

Declarações para Memória Futura

Crianças Vítimas de Crimes

Contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual

Rui do Carmo

Procurador da República

1. A consagração na lei processual penal portuguesa das declarações para memória futura: a evolução do regime; razões justificativas 2. As declarações para memória futura em processo por crime contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menor 2.1. Os pressupostos das declarações para memória futura 2.2. O momento em que devem ocorrer as declarações para memória futura 2.3. As condições específicas da realização da diligência 2.4. O ato de inquirição da testemunha 2.5. A eventual renovação do depoimento da vítima em audiência de julgamento 3. As declarações para memória futura e a audição da criança noutros procedimentos 4. O Ministério Público, a defesa e promoção do superior interesse da criança e a direção do inquérito 5. A Diretiva 2011/92/UE sobre a luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil 6. Nota final

A Convenção do Conselho da Europa para a proteção das crianças contra a exploração sexual e os abusos sexuais (Lanzarote, 25/10/2007) e a Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil (13/12/2011) renovam a atualidade da reflexão sobre as normas que disciplinam a audição da criança neste contexto. Este artigo analisa, à sua luz, a legislação e a prática das declarações para memória futura de crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual e afirma a necessidade de coordenação e coerência entre as intervenções penal e de proteção e promoção dos direitos da criança

“(...) des recherches recentes ont montré que ce n’est pas que dans une minorité d’affaires que les abus sexuels sont étayés par des preuves matérielles (preuves physiques ou médicales, témoignages, photographies, vidéos, etc.), ce qui vas dans le sens du point de vue partagé par les chercheurs et les praticiens, à savoir que le récit de l’enfant constitue la preuve la plus importante de l’abus (Harman, 2009)”^[1]

1. A CONSAGRAÇÃO NA LEI PROCESSUAL PENAL DAS DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA: EVOLUÇÃO DO REGIME; RAZÕES JUSTIFICATIVAS

As declarações para memória futura constituem, na fase de inquérito, um caso de intervenção do juiz de instrução destinada não à proteção ou à validação de restrição aos direitos fundamentais mas sim à “aquisição e validação da formação antecipada da prova, quando motivos também eles excepcionais o exigem”^[2].

Durante a vigência do Código de Processo Penal de 1929 não existia, na nossa legislação processual penal, norma específica que admitisse a produção antecipada de prova antes da dedução de acusação, tendo o Decreto-Lei nº 605/75, de 3 de Novembro, no seu artigo 15º, previsto tão-só a produção antecipada de depoimento de pessoas relativamente às quais houvesse “de vir a tornar-se impossível ou muito difícil” o depoimento, “após se ter deduzido a acusação ou requerido o julgamento”. Poder-se-ia, contudo, recorrer ao regime da produção antecipada de prova constante dos artigos 520º e 521º do Código de Processo Civil (com as necessárias adaptações atendendo

^[1] “Adapter la justice aux enfants, soutenir les enfants victimes de violence sexuelle”, Bragi Guobrandsson, *La protection des enfants contre la violence sexuelle. Une approche globale*, Edições Conselho da Europa, 2011, p. 98.

^[2] José Mouraz Lopes, “O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para “memória futura”, *Sub Júdice* nº26, Outubro/Dezembro 2003, p. 14.

à natureza do processo, nos termos do § único do artigo 1º do CPP de 1929), que estabelece como fundamento da sua admissibilidade “o *periculum in mora*, consistente no risco de desaparecer ou de se tornar muito difícil a produção de certa prova”^[3], sendo seus requisitos, para além da justificação sumária da necessidade da antecipação, a menção precisa “dos factos sobre que há de recair” e “o pedido e os fundamentos da demanda”, por forma a que “a pessoa contra quem se pretende fazer uso da prova” possa exercer o contraditório.

Foi no Código de Processo Penal aprovado pelo Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de Fevereiro, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1988, que se passaram a prever expressamente as declarações para memória futura “em caso de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro de uma testemunha”^[4], que previsivelmente a impeça de ser ouvida em julgamento”, cabendo ao juiz de instrução, a requerimento do Ministério Público, 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” (art.sº 271º e 294º). Em 1998, também o testemunho das “vítimas de crimes sexuais” passou a poder ser obtido em declarações para memória futura^[5]. No ano seguinte, foi publicada a Lei de Proteção de Testemunhas, que recomenda a sua utilização na inquirição das vítimas especialmente vulneráveis, vulnerabilidade que pode resultar, nomeadamente, da diminuta ou avançada idade, estado de saúde ou de o testemunho visar pessoa da sua família ou de grupo social fechado em que estejam inseridas.^[6]

[3] José Lebre de Freitas, *Código de Processo Civil Anotado, Volume I*, Coimbra Editora, 2001, p. 414/416.

[4] Mas também aplicável às declarações do assistente, das partes civis, dos peritos, dos consultores e às acareações (nº4 da primitiva redação do artº 271º CPP, hoje nº7).

[5] Redação da Lei nº 59/98, de 25 de Agosto.

[6] Cf. nº2 do artº 26º e artº 28º da Lei nº93/99, de 14 de Julho (alterada pela Lei nº 29/2008, de 4/7).

A revisão do Código de Processo Penal operada pela Lei nº 48/2007, de 29 de Agosto, alterou significativamente o regime das declarações para memória futura, passando o art.º 271^{o[7]} a ter a seguinte redação:

Artigo 271º

(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 no caso de vítima 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 nº2, 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.

[7] Respeitarão ao Código de Processo Penal todos os artigos indicados sem identificação do respetivo diploma.

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 352º, 356º, 363º e 364º.
7. O disposto nos números anteriores é correspondentemente aplicável a declarações do assistente e das partes civis, de peritos e de consultores técnicos e a acareações.
8. A tomada de declarações nos termos dos números anteriores não prejudica a prestação de depoimento em audiência de julgamento, sempre que ela for possível e não puser em causa a saúde física ou psíquica de pessoa que o deva prestar.

As alterações e aclaramentos introduzidos podem sintetizar-se da seguinte forma:

1. Quanto ao âmbito de aplicação: passaram a abranger, mesmo que não seja previsível a impossibilidade da sua comparência na audiência de discussão e julgamento, não só as vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual como também as vítimas de crime de tráfico de pessoas;
2. Quanto à *obrigatoriedade da sua realização*: passou a ser definida como obrigatória a inquirição, no decurso do inquérito, de menor vítima de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual;
3. Quanto à *participação dos sujeitos processuais na diligência*: ficou expressa a obrigatoriedade da comparência do Ministério Público e do defensor do arguido;
4. Quanto às *condições da sua realização*: as declarações de menor vítima de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual terão de ser realizadas em local e de forma a garantir um ambiente informal e reservado, sendo o menor assistido e acompanhado por técnico especialmente habilitado;
5. Quanto às *regras da prestação de declarações*: determina-se expressamente a possibilidade de afastamento do arguido durante a diligência,

nos termos do art.º 352º CPP, e a permissão de leitura de autos e declarações constantes do processo, nos termos do art.º 356º;

6. Quanto à *documentação da diligência*: aplicam-se-lhe as regras da documentação das declarações em audiência (art.ºs 363º e 364º);
7. Quanto à *renovação do depoimento em julgamento*: são agora definidas as condições em que tal pode ocorrer.

