

# **Declarações para memória futura**

(elementos de estudo)

Cruz Bucho

2-4-2012

## Sumário

- I - Introdução
- II- Finalidade e natureza excepcional da medida
- III - O Objecto da prova antecipada
  - 1. Actos processuais para memória futura
  - 2. O arbitramento e a inspecção
  - 3. O reconhecimento e a reconstituição do facto
  - 4. Acareações para memória futura
- IV - Fundamentos da antecipação
  - 1. Doença grave
  - 2. Deslocação para o estrangeiro
  - 3. O juízo de prognose em caso de doença ou deslocação para o estrangeiro, a previsibilidade e a imprevisibilidade da falta de audição
  - 4. Crimes de catálogo
    - 4.1. A revisão de 1998
    - 4.2. A revisão de 2007
  - 5. Outros crimes cometidos contra menores: o caso Maria Pupino
- V - Procedimento (tramitação processual da prova antecipada)
  - 1. Impulso processual
  - 2. Legitimidade
  - 3. A Lei da violência doméstica (o artigo 33º, n.º1 e outras questões)
  - 4. Requerimento
    - 4.1. Requisitos
    - 4.2. A justificação sumária da necessidade de antecipação
    - 4.3. Inobservância dos requisitos
  - 5. Procedimento subsequente (prova informatória e contraditório)
  - 6. Despacho
  - 7. Recurso
- VI - Comunicação e estrutura da diligência
  - 1. Comunicação do despacho
  - 2. Estrutura da diligência
    - 2.1. O regime vigente até 15 de Setembro de 2007
    - 2.2. O regime posterior a 15 de Setembro de 2007
  - 3. Menores vítimas de crimes sexuais
  - 4. Documentação
- VII - Outras questões processuais
  - 1. Natureza urgente do procedimento
  - 2. Segredo de justiça e declarações para memória futura
  - 3. Repetição, em inquérito, das declarações para memória futura
  - 4. Impedimento por participação no processo
- VIII - Ineficácia das declarações para memória futura e repetição da prova
  - 1. Ineficácia da prova antecipada
  - 2. A repetição da prova e a prova antecipada anteriormente produzida
- IX - Valoração das declarações para memória futura
  - 1. Nas fases preliminares do processo
  - 2. Na fase de julgamento (condições)
    - 2.1. As declarações para memória futura prévias à constituição de arguido
      - 2.1.2. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
    - 2.2. A necessidade da leitura em audiência
- X - O valor probatório das declarações para memória futura

# Declarações para memória futura

(elementos de estudo)

*“Se no passado se vê o futuro, e no futuro se vê o passado, segue-se que no passado e no futuro se vê o presente, porque o presente é futuro do passado, e o mesmo presente é o passado do futuro” (Pe. António Vieira)\**

## I - Introdução

Conforme assinala Damião da Cunha, “parece adquirido genericamente que, num processo de estrutura acusatória, a audiência de julgamento e em especial a produção da prova assume o lugar central no processo penal. A produção da prova que deve servir para fundamentar a convicção do julgador, tem de ser a realizada na audiência e segundo os princípios naturais de um processo de estrutura acusatória: os princípios da imediação, da oralidade e da contraditoriedade na produção da prova”<sup>1</sup>.

---

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

<sup>1</sup> “O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP) (Algumas reflexões à luz de uma recente evolução jurisprudencial)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7, fasc. 3, Julho-Setembro 1997, pág. 405. No mesmo sentido se pronunciou Germano Marques da Silva: “O modelo consagrado no Código de Processo Penal de 1987 é o acusatório que implica a participação de todos os sujeitos processuais na constituição da prova que há-de servir para a decisão. *A ciência do juiz de julgamento deve ser comum aos demais sujeitos processuais e comuns as fontes onde colhe esse conhecimento.* Ora, o melhor método técnico para assegurar esta participação é o contraditório em audiência. A admissão da prova recolhida em modo inquisitório, ainda que submetida posteriormente a apreciação contraditória, representa um desequilíbrio entre a acusação e a defesa, em prejuízo da defesa. Acresce que o juiz deve decidir sob a impressão de quanto viu e ouviu e daí a necessidade de que a prova seja produzida oralmente em audiência, ressalvadas as exceções em que tal seja de todo impossível”- Produção e Valoração da Prova em Processo Penal, *Revista do CEJ*, 1º trimestre 2006, número 4 (número especial), pág. 42 (itálicos no original).

É esta claramente a solução prevista no n.º1 do artigo 355.º do Código de Processo Penal<sup>2</sup>:

“ Não valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência”<sup>3</sup>.

O n.º 2 do artigo 355.º<sup>4</sup> ressalva, porém, diversas excepções àquela regra nuclear do processo penal português, as quais são depois enunciadas nos artigos 356.º e 357.º<sup>5</sup>.

A lei (artigo 356.º) permite, nomeadamente, a leitura em audiência de declarações do assistente, das partes civis e de testemunhas, se tais declarações “tiverem sido tomadas nos termos dos artigos 271.º

---

<sup>2</sup> Diploma a que pertencem os artigos que se vão referir sem menção de inserção.

<sup>3</sup> Como o STJ já teve oportunidade de esclarecer, num registo não totalmente coincidente com o da doutrina, o n.º 1 do citado artigo 355.º visa “ tão só evitar que o tribunal possa formar a sua convicção, alicerçando-se em material probatório não apresentado e junto ao processo pelos diversos intervenientes e relativamente ao qual não tenha sido exercido o princípio do contraditório” - Ac. de 25-2-1993, *BMJ* n.º 424, pág. 541-542 (cfr., no mesmo sentido, os Acs. do STJ de 4-6-2003, proc.º n.º 519/03-3ª, *SASTJ* n.º 72, 56, de 2-7-2003, proc.º n.º 1802/03-3ª, *SASTJ* n.º73, 119 e de 29-11-2006, *Colectânea de Jurisprudência-Acs do STJ.*, Ano XIV, tomo 3, pág. 235).

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

<sup>4</sup> “Ressalvam-se do disposto no número anterior as provas contidas em actos processuais cuja leitura, visualização ou audição em audiência sejam permitidas, nos termos dos artigos seguintes.”

