEIGA, António Miguel, “*Notas sobre o âmbito e a natureza dos depoimentos (ou declarações) para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais (ou da razão de ser de uma aparente “insensibilidade judicial” em sede de audiência de julgamento)*”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 19 – N.º 1, Janeiro – Março, 2009.

8. Jurisprudência

Acórdão da Relação de Coimbra de 24 de Abril de 2012, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/37a417eaf825b4c3802579ff003ca53f?OpenDocument>

Acórdão da Relação de Guimarães de 9 de Novembro de 2009, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/90537d69a370c7668025768f003de9f3?OpenDocument>

Acórdão do STJ de 25 de Março de 2009, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6bc39042149ce2f2802575ac004c0baa?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de Janeiro de 2012, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/9d30443e773eab96802579a50058629a?OpenDocument>

Acórdão Maria Pupino, Processo n.º C-105/03, disponível na internet em:
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d51db73e2b80d44abe81398230242fe1ba.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbNz0?docid=59363&pageIndex=0&doclang=PT&dir=&occ=first&part=1&cid=459510>