Existem duas ordens de razões justificativas do recurso às declarações para memória futura: aquelas que se identificam com as que constavam já do Código de Processo Civil – a previsível impossibilidade de comparecimento à audiência de discussão e julgamento, limitada, contudo, às situações provocadas por doença grave ou deslocação para o estrangeiro; e as que assentam no tipo de ilícito criminal e na espacial vulnerabilidade das vítimas – no caso dos crimes de tráfico de pessoas e contra a liberdade e autodeterminação sexual. Se em todas as situações se visa impedir que venha a ser inviável a recolha de prova necessária ao esclarecimento da verdade, no caso das vítimas vulneráveis procura-se, também, garantir a sua proteção e a genuinidade das declarações.

Relativamente às crianças^[8] vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, a assunção de medidas para que a tomada de declarações se realize no mais curto espaço de tempo possível após a ocorrência ou o conhecimento dos factos, tendo em conta o seu nível de desenvolvimento e em condições adequadas, decorre da necessidade de se terem em consideração as especificidades dos factos e da testemunha, para que o relato seja recolhido nas melhores condições e a vítima seja protegida. O seu possível condicionamento pela proximidade física e/ou relacional com o suspeito ou arguido, as influências e pressões a que pode estar sujeita, o risco de incorporação no relato de narrativas e de

[8] Segue-se, neste artigo, o disposto no artº1º da Convenção sobre os Direitos da Criança: “criança é todo o ser

humano menor de 18 anos (...). Que é assumido pelos instrumentos comunitários e internacionais a que aqui se faz

referência e corresponde à faixa etária a que são aplicáveis os nºs 2 e 4. do artº 271º CPP.

elementos que entretanto lhe tenham sido transmitidos e a necessidade de a proteger de eventuais efeitos vitimizadores da participação no processo, assim como a influência que a condução da inquirição e as condições em que é realizada podem ter sobre o depoimento, impõem a adoção de regras e cuidados especiais para a audição destas vítimas.

O regime das declarações para memória futura das crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual é marcado pelo que ficou consignado na Recomendação Rec(2001)16 do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a proteção das crianças contra a exploração sexual, concretamente o seu ponto 33., que advoga medidas especiais que evitem a repetição das inquirições, minimizem o seu impacto negativo e aumentem a credibilidade. Assim como pela Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho da União Europeia, de 15/3/2001, relativa 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 22/12/2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e pornografia infantil.

Sobre o alcance da referida Decisão-Quadro 2001/220/JAI, assume grande relevância o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção), de 16 de Junho de 2005, proferido no caso Maria Pupino^[9], em resposta a um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal de Firenze (Itália), que pretendia saber se, nos termos desta 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:

[9] Procº nº C-105/03. Foi dele relator o Juiz português José Narciso da Cunha Rodrigues.

“Os artºs 2º, 3º e 8º nº4 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 protecção, por exemplo sem ser na audiência pública e antes da sua realização.

O órgão jurisdicional nacional é obrigado a tomar em consideração as regras de direito nacional no seu todo e a interpretá-las, na medida do possível, à luz do teor e da finalidade da referida decisão-quadro”.

No dia 1 de Dezembro de 2012 entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa a Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, assinada em Lanzarote em 25/10/2007, cujo artº 35º contém um importante conjunto de normas que devem ser respeitadas quanto à “audição das crianças”^[10]. E a Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13/12/2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil^[11], que substitui a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho e cuja transposição para a ordem jurídica portuguesa deverá ocorrer até ao dia 18 de Dezembro de 2013, é igualmente, no seu artº 20º, bastante precisa e inovadora nesta matéria. A Convenção exige-nos já uma diferente leitura e interpretação do regime estabelecido no artº 271º do Código de Processo Penal; o cumprimento da Diretiva deverá determinar uma reformulação do que este preceito da lei portuguesa consigna quanto às declarações para memória futura de menor vítima de crime contra a liberdade e a autodeterminação sexual, para o harmonizar sem ambiguidades com o que a Convenção e a Diretiva prescrevem de modo convergente.

^[10] Cf. Diário da República, 1ªS, de 28/5/2012.

“As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem

interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português” (nº2 do artº8º da Constituição da República Portuguesa).

^[11] Jornal Oficial da União Europeia de 17/12/2011, L-335/1-14.

2. AS DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA EM PROCESSO POR CRIME CONTRA A LIBERDADE E AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL DE MENOR

Na análise do regime jurídico das declarações para memória futura em processo por crime contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menor e na ponderação sobre a sua adequada execução, ter-se-ão de tomar em consideração: (1) os pressupostos; (2) o momento em que deverão ocorrer; (3) as condições específicas da realização da diligência; (4) o ato de inquirição da testemunha; (5) a eventual renovação do depoimento da vítima em audiência de julgamento.

2.1. OS PRESSUPOSTOS DAS DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA

Como já foi referido, após a revisão do Código de Processo Penal ocorrida em 2007, cuja vigência se iniciou a 15 de Setembro desse ano, “no caso de processo por crime contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menor, procede-se sempre à inquirição do ofendido no decurso do inquérito, desde que a vítima não seja ainda maior”.

Portanto, as declarações para memória futura não são, nesta situação, um meio de obtenção antecipada de prova com validade em sede de julgamento que depende da iniciativa de um dos sujeitos processuais, mas uma diligência que é obrigatoriamente efetuada, na fase de inquérito, exceto quando da sua realização a vítima seja já maior^[12]. Cujas importância probatória é muito relevante atendendo à predominância das situações em que não existem lesões físicas ou vestígios biológicos.

O n.º 3 do art.º 271.º determina que a data, hora e o local de prestação do depoimento são comunicados, entre outros, ao arguido, sendo obrigatória a presença do defensor deste, para além do Ministério Público.

[12] O que pode ocorrer, nomeadamente, nas situações abrangidas pelo disposto no n.º 2 do art.º 115.º e no n.º 5 do art.º 118.º do Código Penal.

Coloca-se, assim, a seguinte questão: é pressuposto legal da admissibilidade de declarações para memória futura ao menor vítima a existência de arguido constituído, ou seja, podem ter lugar quando ainda é desconhecido qualquer suspeito ou quando, mesmo que conhecido, não foi ainda constituído como arguido^[13]? É matéria que já foi abundantemente discutida na doutrina e na jurisprudência, mas que assume uma maior acuidade nestas situações, em que a influência do decurso do tempo na qualidade e credibilidade do depoimento e as exigências de proteção da vítima apresentam uma importância particular.