<sup>5</sup> Recordar-se que de acordo com a Lei n.º 43/86, de 26 de Setembro, que concedeu ao Governo autorização para aprovar um novo Código de Processo Penal e revogar a legislação vigente sobre essa matéria, a autorização teve neste domínio o seguinte sentido e extensão: “Proibição, salvo em casos excepcionais, de valoração em julgamento de quaisquer provas que não permitam o contraditório em audiência, alargando nomeadamente o elenco de situações em que são proibidas as leituras de autos de instrução contendo declarações de arguidos, assistentes, partes civis ou testemunhas não presentes em audiência de julgamento”[art. 2.º, al. 63)].

e 294.º” [n.º 2, al. a)], isto é, das denominadas declarações para memória futura.

Neste caso a leitura visa, originariamente, suprir a ausência da pessoa declarante, prevenindo “o risco iminente da perda duma prova enquanto se aguardasse o momento próprio (normal) da sua produção”<sup>6</sup>.

Encontramo-nos, pois, no domínio da produção antecipada de prova<sup>7</sup>, da prova para futura memória, da produção de provas *ad*

---

<sup>6</sup> Manuel Domingues de Andrade (com a col. de Antunes Varela), *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1979, pág. 219.

Na sugestiva formulação do Tribunal Constitucional espanhol a não admissão de prova produzida nas fases anteriores do processo, sujeita ao princípio do contraditório e com salvaguarda das garantias de defesa “supondría hacer depender el ejercicio del *ius puniendi* del Estado del azar o de la malquerencia de las partes (por ejemplo, mediante la amenaza de los testigos) (...) Un sistema que pondere tanto la necesidad social de protección de bienes jurídicos esenciales como el haz de garantías frente a posibles abusos de ciudadanos, con independencia de su posición, ha de estar en condiciones de hacer valer la seriedad de lo actuado por los órganos encargados de la represión penal, siempre que lo actuado lo haya sido con pleno respeto a aquellas garantías” STC 154/1990.

<sup>7</sup> Assim, v.g., Costa Pimenta, *Código de Processo Penal Anotado*, Lisboa, 1987, Rei dos Livros, pág. 810, Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, vol. II, 3ªed., 2002, Lisboa-S. Paulo, Editorial Verbo, pág. 138, Simas Santos, Leal Henriques e Borges de Pinho, *Código de Processo Penal*, II vol., Lisboa, Rei dos Livros, 1996, pág. 165, Abrantes Geraldès, *Temas da Reforma do Processo Civil*, vol. III, Coimbra, Almedina, 1998, pág. 51, Damião da Cunha, “O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts.356.º e 357.º do CPP)”, cit., pág. 407 e Joaquim Malafaia, “O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos actos de instrução e nas declarações para memória futura”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14, fasc. 4, Outubro-Dezembro 2004, pág. 532. Assim, também, na doutrina italiana, v.g., Mário Conte, Maurizio Gemeli, Fábio Licata, *Le Prove Penali*, Milano, 2011, Giuffrè, pág. 495, Tranchina, “L’intervento dell’organo giurisdizionale durante lo svolgimento delle attività investigatore”, in Siracusano, Galati, Tranchina, Zappalà, *Diritto processuale penale*, vol. II, Milano, 2011, Giuffrè, pág. 156, Elvira Nadia La Roca, in Alfredo Gaito (dir), *La Prova Penale*, vol. I, Torino, 2008, Utet, pág. 209 e Aniello Nappi, *Guida al Codice di Procedura Penale*, 10ªed., Milano, 2007, Giuffrè, pág. 144, na doutrina peruana, v.g., Pablo Talavera Elguera, *La prueba en el nuevo proceso*

*perpetuam rei memoriam* que o direito português<sup>8</sup> conhece e regula há séculos, desde as Ordenações<sup>9</sup>.

---

*penal. Manual del derecho probatorio y de la valorizacion de las pruebas en el proceso penal común*, Lima, 2009, Academia de la Magistratura, págs. 65-70 e na doutrina chilena, cfr. Maria Inés Horvitz Lennon e Julián López Masle, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II, Santiago de Chile, 2004, Editorial Jurídica de Chile, págs. 143-144.

Como destaca o processualista brasileiro Aury Lopes Jr. “O incidente de produção antecipada da prova é forma de jurisdicionalizar a actividade probatória no curso do inquérito, através da prática de ato ante uma autoridade jurisdicional e com plena observância do contraditório e do direito de defesa (...) Excepcionalmente, frente ao risco de perecimento e o grave prejuízo que significa a perda irreparável de algum dos elementos recolhidos no inquérito policial, o processo penal instrumentaliza uma forma de colher antecipadamente esta prova, através de um incidente: produção antecipada de prova” (*Sistema de Investigação Preliminar no Processo Penal*, Rio de Janeiro, 2002, Lúmen Juris, págs. 191-192).

<sup>8</sup> No mundo lusófono e no âmbito do processo penal o instituto encontra-se igualmente consagrado nos seguintes Códigos:

- Código de Processo Penal brasileiro, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de Outubro de 1941, sucessivamente alterado (artigos 156.º-I, 225.º e 366.º);
- Código de Processo Penal da Guiné-Bissau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º5/93, de 13 de Outubro, in Suplemento ao Boletim Oficial da República da Guiné-Bissau, n.º41, de 13 de Outubro de 1993, [artigos 198.º, 242.º, n.º2, al. a)];
- Código de Processo Penal de Macau, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 48/96/M, de 9 de Setembro de 1996 [artigos 253.º, 276.º, 301.º e 337.º, n.º2, al. a)];
- Código de Processo Penal de Cabo Verde, aprovado pelo Decreto Legislativo n.º2/2005, de 7 de Fevereiro, Boletim Oficial, 7 de Fevereiro, I Série, n.º 6, (artigos 309.º e 393.º, n.º1);
- Código de Processo Penal de Timor-Leste, aprovado pelo Decreto-Lei n.º13/2005, de 12 de Dezembro de 2005 [artigos 230.º, 243.º e 266.º, n.º2, al. a)].