É inquestionável que “a aquisição antecipada da prova supõe o respeito pelo princípio do contraditório”^[14], mas daí não decorre que as declarações para memória futura não possam ser prestadas não havendo arguido constituído ou quando não se conhece sequer a identidade do suspeito, pois “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”^[15]. É este o entendimento que, respeitando o direito de defesa do arguido, respeita também o direito da vítima e preserva a prova necessária ao esclarecimento da verdade.

No mesmo sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça tem vindo a entender que o “artº 271º do CPP, ao regulamentar as declarações para memória futura e interpretado em conformidade com o artº 32º da CRP, não exige, para que aquelas sejam admissíveis, que se encontre constituído arguido no processo”^[16]. De facto, o arguido não se

[13] Refira-se que, nesta situação, o próprio suspeito tem o direito a ser constituído arguido a seu pedido (nº2 do artº 59º).

[14] “O Regime Processual de Leitura de Declarações na Audiência de Julgamento (arts. 356º e 357º do CPP). Algumas reflexões à luz de uma recente

evolução jurisprudencial”, José Damião da Cunha, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7, Fasc. 3º, Julho-Setembro de 1997, página 409.

[15] *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Paulo Pinto de

Albuquerque, Universidade Católica Portuguesa, 2007, p. 685.

[16] Ponto XII do sumário do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Março de 2009, relator Juiz Conselheiro Fernando Fróis, disponível em www.dgsi.pt, acedido em 21/4/2013.

vê afetado de forma relevante nas suas garantias de defesa, pois não só lhe é obrigatoriamente nomeado defensor cuja presença e intervenção na diligência é também obrigatória, como pode posteriormente apresentar as suas razões e provas, ser ouvido, contestar as provas contra si apresentadas e o teor da acusação, antes de ser proferida a decisão final. Como reafirma o mesmo tribunal supremo numa outra decisão, “se o arguido tiver oportunidade, adequada e suficiente, de contraditar tais declarações posteriormente, a sua utilização não afecta, apenas por si mesma o contraditório, cujo respeito não exige, em termos absolutos, o interrogatório directo em *cross-examination*”^[17].

O direito de o 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^[18]. As condições para o exercício deste direito foram, de resto, reforçadas na mais recente revisão do Código de Processo Penal^[19], ao consagrar a regra da documentação das declarações através de registo áudio ou audiovisual^[20].

Este regime respeita o disposto no artº6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a garantia de um processo equitativo, nomeadamente a alínea d) do nº3, que consigna o direito do acusado a “interrogar ou fazer interrogar as testemunhas da acusação”. Por um lado, esta norma não impõe que o arguido esteja presente na diligência de inquirição da testemunha, “desde que o defensor deste (o) esteja e possa interrogá-la”^[21]; por outro lado, como vem sendo considerado pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e é referido,

[17] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Novembro de 2007, relator Juiz Conselheiro Henriques Gaspar, disponível em www.dgsi.pt, acedido em 21/4/2013.

[18] “O princípio do contraditório consagrado na CRP é um princípio amplo, ou seja, trata-se de um contra-

ditório quanto a todas as questões que possam ter relevância para a decisão final. Estas são questões relacionadas com elementos de facto, elementos de direito, sobre a tramitação do processo, sobre elementos de prova, etc.”, Francisco Lacerda da Costa Pinto, *Direito Processual Penal. Curso Semestral*, AAFDL, 1998, p.228.

[19] Realizada através da Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro.

[20] Artºs 271º nº6 e 364º.

[21] Ireneu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*, 3ª edição, Coimbra Editora, 2005, p.175.

por todos, no Acórdão proferido no Caso SN contra a Suécia, de 2 de Julho de 2007: considerando as suas características específicas, particularmente quando está envolvido um menor, “o Tribunal aceita que, em processos penais relativos a crimes sexuais, sejam adotadas algumas medidas com o propósito de proteger a vítima, desde que tais medidas possam ser conciliadas com um exercício adequado e eficaz dos direitos de defesa”^[22].

Posição contrária, da qual decorreria o adiamento das declarações para memória futura para momento posterior àquele em que se conhecesse o suspeito e/ou se verificassem os pressupostos legais da sua constituição como arguido^[23], resultaria, na generalidade dos casos de crime contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menor, num injustificado desequilíbrio do processo a favor da defesa e em prejuízo, em muitos casos irreversível, do apuramento dos factos e do interesse da vítima, numa clara defraudação das razões e objetivos que fundamentaram a opção legislativa contemplada desde 2007 no nº2 do artº 271º, em conformidade com a Recomendação 16/2001 do Comité de Ministros do Conselho da Europa e a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho da União Europeia.

2.2. O MOMENTO EM QUE DEVEM OCORRER AS DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA

O Código de Processo Penal, no nº2 do artº 271º, determina tão só que a vítima menor de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual é sempre inquirida para memória futura no decurso do inquérito. O artº 28º da Lei de Proteção de Testemunhas é bem mais preciso, ao consignar que a testemunha especialmente vulnerável deve ser inquirida “o mais brevemente possível após a ocorrência do crime”^[24]. A

^[22] Consultado em

^[23] Nomeadamente, a suspeita fundada da prática do crime (cf. al. a. do nº1 do artº 58º).

^[24] Nº1 do artº 28º da Lei nº 93/99, de 14 de Julho.

prática judiciária é tudo menos uniforme nesta matéria, mas por regra a inquirição judicial da criança é realizada numa fase avançada da investigação, após ter já sido ouvida diversas vezes – seja no decurso da investigação criminal, por órgãos de polícia criminal ou mesmo pelo Ministério Público, seja por entidades com responsabilidades na proteção e promoção dos seus direitos. Audições que abordam de forma repetida as mesmas vivências, realizadas em contextos e em condições técnicas e logísticas muito diversas, com a intervenção de diferentes profissionais e com objetivos distintos. Realidade que não nos é exclusiva e se encontra abundantemente documentada em pesquisas que têm vindo a ser realizados também noutros países^[25], destacando-se, em Portugal, o estudo pioneiro de Catarina Ribeiro sobre processos judiciais de abuso sexual intrafamiliar, nos quais verificou que “as crianças contaram, em média, 8 vezes os factos em investigação” e a quem uma criança de 11 anos, chamada para ser submetida a uma avaliação psicológica, respondeu de forma certa: “Eu contei a dois polícias e eles foram simpáticos mas depois tive de dizer ao hospital e depois os polícias foram a minha casa e perguntaram outra vez e agora estou aqui ... e a primeira vez que contei já foi há muito tempo ... A Dr^a ainda não sabe?”^[26]

A persistente pluralidade de inquirições, mesmo circunscrevendo-nos às que ocorrem no processo crime, é uma realidade que nem a recomendação

[25] Como escreve Bragi Guobrandsson: “Na maior parte dos Estados Europeus, o tratamento dos casos de abuso sexual é partilhado entre várias instituições. Os serviços de proteção da infância ou os serviços sociais intervenientes a nível local (...) garantem a segurança da criança e proporcionam serviços de apoio apropriados, incluindo terapias. Os profissionais de saúde devem estar envolvidos nos exames e cuidados médicos. A polícia está encarregada do inquérito criminal e o Ministério Público decide sobre a acu-

sação. Por fim, o sistema judicial é chamado a decidir sobre a culpabilidade ou a inocência do presumido autor do abuso sexual. Para cumprirem as suas funções, estas instituições devem em primeiro lugar tomar conhecimento do relato da criança vítima. É, pois, frequente que a criança seja interrogada diversas vezes por diversos profissionais, em diferentes locais, o que, segundo os estudos científicos, coloca de cada vez a criança de novo na posição de vítima e pode ser mesmo tão doloroso como as sevícias que deram

origem ao processo”. “Adapter la justice aux enfants, soutenir les enfants victimes de violence sexuelle”, em *La protection des enfants contre la violence sexuelle. Une approche globale*, Edições Conselho da Europa, 2011, p.100. Tradução nossa.

[26] *A Criança na Justiça. Trajectórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*, Almedina, 2009, p. 180 e 175. Estão aí referenciados estudos realizados noutros países com idêntica constatação.

legal para que tal fosse evitado e a admissibilidade da tomada de declarações para memória futura que constavam já do artº 28º, nº2 da Lei de Proteção de Testemunhas nem a sua posterior obrigatoriedade afirmada na redação de 2007 do Código de Processo Penal tiveram, por si só, o condão de eliminar. Para além do prolongamento e agravamento da situação emocional da criança, dos relevantes efeitos de vitimização secundária, a fidedignidade do depoimento é afetada por esta prática que, aparentemente de forma incompreensível, continua a dar primazia e a privilegiar (também quanto às condições em que são efetuadas) as declarações que não têm valor probatório em sede de audiência de discussão e julgamento e que, portanto, não podem fundamentar a prova judicial dos factos^[27]. O que só se compreende por deficit de direção do inquérito pelo Ministério Público, que, ao não assumir muitas vezes, como devia, tal responsabilidade nestes casos, compromete também um interesse que lhe cumpre proteger e promover, central nestes procedimentos – o superior interesse da criança. As declarações para memória futura realizadas numa fase avançada, ou mesmo final, da investigação contrariam a evidência científica de que “a entrevista mais exacta é a primeira” e de que “um intervalo de tempo curto entre o acontecimento e o relato diminui o risco de enviesamento e erros, enquanto um longo intervalo de tempo e entrevistas múltiplas tornam difícil uma inquirição adequada”^[28]. Além de que “são as declarações da criança no estado bruto que devem ser colhidas e não as que a autoridade policial ou judicial gostaria de ouvir”^[29].

A Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais (Lanzarote, 2007), que entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa em 1 de Dezembro de 2012, é clara também nesta matéria. Visando “preservar os interesses da criança

[27] Cf. artº 355º.

[28] “Abuso sexual de crianças: o psicólogo na encruzilhada da ciência com a justiça”, Isabel Marques Alberto (com diversas referências à literatura

científica internacional), em *Psicologia Forense*, António Castro Fonseca et all, Eds, Almedina, 2006, pp 454/456.

[29] “O registo das audições dos menores vítimas de abuso sexual: primeiros

indicadores de avaliação da experiência de Bruxelas”, Paule Somers e Damen Vandermeersch, *Infância e Juventude* nº1/1998, p.114.

e evitar que esta sofra, em razão das suas audições, um traumatismo suplementar”, determina que “tenham lugar sem atrasos injustificados após a denúncia dos factos às autoridades competentes”, que “o número de audições seja limitado ao mínimo e na estrita medida da necessário à evolução do processo” e que, “se possível e apropriado, as audições da criança sejam efectuadas pelas mesmas pessoas”. Audições que devem “ser gravadas em vídeo” e “ser aceites em tribunal como elemento de prova, segundo as regras previstas no direito interno”, o que significa, à luz do direito processual penal português, a afirmação da absoluta primazia e centralidade das declarações para memória futura^[30]. O nº2 do artº 271º terá, pois, de ser interpretado e aplicado à luz do que consta deste documento de direito internacional que vincula o Estado Português.^[31]

Ou seja:

- a) A audição para memória futura de vítima menor de idade de crime contra a liberdade e a autodeterminação sexual deve ter lugar no mais curto espaço de tempo possível após a ocorrência dos factos ou do seu conhecimento;
- b) Sem que se tenha de aguardar pela identificação do suspeito ou a constituição de arguido;
- c) 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;
- d) Devendo ser, por regra, efetuadas pelas mesmas pessoas.

[30] Ponto 236. da Introdução e alíneas a), d) e e) do nº1 e nº2 do artº 35º (Audição da Criança) da Convenção.

[31] Normas idênticas constam do artº 20º da Diretiva 2011/92/EU do Parla-

mento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011, como já referido.

[32] O que não exclui que, nos termos da alínea f) do nº1 do artº 35º da Convenção de Lanzarote, já

identificada, a criança se possa fazer “acompanhar do seu representante legal ou, se apropriado, por um adulto da sua escolha, salvo decisão razoável em contrário no que se refere a tal pessoa”.

2.3. AS CONDIÇÕES ESPECÍFICAS

DA REALIZAÇÃO DA DILIGÊNCIA

As declarações para memória futura devem realizar-se “em ambiente informal e reservado”, sendo o menor “assistido no decurso do acto processual por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito”^[33], afirma o Código de Processo Penal. A Lei de Proteção de Testemunhas é bem mais precisa quando se refere às condições do depoimento de testemunha especialmente vulnerável^[33], pois contém alguma concretização das funções do técnico designado para a acompanhar (distingue-as do apoio psicológico que necessite de ser prestado por técnico especializado, assim como admite a autorização da presença daquele junto da testemunha no decurso da diligência), prevê expressamente o eventual contacto prévio da testemunha com o juiz e o local da inquirição (sendo ao técnico que compete assegurar a sua presença e acompanhá-la) e define regras de execução da audição (como sejam, o não encontro da testemunha com o arguido no decurso da diligência e a sua não sujeição ao confronto direto com os outros participantes).

A Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais (Lanzarote, 2007), a que nos temos vindo a referir, estipula dever ser garantido que “as audições da criança tenham lugar, sempre que necessário, em instalações adequadas ou adaptadas para esse efeito”^[34].

Entre nós, as condições em que são executadas as declarações para memória futura de crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual não cumprem, salvo raríssimas exceções, as exigências de reserva e de proteção da testemunha no decurso da diligência, existindo práticas muito diferentes quanto ao papel que é desempenhado pelo técnico nomeado para assistir o menor, que espelham a indefinição, ou mesmo alguma confusão, que grassa nesta matéria e que o texto da lei não evita.

[33] Cf. artºs 27º, 29º e 30º.

[34] Alínea b) d nº1 do artº 35º.