<sup>9</sup> Sobre a produção antecipada de prova no âmbito do processo civil cfr., v.g., José Dias Ferreira, *Código de Processo Civil Anotado*, Tomo I, Typographia Lisboanense, 1887, págs. 304-305, 338 e 364-365, em comentário aos artigos 216.º, 217.º e 270.º, do Código de Processo Civil de 1876, respectivamente, Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, 3ªed., reimp., Coimbra Editora, 1981, págs. 331-344, Paulo Cunha, *Processo Comum de Declaração* (apontamentos de Artur Costa e Jaime Lemos), tomo II, 3ªed., Braga, 1944, pág. 94, L. P. Moitinho de Almeida, “Produção Antecipada de Provas”, *Scientia Iuridica*, tomo XVII (1968), págs. 277-286, Manuel Domingues de Andrade (com a col. do Prof. Antunes Varela), *Noções Elementares de Processo Civil*, cit., págs. 219-220, João de Castro Mendes,

Vamos limitar o nosso estudo à matéria das declarações para memória futura prestadas nas fases preliminares do processo (inquérito e instrução), a qual se encontra regulada, fundamentalmente, nos artigos 271.º, 294.º e 356.º, todos do Código de Processo Penal<sup>10</sup>.

---

*Direito Processual Civil*, vol. III, 1978/79, ed. da AAFDL, págs. 183-184, Artur Anselmo de Castro, *Direito Processual Civil Declaratório*, vol. III, Coimbra, 1982, Livraria Almedina, pág. 300, Antunes Varela, Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1984, págs. 467-473, Jacinto Fernando Rodrigues Bastos, *Notas ao Código de Processo Civil*, vol. III, 3ª ed., act., Lisboa, 2001, págs. 83-85, Abrantes Geraldês, *Temas da Reforma do Processo Civil*, vol. III, cit., págs. 60-72, Lebre de Freitas, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 2º, Coimbra Editora, 2001, págs. 414-416 e Fernando Pereira Rodrigues, *A Prova em Direito Civil*, Coimbra Editora, 2011, págs. 213-215.

<sup>10</sup> O artigo 380.º-A, introduzido pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, previa também que em caso de novo julgamento de arguido julgado na sua ausência “As declarações prestadas na anterior audiência têm o valor das declarações para memória futura, com as finalidades referidas no artigo 271.º”[n.º3, al. a]. O referido preceito foi, porém, revogado pelo artigo 3.º do Dec.-Lei n.º 320-C/2000, de 15 de Dezembro.

## II - Finalidade e natureza excepcional da medida

Embora, em princípio, toda a prova deva ser produzida em audiência, o legislador não podia ignorar as realidades da vida.

Pode, na verdade, “suceder que a produção de determinada prova apresente carácter de urgência incompatível com a espera do momento normal e oportuno da audiência de julgamento; pode dar-se o caso de haver risco de perda da prova se houver de aguardar-se por aquele momento”<sup>11</sup>.

A lei não podia deixar de prover a este perigo, permitindo a produção antecipada da prova. De outro modo “prejudicar-se-iam gravemente as garantias de apuramento da verdade, se a lei não acudisse, com uma solução adequada, à necessidade de obtenção *urgente do meio de prova* que ameaça perder-se”<sup>12</sup>.

É esta a finalidade originária dos artigos 271.º e 294.º (cujo regime foi depois tornado extensivo às vítimas de crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual) ao permitir que em caso de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro de uma testemunha (ou assistente, parte civil, perito ou consultor técnico) que previsivelmente a impeça de ser ouvida, o

---

<sup>11</sup> Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, 3ªed.,pág. 332. Como assinala Paolo Tonini, *Diritto processuale penale. Manuale breve.Tutti il programma d’esame com domanda e risposte*, Giuffrè, 2010, pág. 368: “(...) il principio di immediatezza (...) non può essere assicurato in modo assoluto, senza tenere conti di quelle esigenze pratiche che in determinati casi richiedono di procedere subito all’assunzione della prova. Infatti non sempre si può attendere la formazione della prova in dibattimento, poiché questo si può svolgere a distanza di tempo dal fatto di reato.”

<sup>12</sup>Antunes Varela, *Manual de Processo Civil*, cit., pág. 468, itálicos no original. Como bem se assinalou no douto Ac. da Rel. do Porto de 1-2-2006, proc.º n.º 0515949, rel. Jorge França, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), “Nestes casos e verificados determinados pressupostos, deve avançar-se para a produção dessas provas, com a garantia da sua jurisdicionalização através da obrigatoria intervenção do juiz de instrução.”



juiz de instrução<sup>13</sup>, proceda à sua inquirição no decurso do inquérito ou da instrução a fim de que o seu depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento.

Embora entre nós o ponto seja raramente acentuado<sup>14</sup>, a produção antecipada de prova não constitui apenas uma “esigenze pratiche” (Tonini), um meio cautelar de conservação da prova, mas também um direito, o direito a que se assegure a produção ou conservação da prova através da actuação antecipada e adequada dos meios probatórios, integrando-se no direito à prova<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Acentuando a garantia jurisdicional decorrente da presença de um juiz ao longo de todo o procedimento cfr. Tranchina, “*L’intervento dell’organo giurisdizionale durante lo svolgimento delle attività investigatore*, in Siracusano, Galati, Tranchina, Zappalà, *Diritto processuale penale*, vol II, cit., pág. 157 e Paulo Tonini, *Diritto processuale penale. Manuale breve*, cit pág. 320, este último sublinhado que a “esigenza preminente di assicurare la garanzia di un organo imparziale in una fase nella quale il pubblico ministero chiede provvedimenti che incidono pesantemente sulla fondamentali libertà garantite della Costituzione.” Entre nós cfr., v.g., Paulo Dá Mesquita, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra Editora, 2003, pág. 78, nota 75 e Mouraz Lopes, *A Tutela da Imparcialidade Endoprocessual no Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2005, págs. 161-162.

<sup>14</sup> Veja-se, todavia, Damião da Cunha, “O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP) (Algumas reflexões à luz de uma recente evolução jurisprudencial)”, cit., págs. 408-409, salientando que a “aquisição antecipada de prova não deve ser entendida unicamente como uma ‘mera’ forma de conservação de prova (que estaria em riscos de se perder) antes parece consistir mais num *direito* que aos sujeitos processuais é conferido de garantir aquela prova”. No mesmo sentido, Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime e o que se disse antes do Julgamento, Estudos sobre a Prova no Processo Penal Português, à Luz do Sistema Norte-Americano*, Coimbra Editora, 2011, pág. 610.

<sup>15</sup> Conforme é pacífico na doutrina e jurisprudência peruanas, cfr. Pablo Talavera Elguera, Bases constitucionales de la prueba en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, in Academia de la Magistratura, *Revista Institucional*, n.º 8, Marzo, 2008, pág. 213, disponível em [www.amag.edu.pe](http://www.amag.edu.pe). Refira-se que o moderno código peruano dedica à prova antecipada (“Anticipación de la prueba”) o Título IV da Sección Segunda do Livro Segundo. A regulamentação constante dos artigos 242.º a 246.º é caracterizada por um grande rigor sistemático, como é reconhecido pela própria doutrina peruana reconhece (cfr. Gómez de Liaña Fonseca-Herrero, Marta, “La prueba anticipada, en el nuevo proceso penal”, in AAVV, *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*,

Na verdade, como a propósito bem salienta o professor peruano Talavera Elguera, “De poco serviría tener derecho a ofrecer medios de probatorios o que los mismos sean admitidos para su

---

Lima, 2005, Editorial Palestra, pág. 455 e Pablo Talavera Elguera, *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual del derecho probatorio y de la valorización de las pruebas en el proceso penal común*, cit., pág. 65).

Na Colômbia a sentença C-830 de 2002, do Tribunal Constitucional (Corte Constitucional) referiu-se às provas antecipadas do seguinte modo: “Desde el punto de vista práctico las pruebas anticipadas con fines judiciales se explican por la necesidad de asegurar una prueba que después, al adelantarse el proceso correspondiente y por el transcurso del tiempo y el cambio de los hechos y situaciones, no podría practicarse, o su práctica no arrojaría los mismos resultados, como ocurre por ejemplo cuando una persona que debe rendir testimonio se encuentra gravemente enferma. Desde el punto de vista constitucional dichas pruebas tienen su fundamento en la garantía de los derechos fundamentales de acceso a la justicia, el debido proceso y el derecho de defensa o contradicción, contemplados en los Arts. 229 y 29 de la Constitución, en cuanto ellos implican, para las partes e intervinientes del proceso, no solamente la facultad de acudir a la jurisdicción y lograr que se cumpla la plenitud de las formas propias del mismo, sino también la de aducir y pedir la práctica de las pruebas necesarias con el fin de controvertir las de la contraparte y alcanzar la prosperidad de sus pretensiones o defensas, de conformidad con las normas sustanciales.”

Foi também em nome do direito à prova, tanto do Ministério Público como do arguido, que o Tribunal Constitucional Italiano, por via da sua sentença n.º 77, de 10 de Março de 1994, declarou a ilegitimidade constitucional dos artigos 392.º e 393.º do CPPI na parte em que não consentiam que nos casos previstos na primeira daquelas disposições o “incidente probatorio” pudesse ser pedido e realizado na fase da audiência preliminar (“udienza preliminare”), tendo destacado, nomeadamente, que “Ora tali circostanze ricorrono, l’anticipata assunzione della prova si appalesa indispensabile per l’acquisizione al processo di elementi necessari all’accertamento dei fatti e per garantire l’effettività del diritto delle parti alla prova, che sarebbe altrimenti irremediabilmente perduta.” Sobre o direito à prova veja-se, entre nós, Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, vol. II, 3ªed., cit., págs. 116-119, na doutrina brasileira, António Magalhães Gomes Filho, *Direito à Prova no Processo Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997 e, na doutrina italiana, v.g., Paolo Tonini, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Giuffrè, 8ª ed., 2010, págs. 122 e seguintes.

actuación en el juicio, si éstos no estuvieran disponibles para su actuación en el momento oportuno del debate”<sup>16</sup>.

A prestação de declarações para memória futura realizada em fase de inquérito ou de instrução<sup>17</sup> constitui uma excepção ao princípio da imediação<sup>18</sup> porque, embora percebida de modo directo por

---

<sup>16</sup> Pablo Talavera Elguera, *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual del derecho probatório y de la valorización de las pruebas en el proceso penal común*, cit., págs. 27-28.

<sup>17</sup> No âmbito do artigo 320.º o único princípio violado é apenas o da concentração segundo o qual a produção da prova decorre em princípio, de forma contínua sem interrupções ou adiamentos que não os expressamente previstos no Código (artigo 328.º). Como bem esclarece Damião da Cunha, trata-se, neste caso, “não tanto de uma produção antecipada de prova, mas mais correctamente de uma parte da audiência de julgamento, como se esta fosse, de facto, ali realizada” – “O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP)”, cit., págs. 407-408. No mesmo sentido, veja-se Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime e o que se disse antes do Julgamento, Estudos sobre a Prova no Processo Penal Português, à Luz do Sistema Norte-Americano*, cit., pág. 610.

<sup>18</sup> Neste sentido, para além do que vai referido na nota seguinte, veja-se, v.g., Damião da Cunha, “O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP)”, cit., págs. 406 e 410, insistindo no carácter de excepcionalidade do regime da produção antecipada de prova e da leitura de declarações, António Miguel Veiga, “Notas sobre o âmbito e a natureza dos depoimentos (ou declarações) para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais (ou da razão de ser de uma aparente ‘insensibilidade judicial’ em sede de audiência de julgamento)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 19, n.º1, Janeiro-Março 2009, pág.118 e, na jurisprudência, os Acs. da Rel. de Guimarães de 9-11-2009, proc.º n.º 37107.8TAFAG1, rel. Fernando Ventura, da Rel. de Coimbra de 20-5-2009, proc.º n.º 5/02.7ZRCBR.C1, rel. Vasques Osório e da Rel. do Porto de 1-2-2006, proc.º n.º 0515949, rel. Jorge França, todos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Também o Ac. da Rel. de Coimbra de 29-9-2010, proc.º n.º 380/08.0TACTB-C.C1, rel. Abílio Ramalho, constante da mesma base de dados, acentua o “carácter excepcional” deste “meio cautelar de prova”.