As instalações judiciais não estão devidamente preparadas para a realização desta diligência, sendo uma necessidade premente a sua dotação de locais adequadas para a inquirição das crianças, em particular quando têm de testemunhar em situações tão emocionalmente perturbadoras como os abusos sexuais, que com frequência implicam pessoas que lhes são muito próximas. 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.^[35]

Enquanto persistir esta insuficiência, cujos esforços para a ultrapassar se espera sejam desenvolvidos com urgência, há que ter a preocupação, na atual situação, de minorar tanto quanto possível o impacto negativo do espaço e das condições logísticas de realização da inquirição sobre a criança e a qualidade do depoimento. Nomeadamente, tomando em consideração a sua idade e as características do caso concreto, há que: 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, à luz do disposto na alínea b) do artº 29º da Lei de Proteção de Testemunhas; não utilizar traje profissional. Assim como,

[35] Cf. Isabel Marque Alberto, "Abuso sexual de crianças ...", cit., pp 457/459.

na ausência absoluta de condições no tribunal para a realização destas declarações para memória futura, se deverão mobilizar instalações existentes de outras entidades, adequadas a este fim.

No que respeita ao perfil da função que deve ser desempenhada pelo “técnico especialmente habilitado” nomeado ao menor, cuja formação e origem têm vindo a ser bem diversas, a vagueza do texto da lei “tem levado a que a actuação dos magistrados judiciais e dos profissionais que são chamados a colaborar neste âmbito se pautе essencialmente pelo que é a experiência pessoal e pelas idiossincrasias de cada um”^[36].

O técnico que, a partir de 2007, o Código de Processo Penal determina que deve ser nomeado para assistir a vítima menor de idade tem por funções preparar a criança para o contacto 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.^[37]

A nomeação e funções deste técnico não podem deixar de ser ponderadas tomando em consideração não apenas o processo-crime mas também o procedimento, que na maioria dos casos corre paralelamente àquele, de proteção da criança e promoção dos seus direitos, seja ele conduzido por uma Comissão de Proteção de Crianças e Jovens ou por um Tribunal. Quando isto acontece, a atuação do técnico deve estar em harmonia com o sentido da ação protetiva que está a ser desenvolvida, deve ser o seu prolongamento, pelo que se impõe que, previamente à nomeação, se estabeleça o contacto com a entidade que a dirige tendo em vista a obtenção de consenso quanto a essa nomeação.^[38]

^[36] “Declarações para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais: orientações para técnicos habilitados”, Sónia Caridade, Célia Ferreira & Rui do Carmo, em *Manual de Psicologia Forense: Contextos, Práticas e Desafios*, coord. Marlene Matos, Rui Abrunhosa

Gonçalves, Carla Machado, 2011, Psi-quilíbrios edições, p.85.

^[37] Para aprofundamento das funções e da atuação que deve ter o técnico nomeado, veja-se o artigo identificado na nota anterior.

^[38] Às questões da articulação entre o processo criminal e o processo de promoção e proteção dos direitos da criança serão referidas nos pontos 3. e 4. deste artigo.

No que respeita à perícia do nº3 do artº 131º, segundo o qual “tratando-se de depoimento de menor de 18 anos em crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores, pode ter lugar perícia sobre a personalidade”, a sua realização, sendo considerada necessária, não deve atrasar a concretização das declarações para memória futura, podendo ocorrer após estas. E importa precisar o seu objetivo:

- 1º Esta perícia não se destina a recolher o depoimento da testemunha, pois a prova testemunhal só é válida se for recolhida com respeito pela sua disciplina normativa, e esta está sujeita aos princípios da oralidade e da imediação;
- 2º Não tem também por objeto a valoração da veracidade do conteúdo do depoimento, pois este está sujeito ao princípio da livre apreciação da prova, mas sim o conhecimento das características psicológicas e da personalidade de quem o presta, que pode constituir um importante contributo para a sua melhor apreciação.

2.4. O ATO DE INQUIRÇÃO DA TESTEMUNHA

A inquirição da criança para memória futura é um ato jurisdicional da competência do juiz de instrução, que a ele preside, sendo, como já foi referido, obrigatória a presença na diligência do Ministério Público e do defensor do arguido. Ao juiz incumbe inquirir a testemunha, “podendo em seguida o Ministério Público, os advogados dos assistentes e das partes civis e o defensor, por esta ordem, formular perguntas adicionais”, como dispõe o nº5 do artº 271º. Contudo, aplica-se-lhe a disciplina do artº 349º, de acordo com a qual a inquirição da testemunha menor de 16 anos é levada a cabo apenas pelo juiz de instrução, podendo os outros intervenientes na diligência, finda aquela, pedir-lhe “que formule à testemunha perguntas adicionais”; ou seja, não lhes é permitido o confronto direto com a testemunha, por exigências da sua proteção e também para garantir que o depoimento não é perturbado por atitudes no interrogatório que possam influenciar o relato da criança. Disciplina que pode ser aplicada a menor com idade superior a 16 anos à luz do disposto na alínea c) do artº 29º da Lei de Proteção de Testemunhas.

Ao arguido, se comparecer na hora, dia e local da diligência, não deve, por regra, ser permitido ter qualquer contacto, mesmo que apenas visual, com a testemunha, aplicando-se, com as adaptações necessárias à especificidade do ato, o disposto nas alíneas a) e b) do nº1 do artº 352^{O[39]}, na medida em que a sua presença é suscetível de perturbar gravemente a criança, com potenciais reflexos negativos não apenas no depoimento mas no processo de superação do trauma de que foi vítima. No mesmo sentido dispõe a alínea a) do artº 29º da Lei de Proteção de Testemunhas.

Assegurados estão a defesa do arguido, através da presença obrigatória e participação ativa do seu defensor, e o contraditório, pela direito deste a inquirir a testemunha através do juiz.

Atendendo às particulares exigências da inquirição de criança vítima de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual, que podem resultar da idade e da natureza dos factos, o juiz de instrução tem, com bastante frequência, na ausência de qualquer específica preparação para o efeito, dificuldade em conduzi-la e executá-la de forma adequada, tanto do ponto de vista da recolha do depoimento como do impacto da diligência sobre a criança.

Por um lado, a criança, nestas situações, não é uma testemunha como as outras, para ela “o recontar dos factos de que foi vítima pode despoletar a expressão de sentimentos extremamente intensos e emotivos acerca desta experiência traumática”; por outro lado, a inquirição deve tomar em consideração e respeitar a sua idade e nível de desenvolvimento, não sendo indiferente o modo como é conduzida na perspetiva da fidedignidade do depoimento, sendo que “a qualidade dos relatos das crianças depende da competência do entrevistador em perguntar questões sensíveis do ponto de vista desenvolvimental e perceber o significado das afirmações da criança”^[40].

[39] “1. O tribunal ordena o afastamento do arguido da sala de audiências, durante a prestação de declarações, se: a) Houver razões para crer que a presença do arguido inibiria o declarante de dizer a verdade; b) O declarante for menor

de 16 anos e houver razões para crer que a sua audição na presença do arguido poderia prejudicá-lo gravemente” (...).

[40] Cf. “Forensic Interview Protocol in Child Sexual Abuse. Why and what

for?”, Carlos Eduardo Peixoto, Catarina Ribeiro, Michael E. Lamb, *Abuse & Neglect Series 1, To Improve the Management of Child Abuse and Neglect*, Ed. SPECAN, 2011, pp 133-159.