Sobre o princípio da imediação, para além das referências constantes das obras gerais de Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil anotado*, vol. IV, reimp., 1981, Coimbra Editora, pág. 566, Cavaleiro de Ferreira, *Curso de Processo Penal*, reimp. da Univ. Católica, Lisboa, 1981, vol. II, págs. 316-318, Castro Mendes, *Do conceito de prova em processo civil*, Lisboa, 1961, Ed. Ática, págs. 167-170, Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, 1º vol., Coimbra Editora, 1974, págs. 232-235, Idem, *Direito Processual Penal (lições)*, 1988-9,

um juiz, a prova é produzida perante um juiz (juiz de instrução) que é, em regra, diferente daquele que a vai valorar (juiz de julgamento)<sup>19</sup>.

---

pág. 157-160 e de Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, vol. II, 3ªed, cit., págs. 134-136, veja-se, desenvolvidamente, Sandra Oliveira e Silva, *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, Coimbra Editora, 2007, págs. 227-249 e Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime e o que se disse antes do Julgamento, Estudos sobre a Prova no Processo Penal Português, à Luz do Sistema Norte-Americano*, cit., págs. 293-324. De entre a inabarcável doutrina estrangeira, veja-se o interessantíssimo estudo de Perfecto Andrés Ibáñez, “Sobre el valor de la imediación (una aproximación crítica)”, in *Jueces para la democracia*, n.º 46, 2003, págs. 57-66.

<sup>19</sup> A doutrina italiana acentua de forma unânime o carácter excepcional do instituto do incidente probatório. Cfr. v.g., Tranchina, “L’intervento dell’organo giurisdizionale durante lo svolgimento delle attività investigatore”, in Siracusano, Galati, Tranchina, Zappalà, *Diritto processuale penale*, vol II, cit., pág. 157, Ercole Aprile e Pietro Silvestri, *Le indagini preliminari e l’archiviazione*, 2ªed., Milano, 2011, Giuffrè, pág. 657, Paolo Tonini, *Lineamenti di diritto processuale penale*, cit., pág. 134, o comentário de Giuseppe Casaccia in Giorgio Lattanzi e Ernesto Lupo, *Código de Procedura Penale-Rassegna di Giurisprudenza e di dottrina (Indagini Preliminari)*, vol. IV, Milano, 2008, Giuffrè, pág. 294 e Aniello Nappi, *Guida al Código di Procedura Penale*, cit., pág. 138. Este último autor, para além de fazer referência ao princípio da separação funcional das fases processuais de que o “incidente probatório” constituiria excepção, refere ainda que este instituto constitui uma excepção aos princípios da oralidade e da imediação “in quanti la prova non viene assunta dello stesso giudice che dovrà valutarla”(ibidem).

Na doutrina espanhola, José António Díaz Cabiale, *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Madrid, 1991, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, pág. 41 salienta que “la diferencia que existe com los supuestos que conforman a ésta propiamente es la inexistencia de inmediación, ya que la prueba anticipada se practica ante un Juez que no va a ser encargado de dictar sentencia y por tanto de valorarla.” M. Isabel Huertas Martín alude a uma excepção ao princípio da imediação em sentido subjectivo (*El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Barcelona, 1999, Bosch, pág. 879).

O catedrático espanhol Miranda Estrampes, em comentário ao direito da República Dominicana, considera existir uma limitação aos princípios da imediação e do contraditório: “Por un lado, pues el Tribunal no entra en contacto directo com la fuente primaria de prueba sino que lo hace de forma indirecta a través de la documentación de la diligencia practicada. Por outro lado, la simple lectura del acta no garantiza una contradicción real sino solo formal, pues no permite el interrogatório cruzado de los agentes actuantes”- *Juicio y Estrategia Probatoria del Ministerio Público*, Escuela Nacional del Ministerio Público de la Republica Dominicana, 2008, pág. 55.

Nessa medida as normas constantes dos artigos 271.º e 294.º revestem natureza excepcional, não consentindo aplicação analógica<sup>20</sup>.

---

O Tribunal Supremo de Espanha, por via da sua inovadora sentença 96/2009, de 10 de Março de 2009 (veja-se, a propósito, Sara Díez Ríaza e Frederico de Montalvo Jaaskelainen, “Nuevo valor de la prueba preconstituida en los procesos penales con menores víctimas - Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2009 -”, in *Diário La Ley*, n.º 7430, Sección Tribuna, 23 Jun 2010, ano XXXI, lx 5357/2010), depois de assinalar que “La falta de inmediación espacial y temporal respecto éstas declaraciones no excluye la total inmediación respecto a su reproducción exacta, cumpliendo sobradamente lo principal del principio siquiera de segundo grado o indirecto, con unas mínimas desventajas, que quedan ampliamente compensadas por los beneficios de conjurar los graves riesgos que para la estabilidad de la menor hubiere supuesto su exploración directa en el plenario”, não deixa de sublinhar a existência, em audiência de julgamento, de uma imediação de segundo grau ou indirecta: “ Aunque la inmediación en este caso lo fue de segundo grado o indirecta por haber sido la filmación de la exploración de la menor como prueba preconstituida, lo que el Tribunal de la instancia presenció por sí en el acto del Juicio Oral (...)”

<sup>20</sup> Neste sentido veja-se Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., págs. 683 e 877. Na doutrina italiana veja-se, v.g., Vincenzo Garofoli, *Diritto processuale penale*, Milano, 2008, Giuffrè, pág. 299 (“trattandosi di un istituto di natura eccezionale è insuscettibile di applicazione analogica”).

Mouraz Lopes, *A Tutela da Imparcialidade Endoprocessual no Processo Penal Português*, cit., pág. 160, exclui não apenas a aplicação analógica como também a interpretação extensiva, na sequência do entendimento de Claus Roxin perante o artigo 251, I n.º2 da StPO. Também Tranchina, “L’intervento dell’organo giurisdizionale durante lo svolgimento delle attività investigatore”, in Siracusano, Galati, Tranchina, Zappalà, *Diritto processuale penale*, vol II, cit., pág. 157, afirma que o art. 392.º do CPP Italiano é “insuscettibile di applicazione estensiva o analógica.”

Na doutrina espanhola, v.g., Martín Delgado, “La prueba en el juicio de faltas”, in AA. VV., *La prueba en el proceso penal II*, Madrid, 1996, CGPJ, pág. 522, assinala, em geral, que o conjunto de actuações que podem englobar-se na designação de prova preconstituída, nelas se compreendendo a produção antecipada de prova, constitui uma excepção ao princípio geral da prática da prova em audiência pelo que deve ser objecto de uma interpretação restritiva.

### III - O objecto da prova antecipada

#### 1. Actos processuais para memória futura

No direito português só são admissíveis os actos processuais para memória futura taxativamente previstos nos n.ºs 1 e 7 do artigo 271.º<sup>21</sup>.

Conforme resulta daquelas disposições legais, o acto processual para memória futura pode ter por objecto:

- a inquirição de testemunha em caso de doença grave ou deslocação para o estrangeiro que a impeçam de ser ouvida em julgamento, ou se ela for vítima dos crimes do catálogo;
- a tomada de declarações ao assistente em caso de doença grave ou deslocação para o estrangeiro que o impeçam de ser ouvido em julgamento, ou se ele for vítima dos crimes do catálogo;

---

<sup>21</sup> Cfr., no mesmo sentido, Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, vol. II, cit., pág. 138, Mouraz Lopes, *A Tutela da Imparcialidade Endoprocessual no Processo Penal Português*, cit., pág. 160 e o Ac. da Rel. do Porto de 4-7-2001 (rel. Conceição Gomes), *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXVI, tomo 4, pág. 222.

Esta ideia de taxatividade é igualmente corrente na doutrina italiana face ao disposto no artigo 392.º do CPPI. Cfr. v.g. Vincenzo Garofoli, *Diritto processuale penale*, cit., pág. 299, Tranchina, “*L’intervento dell’organo giurisdizionale durante lo svolgimento delle attività investigatore*”, in Siracusano, Galati, Tranchina, Zappalà, *Diritto processuale penale*, vol II, cit., pág. 157, Giuseppe Casaccia in Giorgio Lattanzi e Ernesto Lupo, *Código di Procedura Penale-Rassegna di Giurisprudenzia e di dottrina (Indagini Preliminari)*, vol. IV, cit., pág. 294, Ercole Aprile, in Ercole April e Pietro Silvestri, *Le indagini preliminare e l’archiviazione*, cit., pág. 658.

Foi com fundamento nesta taxatividade, decorrente da natureza excepcional do instituto, que: a) o Tribunal de Milão, por despacho de 3-2-2006, recusou a tomada de declarações para memória futura ao arguido, conforme lhe havia sido solicitado; b) o G.I.P. do Tribunal de Pisa, por despacho de 29-4-2004, julgou inadmissível proceder a um reconhecimento fotográfico por meio de incidente probatório [cfr. Giuseppe Casaccia in Giorgio Lattanzi e Ernesto Lupo, *Código di Procedura Penale-Rassegna di Giurisprudenzia e di dottrina (Indagini Preliminari)*, vol. IV, cit., págs 294 e 296].

- a tomada de declarações às partes civis em caso de doença grave ou deslocação para o estrangeiro que as impeçam de ser ouvidas em julgamento, ou se elas forem vítimas dos crimes do catálogo;
- a tomada de declarações ao perito ou ao consultor técnico em caso de doença grave ou deslocação para o estrangeiro que os impeçam de ser ouvidos em julgamento;
- acareações entre testemunhas, assistentes ou partes civis, desde que se verifique quanto a um dos participantes doença grave ou deslocação para o estrangeiro que o impeçam de ser ouvido em julgamento, ou se ele for vítima dos crimes do catálogo.

## **2. O arbitramento e a inspecção.**

O Código de Processo Civil permite expressamente (artigo 520.º) que a produção antecipada de prova tenha por objecto, não apenas o depoimento de pessoas, mas também o arbitramento ou a inspecção<sup>22</sup>.

O Código de Processo Penal de 1929 não consagrava o instituto da produção antecipada de prova.

Mas quer a doutrina quer a jurisprudência eram pacíficas no sentido de que em processo penal eram aplicáveis as disposições do Código de Processo Civil sobre a produção antecipada de prova, nomeadamente de exames e de vistorias<sup>23</sup>.

Nesta medida, em que exclui quer o arbitramento quer a inspecção, o Código de Processo Penal de 1987, por comparação com o

---

<sup>22</sup> Em processo civil (artigo 520.º do CPC) podem realizar-se antecipadamente o depoimento de parte, a inquirição de testemunhas, os exames ou vistoria, a avaliação e a inspecção.

<sup>23</sup> Cfr. Beleza dos Santos, *Apontamentos de Processo Penal*, 1941-1942 e Silva Araújo, *Código de Processo Penal*, pág. 236, ambos citados por Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 1980, pág. 267, o qual se pronunciou igualmente neste sentido. Na jurisprudência merece destaque o Ac. do STJ de 20-12-1935, *Revista dos Tribunais*, ano 53, pág. 6: “São aplicáveis em processo penal, as disposições do Código de Processo Civil que permitem requerer exames ou vistorias antes de começar a causa.”

anterior Código, restringiu o âmbito da produção antecipada de prova.

### **3. O reconhecimento e a reconstituição do facto**

Segundo Pinto de Albuquerque o acto processual para memória futura pode também ter por objecto “o reconhecimento feito por testemunha, assistente ou parte civil com doença grave ou deslocação para o estrangeiro, que o impeça de ser ouvido em julgamento, ou se ele for vítima dos crimes do catálogo legal” e “a reconstituição do facto com participação de testemunha, assistente ou parte civil com doença grave ou deslocação para o estrangeiro, que o impeça de ser ouvido em julgamento, ou se ele for vítima dos crimes do catálogo legal”<sup>24</sup>.