Importa relembrar que “os resultados da investigação demonstram que as crianças podem recordar e contar a sua experiência com precisão, desde uma idade muito baixa (nível pré-escolar)” e que se “fatores limitativos” frequentemente invocados, como a memória, a linguagem ou a vulnerabilidade à sugestionabilidade, “forem alvo de controlo, através do recurso a estratégias e técnicas de trabalho por parte dos vários profissionais, pode esperar-se por parte das crianças a capacidade de desenvolverem com precisão as experiências por elas vividas”^[41].

Como é recomendado nas *Linhas Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre uma Justiça Adaptada às Crianças*, a audição da criança deve ser conduzida por um profissional qualificado e ser assegurado que é realizada “num ambiente favorável e nas melhores condições, considerando a sua idade, maturidade e nível de compreensão, e tendo em conta as suas eventuais dificuldades de comunicação.”^[42]

Por estas razões, deve, em cada situação, ser ponderada a nomeação de um técnico com formação apropriada, para auxiliar o juiz de instrução na condução e execução das declarações para memória futura, numa dupla vertente – assegurar que as condições do espaço e o ambiente da diligência são amigáveis para a testemunha e garantir que a inquirição é conduzida tendo em consideração a sua idade e nível de desenvolvimento e por forma a obter um relato o mais completo possível e sem contaminações decorrentes, nomeadamente, do modo como a inquirição é conduzida e as perguntas são formuladas.

Este técnico tem uma função diferente da do técnico de apoio à criança previsto no n.º 4 do art.º 271.º e na Lei de Proteção de Testemunhas. Enquanto este, como já foi referido, tem por função preparar e apoiar a criança no seu contacto com o sistema de justiça penal, aquele apoia o

[41] Cristina Soeiro, “O abuso sexual de crianças: contornos da relação entre a criança e a justiça”, *Sub Judice* n.º 26, Outubro/Dezembro 2003, p. 24.

[42] Ponto 64. do documento, adotado pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 17/11/2010. Ver também pontos 65 a 74.

juiz na execução da inquirição nas melhores condições e de modo cientificamente informado. Não há, contudo, a nosso ver, nenhum obstáculo legal a que, se assim for considerado conveniente, o mesmo técnico possa desempenhar essas duas funções, desde que tenha formação adequada e se mostre conveniente também à luz dos procedimentos de proteção e promoção dos direitos da criança que eventualmente corram termos.

Assim, a prática judiciária estará em conformidade com a Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais (Lanzarote, 2007), a que nos temos vindo a referir, que vincula os Estados signatários, entre os quais Portugal, a tomarem as necessárias medidas para que “as audições das crianças sejam efectuadas por profissionais com formação adequada a esse fim” (al. c) do nº1 do artº 35º).

É essencial que o sistema judicial possa ter ao seu dispor um corpo de técnicas com formação específica para o exercício destas funções, que sejam nomeadas pelos juízes para as declarações para memória futura de crianças, particularmente quando vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual, e também para as audiências de julgamento, nos casos em que as crianças aí devam testemunhar.

2.5. A EVENTUAL RENOVAÇÃO DO DEPOIMENTO DA VÍTIMA EM AUDIÊNCIA DE JULGAMENTO

Não tem sido pacífico o entendimento quanto ao disposto no nº8 do artº 271º, introduzido pela revisão de 2007 do Código de Processo Penal. Nele está expressa a regra da não repetição da inquirição de testemunha ouvida em declarações para memória futura nas fases posteriores do processo, nomeadamente na audiência de discussão e julgamento.

No que respeita às crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual, uma das razões da antecipação obrigatória da audição é precisamente a sua proteção através do afastamento precoce da intervenção no processo em que se discute e julga o crime. A audição no julgamento só pode acontecer excecionalmente, se for considerada essencial pelo juiz para a

descoberta da verdade, “em face da *ratio* protectora da diligência de declarações para memória futura”, e se se concluir que não é posta em causa a saúde psíquica da criança^[43], tomando em consideração a idade, a maturidade, a vontade desta e as circunstâncias do caso concreto.

A gravação das declarações prestadas é não só um fator de rigor mas também de prevenção da necessidade da sua repetição. Em particular a gravação vídeo, que “apresenta a vantagem incontestável de reproduzir integralmente não só os seus dizeres, mas também todas as perguntas feitas, bem como as circunstâncias da entrevista. Permite recuperar as atitudes não-verbais do menor, as hesitações ou os silêncios, por vezes cheios de significado, as variações de tom (...), as respostas gestuais, os olhares, as mímicas e posturas, os estados emocionais (...). Na escrita estes não-ditos estão apagados ou só podem ser recuperados pelo inquiridor através de um trabalho de investigação sempre sujeito a prova. A gravação exprime mais fielmente as interações entre inquiridor e menor interrogado e permite pôr em evidência as interferências e as induções entre estes actores”^[44].

Nos casos em que a nova audição deva ter lugar, deverá ser realizada, em regra, nos termos já atrás referidas, ou seja, garantido o apoio e proteção à criança, o não contacto com o arguido, o seu não confronto com os restantes intervenientes no julgamento, sendo a inquirição efetuada exclusivamente através do juiz auxiliado por técnico qualificado para o efeito, que deve ser preferencialmente o mesmo que já participou na(s) audição(ões) anterior(es).

A Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais (Lanzarote, 2007), na alínea e) do n.º 1 do art 35º, obriga os Estados Parte a garantir que “o número de audições seja limitado ao mínimo e na estrita medida do necessário à evolução do processo”.

[43] Neste sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, ob. cit., p.688. Como este autor refere, “o juízo de repetição da prova em audiência de discussão e

julgamento é recorrível, tendo o recurso efeito suspensivo da diligência e subindo de imediato em separado (artigos 406º n.º 2, 407º n.º 1 e 408º n.º 3, *in fine*)”.

[44] Ob. cit. nota 29, pp 128/129.

Como é referido nos comentários a esta disposição, é assumido o objetivo de “limitar as audições sucessivas da criança, que lhe fazem reviver os factos de que foi vítima, permitindo que seja ouvida pelas mesmas pessoas, formadas para este efeito, num quadro adaptado e num contexto securizante”.^[45]

A obrigatoriedade das declarações para memória futura não visa apenas registar o depoimento da criança o mais próximo possível da data dos factos e preservá-la de fatores externos que o podem influenciar, mas também permitir-lhe o afastamento do conflito judicial o mais cedo possível. Por isso, não só a eventual repetição da audição na audiência de discussão e julgamento terá de ser feita em termos que permitam a sua proteção, como não deverá ocorrer se não for imprescindível. E, de qualquer modo, a lei proíbe-a se puser em causa a saúde psíquica da criança, para o que o tribunal deverá obter, se necessário, informação e pareceres técnicos que permitam uma decisão fundamentada.