De acordo com aquele ilustre professor “as declarações prestadas em reconhecimento ou em reconstituição do facto são também

---

<sup>24</sup> *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 683. Na mesma obra, em anotação ao artigo 147.º (pág. 420) o autor distingue entre “o reconhecimento feito para memória futura” e o “reconhecimento feito no inquérito ou na instrução, mas sem obediência ao procedimento do artigo 271.º” Enquanto as declarações feitas no reconhecimento para memória futura poderiam ser aproveitadas em julgamento nos termos do artigo 356.º, n.º2, alínea a), já “as declarações do assistente, das partes civis e das testemunhas feitas em reconhecimento durante o inquérito ou a instrução sem obediência ao procedimento do artigo 271.º só podem ser lidas, visualizadas ou ouvidas na audiência de julgamento e valoradas como meio de prova nos termos do artigo 356.º, n.º2, al. b), n.º3 als.a) e b), n.º4 e n.º5.” Também em anotação ao artigo 150.º o mesmo autor refere-se, expressamente, à “reconstituição para memória futura”, salientando que ela “é feita com a participação de testemunha, assistente ou parte civil com doença grave ou deslocação para o estrangeiro que os impeçam de ser ouvidos em julgamento, ou se eles forem vítimas dos crimes do catálogo legal” (pág. 426).

Os “Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto”, *Código de Processo Penal - Comentários e notas práticas*, Coimbra Editora, 2009, pág. 679, em anotação ao artigo 271.º, salientam, também, que “É necessário que se trate de um dos seguintes actos processuais: depoimento, declarações, acareações, reconhecimento e reconstituição do facto.”



‘declarações’ e, por isso, aquelas declarações estão incluídas no âmbito literal da disposição do artigo 271.<sup>o</sup><sup>25</sup>.

Esta anotação carece, contudo, de melhor explicitação.

No CPP quer o reconhecimento quer a reconstituição de facto - onde integram, respectivamente, os capítulos IV e V do Título II do Livro III - são meios de prova perfeitamente autonomizados dos demais meios de prova, nomeadamente da prova testemunhal (capítulo I), das declarações do assistente e das partes civis (capítulo II), e da prova por acareação (capítulo III).

A circunstância de no reconhecimento e de na reconstituição do facto serem ou poderem ser produzidas declarações pelas testemunhas, assistentes ou partes civis não permite reconduzir aqueles meios de prova à natureza de prova testemunhal ou de prova por declarações do assistente e das partes civis<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> Não obstante entre a prova por reconhecimento e a prova testemunhal (e, em geral a prova por declarações) existirem diversos pontos de contacto, existem “diferenças qualitativo-funcionais entre estes dois domínios probatórios”, a começar pelo “pressuposto específico – que autonomiza o reconhecimento e o erige como meio de prova – traduzido num inequívoco juízo de necessidade, direccionado (...) ao esclarecimento de uma situação de incerteza subjectiva, em termos de a ele se recorrer apenas «quando houver necessidade de procede ao reconhecimento de qualquer pessoa» (...)” – Ac. do Tribunal Constitucional n.º 425/2005, DR, II, de 11-10-2005, págs. 14574-14579, também disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

É esse juízo que legitima a valoração autónoma do reconhecimento face à da prova testemunhal.

Por isso, “o auto de reconhecimento não pode ser visto como um auto que contém declarações, mas sim como um meio autónomo – e diverso – de prova. Se assim não fosse dever-se-ia entender inútil a consagração do reconhecimento como meio autónomo de prova e deveria o mesmo passar a ser visto como um meio complementar de declarações e depoimentos” (Ac. da Rel. de Coimbra de 5-5-2010, proc.º n.º 486/07.2GAMLD.C1, rel. João Gomes de Sousa, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

O reconhecimento realizado em inquérito é, deste modo, uma “prova autónoma pré-constituída” a ser examinada em audiência de julgamento nos termos dos artigos 355.º, nº1, in fine, nº 2 e artigo 356.º, nº 1, b) do Código de Processo Penal (cfr., v.g., Acs. do Tribunal Constitucional n.º 425/2005, da Rel. de

---

Coimbra de 5-5-2010, acima citado, da Rel. do Porto de 4-12-2009, proc.º n.º 91/04.5GBPRD.P1, rel. António Gama, da Rel. de Lisboa de 24-1-2012, proc.º n.º 35/07.2PJAMD.L1.5, rel. Neto de Moura, de 15-11-2011, proc.º n.º 464/10.4PEAMD.L1.5, rel. Jorge Gonçalves e de 22-6-2010, proc.º n.º 1796/08.7PHNT.L1.5, rel. Margarida Bacelar, e da Rel. de Évora de 12-12-2006, proc.º n.º 2269/06-1, rel. João Gomes de Sousa, todos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Veja-se, também, o estudo de João Henrique Gomes de Sousa, “Elementos para o estudo comparado do reconhecimento de pessoas em Processo Penal na óptica do juiz de julgamento”, in *Boletim da Associação Sindical do Juizes Portugueses*, Vª série, nº 3, Abril de 2007, pág. 148.

Como se refere no citado Ac. da Rel. do Porto de 4-12-2009, “A segunda fase do reconhecimento, o reconhecimento propriamente dito, não tem por base uma declaração, antes se estrutura na convocação de outros sentidos: ocorre a invocação de uma imagem [reconhecimento de pessoas e objectos], ou de um som ou cheiro, retido na memória e a sua comparação com um quadro de diversidade que se apresenta ao reconhecedor.