3. AS DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA E A AUDIÇÃO DA CRIANÇA NOUTROS PROCEDIMENTOS

Como já foi referido, a criança é ainda, por regra, ouvida diversas vezes, na medida em que a abordagem da sua situação e dos factos de que foi vítima é feita de forma atomística, por entidades distintas, cada uma delas com funções limitadas apenas a um aspeto do problema, sem efetiva comunicação entre si ou articulação que permitam o aproveitamento da informação já obtida e a coerência das ações parcelares desenvolvidas á luz de um denominador comum – a defesa e promoção do superior interesse da criança.

^[45] <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/201.htm> - consultado em 21/5/2013.

O Relatório Explicativo da Convenção do Conselho da Europa a que nos temos vindo a referir (Lanzarote, 2007) afirma também a esta luz a importância da gravação vídeo das declarações da criança, ao explicitar a razão de ser da norma do nº2 do artº 35º: “O objetivo principal desta disposição é a proteção da criança contra o risco de um novo traumatismo. A entrevista registada em vídeo pode ter múltiplos usos, incluídos o exame médico e os serviços terapêuticos, facilitando assim o alcançar do objetivo de delimitar tanto quanto possível o número de entrevistas. Faz eco de práticas desenvolvidas com sucesso, há muitos anos, em numerosos Estados”.^[46]

Centrando-se na experiência islandesa das Barnhaus, Bragi Guo-brandsson descreve o “interrogatório de inquérito conjunto, por uma equipa de inquiridores profissionais e com formação, colocados sob a autoridade de um juiz”: “O interrogatório realiza-se num local apropriado, que pode ser visionado através de um circuito interno de televisão pelos representantes da polícia e do Ministério Público, os advogados de defesa, o advogado da criança e o assistente social que trabalha nos serviços locais de proteção da infância. Este procedimento equivale a um testemunho ou a um depoimento perante o tribunal (...), não tendo a criança necessidade de testemunhar de novo na audiência. Este procedimento é concebido para garantir ao suspeito que é sujeito a um inquérito penal profissional e que beneficia das garantias dum procedimento regular (processo equitativo) sem sacrificar o princípio do superior interesse da criança”.^[47]

No nosso sistema jurídico, quando existem simultaneamente intervenções criminal e de proteção, para se alcançar o objetivo de a criança não ser sucessivamente ouvida por diversas entidades e profissionais sobre a mesma realidade acontecida, embora com abordagens diversas em função do escopo da sua intervenção, ter-se-á de atribuir centralidade às declarações recolhidas no procedimento criminal, ou seja, às declara-

[46] *Ob cit* nota 45, ponto 238 do Relatório Explicativo.

[47] *Ob cit* nota 25, p. 103.

ções para memória futura. Centralidade que decorre de a satisfação dos seus pressupostos e requisitos ser condição da validade do depoimento como prova no processo penal, não existindo, por outro lado, qualquer impedimento à sua receção e valoração no processo de promoção e protecção; enquanto que as declarações prestadas neste não valem como prova testemunhal no processo penal.

É na audição realizada nesta diligência do processo penal, cujos requisitos e modo de execução abordámos no ponto anterior, que, em princípio, se devem procurar obter todas as informações a prestar pela criança sobre os factos ocorridos que se mostrem úteis e necessárias aos vários níveis de intervenção.

Para que este objetivo seja alcançado na prática judiciária, é necessário: por um lado, que as declarações para memória futura sejam realizadas com grande proximidade do momento do conhecimento dos factos (diremos mesmo, que constituam em regra o primeiro questionamento da criança sobre os factos ocorridos); por outro lado, que nesta diligência se obtenham da criança todas as informações consideradas necessárias também para o prosseguimento de outras vertentes da abordagem da sua situação (social, familiar, psicológica, médica, etc), evitando desnecessárias contactos múltiplos e vitimizadores e potenciando a coerência da intervenção à luz da promoção do desenvolvimento e dos direitos da criança. O que exige que se organize a comunicação entre processos e deva ser ponderada, em cada caso, a necessidade de participarem na diligência profissionais responsáveis por aquelas outras vertentes.

O Ministério Público tem aqui um papel essencial que resulta da multiplicidade das suas funções, que abrangem todas as questões relacionadas com a protecção, o bem-estar e o projeto de vida da criança, para além da direcção da investigação criminal e da titularidade do exercício da acção penal.

4. O MINISTÉRIO PÚBLICO, A DEFESA E PROMOÇÃO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E A DIREÇÃO DO INQUÉRITO

Como já referido, as diversas vertentes da intervenção nestas situações têm como ponto comum a defesa e promoção do superior interesse da criança. Também a penal, e de uma forma mais clara desde 1 de Outubro de 1995, em que os crimes sexuais deixaram de ser classificados como crimes contra os fundamentos ético-jurídicos da vida em sociedade e passaram a ser assumidos como crimes contra as pessoas, contra a sua liberdade e autodeterminação sexual^[48]. Ou seja, afastada ficou qualquer veleidade que possa existir de encarar a vítima como um instrumento de afirmação de valores ético-jurídicos, o que tem necessariamente repercussões no tratamento judiciário do facto – “Na procura da verdade, o magistrado navega entre a lógica própria do inquérito que procura recolher um máximo de informações favoráveis e desfavoráveis ao acusado, e uma outra lógica, a do conforto e bem estar da vítima”^[49].

Os crimes sexuais contra crianças constituem um problema complexo, um dos que exige “novas soluções que não repousem apenas em critérios de separação de competências em razão da matéria”^[50]. No atual quadro legislativo, o Ministério Público, que tem legitimidade para intervir nos diferentes procedimentos desencadeados pela notícia dos factos, tem uma particular responsabilidade na superação das dificuldades que decorrem da sua divisão por matérias, promovendo a comunicabilidade entre eles e a harmonização das decisões que em cada um vão sendo tomadas, à luz da defesa do superior interesse da criança que deles é sujeito, encarado como um critério de controlo e de decisão^[51].

[48] Alteração ao Código Penal introduzida pelo DL n.º 48/95, de 15 de Março.

[49] *Ob. cit.* nota 29, p.133.

[50] “Justiça. Virtudes Privadas, Públicos Vícios”, Álvaro Laborinho Lúcio, *Levante-se o Véu. Reflexões sobre o exercício da Justiça em Portugal*, 2011, Oficina do Livro, p. 33/34.

[51] Cf. “A justiça e o abuso de crianças e jovens. Um caminho em constante construção”, Rui do Carmo, *Abuso de Crianças e Jovens. Da suspeita ao diagnóstico*, Coordenação Teresa Magalhães, 2010, Lidel, Edições Técnicas, L.da, p. 190.

A consciência e preocupação a este propósito têm vindo a aumentar. Alguns passos têm sido dados, dos quais destacamos dois.

A articulação no tratamento das situações de abuso sexual foi objeto da “Directiva Conjunta” do Procurador-Geral da República e do Presidente da Comissão Nacional de Protecção de Crianças e Jovens em Risco, de 23 de Junho de 2009, sobre “Uniformização de procedimentos funcionais entre os magistrados do Ministério Público interlocutores e as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens”, que se encontra em vigor. Nela se reafirma o determinado no ponto 5.4. da Circular 6/2006 do Procurador-Geral da República, sobre a “Intervenção do Ministério Público nas Comissões de Protecção de Crianças e Jovens, ao abrigo do disposto no artº 72º nº2 da Lei 144/79, de 1 de Setembro”: quando houver lugar a processo crime e a processo de promoção e protecção a correr termos na CPCJ, deve ser garantida a rápida articulação entre ambas as intervenções, nomeadamente “o magistrado interlocutor da CPCJ deve interagir com o magistrado titular do inquérito, tendo em vista avaliar a adequação das medidas de protecção, tendo em conta a situação processual do arguido”. Mas vai-se mais longe, ao prever a transmissão de informação (ponto 3.3.b.) e ao apelar à “articulação entre as intervenções no domínio da promoção e protecção e no âmbito penal” (ponto 3.4.).

Mais recentemente, o Procurador-Geral Distrital de Coimbra, através do Despacho nº3/2012, recomendou, nos casos de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menor, as seguintes regras de atuação:

- a) “Nas situações em que o suspeito agressor coabite ou conviva frequentemente com a vítima ou tenha com ela uma relação familiar próxima, o Ministério Público providencia pela instauração de processo judicial de promoção e protecção, sem prejuízo dos procedimentos de urgência que as entidades de protecção devam desencadear”;
- b) “O magistrado que seja responsável pelo inquérito criminal deve verificar se já foi instaurado processo de promoção e protecção, assim como o magistrado responsável pelo processo de promoção

e proteção deve verificar se já foi, quando pertinente, instaurado inquérito criminal. E ambos devem zelar para que esses processos entrem em comunicação”;

- c) “Os magistrados titulares desses processos zelarão, nomeadamente, para que:
- se aproveitem em ambos as diligências realizadas em cada um deles, evitando repetições inúteis;
 - haja uma avaliação conjunta de cada caso, para acordo sobre as medidas de promoção e proteção, as medidas de coação e outras decisões interlocutórias ou finais que cada magistrado haja de promover, defender ou tomar no respetivo processo, com vista ao conseguimento da maior coerência e eficácia na defesa do superior interesse da criança;
 - se observem estes procedimentos e se cumpram estes objetivos ainda que o inquérito criminal esteja a ser executado por órgão de polícia criminal.”

Apenas fragmentos de um caminho que tem de ser prosseguido e aprofundado.

As declarações para memória futura são um momento importante em que a comunicação e articulação se impõem para evitar, pelas razões já indicadas, a desnecessária repetição da audição da criança.^[52]

Estas exigências de articulação tendo em vista a coerência da atuação pressupõem uma efetiva direção e acompanhamento do inquérito por parte do magistrado do Ministério Público que dele seja titular, sem o que dificilmente poderão ser cumpridas.

[52] A propósito destas declarações para memória futura, o Encontro da Rede de Magistrados do MP (do Distrito Judicial de Lisboa) dos Tribunais de Família e Menores, de 27/11/2008, concluiu que

“deverá ser estabelecida articulação entre o magistrado do Ministério Público da área de Família e Menores e da área Criminal, assim devendo ser compatibilizados e concertados os tempos de

realização daquela diligência com outras cuja realização se imponha”. Cf. nota ao artº 271º do Código de Processo Penal, em www.pgdlisboa.pt/legislação (consultado em 30/5/2013).

5. A DIRETIVA 2011/92/UE SOBRE A LUTA CONTRA O ABUSO SEXUAL E A EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇAS E A PORNOGRAFIA INFANTIL

A Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, e que substitui a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, define no seu artº 20º normas sobre a audição da criança em sentido coincidente com a já referida Convenção do Conselho da Europa (Lanzarote, 2007):

- “3. Sem prejuízo dos direitos de defesa, os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para garantir que (...):
- a) A audição da criança vítima do crime se realize sem demoras injustificadas logo após a denúncia dos factos às autoridades competentes;
 - b) A audição da criança vítima do crime se realize, se necessário, em instalações concebidas ou adaptadas para o efeito;
 - c) A audição da criança vítima do crime seja feita por profissionais qualificados para o efeito ou por seu intermédio;
 - d) Sejam as mesmas pessoas, se possível e adequado, a realizar todas as audições da criança vítima do crime;
 - e) O número de inquirições seja o mais reduzido possível e as inquirições sejam realizadas apenas em caso de estrita necessidade para efeitos da investigação e do processo penal;
 - f) A criança vítima do crime seja acompanhada pelo seu representante legal ou, se for caso disso, por um adulto à sua escolha, salvo decisão fundamentada em contrário no que se refere a essa pessoa.”

Para além de determinar que as audições devem ser “gravadas por meios audiovisuais e que as gravações possam ser utilizadas como prova no processo penal, de acordo com as regras previstas na legislação nacional” (nº4) e, quanto à audiência, que seja realizada à porta fechada e que a “criança vítima do crime seja ouvida pelo tribunal sem estar presente, nomeadamente com recurso a tecnologias de comunicação adequadas” (nº5).

O cumprimento desta Diretiva deverá ocorrer até 18 de Dezembro de 2013. Para que lhe seja dado efetivo cumprimento, para que a prática judiciária incorpore estas normas convergentes com as que constam já da referida Convenção de Lanzarote, mostra-se oportuno revisitar e aperfeiçoar a nossa legislação processual penal, concretamente o artº 271º, à luz do que dispõe a Diretiva.

6. NOTA FINAL

Como é referido no ponto 6. dos considerandos desta Diretiva, “o superior interesse da criança deve prevalecer sobre qualquer outra consideração quando se adoptam medidas para combater estes crimes, em conformidade com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e com a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança”.

Atendendo à especificidade do impacto das agressões sexuais sobre a vítima menor de idade, às circunstâncias em que habitualmente ocorrem (“o abuso mais frequente é o que é cometido por um membro da família ou por um conhecido”^[53]), à predominante ausência de lesões físicas ou vestígios biológicos, adquirindo o depoimento da vítima particular importância probatória, bem como às repercussões que estes factos têm na situação familiar e no desenvolvimento da criança, desencadeando por regra outros procedimentos para além do criminal que entre si se têm de harmonizar – a abordagem e intervenção sobre esta realidade deve, como já atrás referido, ultrapassar as dificuldades que decorrem da “separação de competências em razão da matéria” e assentar, desde o primeiro momento^[54], na compreensão, diálogo e cooperação interdisciplinares e interinstitucionais.

Voltarei em breve a este tema.

Coimbra, Maio de 2013

[53] Kevin Lalor e Rosaleen McElvaney, “Présentation de la nature et de l'ampleur de l'abus sexuel en Europe”, *ob. cit.* nota 1, p.23.

[54] Cf. *Linhas Orientadoras para Actuação em Casos de Indícios de Abuso Sexual de Crianças e Jovens*, Casa Pia Lisboa, 2010, pp 42/43.