As operações intelectuais levadas a cabo no primeiro e no segundo momento são diversas e não podem nem devem ser amalgamadas. Se a primeira fase de reconhecimento se reconduz a uma declaração, então não se descortina motivo que impeça a aplicação do regime da leitura permitida das declarações, art.º 356º n.º2 do Código de Processo Penal. Substancialmente, a primeira fase do reconhecimento e o depoimento da testemunha têm um núcleo em comum que é uma «declaração». Já a segunda fase do reconhecimento, o reconhecimento propriamente dito, pode ser lido nos termos do art.º 356º n.º1 al. b) do Código de Processo Penal.”

Acentuando igualmente o carácter autónomo do reconhecimento, cfr. Manuel José Mendes e Francisco de Almeida Garrett, *Da Prova por Reconhecimento em Processo Penal- Identificação de Suspeitos e Reconhecimentos Fotográficos*, Porto, 2007, Fronteira do Caos, pág. 47, Francisco de Almeida Garrett, *Sujeição do Arguido a Diligências de Prova e outros temas*, Porto, 2007, Fronteira do Caos, pág. 66, Idem, *Inquérito Criminal e Prova em Julgamento (reflexões)*, Porto, 2008, Fronteira do Caos, pág. 72,

Refira-se, a este respeito, que a proposta inicial da Unidade de Missão para a Reforma Penal e do grupo parlamentar socialista de alteração do artigo 356º do Código de Processo Penal atribuindo, implicitamente, natureza testemunhal ao reconhecimento, foi (em boa hora) abandonada. Veja-se, a este propósito, João Gomes de Sousa, “O reconhecimento de pessoas no Projecto do Código de Processo Penal”, in *Julgar*, nº 1, 2007, pags. 166-167.

Sobre a autonomia da reconstituição de facto cfr., v.g., Francisco Marcolino de Jesus, *Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal*, Coimbra, 2011, Almedina, pág. 126, e os Acs. do STJ de 5-1-2005, proc.º n.º 04P3276, rel. Henriques Gaspar (in *Colectânea de Jurisprudência-Acs do STJ*), ano XIII, tomo 1, pág. 159), de 14-6-2006, proc.º n.º 06P1574, rel. Silva Flor e de 20-4-2006, proc.º n.º 069363, rel. Rodrigues da Costa, todos disponíveis in

---

[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e ainda o Ac. de 25-3-2004, proc. 248/04-5, rel. Rodrigues da Costa mencionado no último daqueles arestos.

Ao nível da segunda instância, cfr., no mesmo sentido, os Acs. da Rel. de Coimbra de 15-9-2010, proc.º n.º 79/07.4GCSRT.C1., rel. Orlando Gonçalves, de 22-9-2010, proc.º n.º 65/06.1GHCTB.C1, rel. Eduardo Martins e de 17-11-2010, proc.º n.º 250/09.4JALRA.C1., rel. Maria Pilar de Oliveira, da Rel. de Évora de 30-9-2008, proc.º n.º 1357/08.1, rel. Guilhermina de Freitas e de 24-9-2009, proc.º n.º 2829/08-1, rel. Martinho Cardoso, da Rel. do Porto de 12-12-2007, proc.º n.º 0714692, rel. Manuel Braz, de 27-2-2008, proc.º n.º 0717017, rel. João Ataíde e de 26-10-2010, proc.º n.º 104/10.1GCVPA.P1, rel. Maria Leonor Esteves, todos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Como se assinalou no último e mais recente daqueles acórdãos, de 26-10-2010, a propósito das declarações dos órgãos de polícia criminal mas que é naturalmente extensível às declarações das testemunhas, assistentes ou partes civis que tenham participado numa reconstituição, “O contributo que o arguido preste, dentro desse condicionalismo, para a reconstituição do facto confunde-se com todos os outros colhidos para o mesmo fim, incorporando-se num meio de prova autónomo, com valor próprio e distinto dos contributos parcelares que o conformaram, e ficando, por isso, fora do âmbito de protecção do direito ao silêncio que venha posteriormente a exercer durante o julgamento. Assim, também as declarações dos órgãos de polícia criminal que tenham acompanhado a reconstituição, relativamente às percepções sobre factos e circunstâncias de que tenham tido conhecimento directo durante a diligência – logo, por meios diferentes das declarações prestadas pelo arguido, seja as que hajam sido processualmente registadas no decurso do processo, seja em conversas informais -, ficam fora da órbita da proibição constante do n.º 7 do art. 356.º do C.P.P. O que não representa qualquer compressão dos direitos de defesa do arguido pois em qualquer dos casos fica sempre salvaguardado o exercício do contraditório”

Como consta do sumário do citado Ac. do STJ de 14-6-2006 proferido no conhecido “caso Joana”: “15 - A reconstituição constitui prova autónoma, que contém contributos do arguido, mas que não se confunde com a prova por declarações, podendo ser feita valer em audiência de julgamento, mesmo que o arguido opte pelo direito ao silêncio, sem que tal configure violação do art. 357.º do CPP. 16 - A verbalização que suporta o acto de reconstituição não se reconduz ao estrito conceito processual de «declarações», pois o discurso ou «declarações» produzidos não têm valor autónomo, dado que são instrumentais em relação à recriação do facto.”

Essa autonomia fora já particularmente evidenciada no citado Ac. do STJ de 25 de Março de 2004 assim sumariado “1- As declarações prestadas em sede de inquérito e a reconstituição dos factos são diligências diferentes, embora possam ser complementares: nas declarações, é o discurso do declarante, de teor eminentemente verbal e até oral, embora reduzido a escrito, seguindo um encadeamento de perguntas e respostas, que está em foco e é valorado, e nele o

E, diferentemente do que sucede com a acareação, aqueles meios de prova não foram expressamente inseridos no n.º 7 do artigo 271º, ao contrário do que sucede em Itália, onde o *Codice de Procedura Penal* de 1988 - cujo *Progetto Preliminare* inspirou manifestamente o legislador penal português - prevê expressamente que o *incidente probatorio* tenha por objecto para além da prestação do testemunho a realização de exames de pessoas, de perícias, de reconstituição de facto e do reconhecimento [artigo 392.º, alíneas c), e), f) e g)].<sup>27</sup>

---

declarante, sendo o arguido, diz sobretudo o que fez, explica o modo de execução e as circunstâncias do acto; na reconstituição dos factos, é o *modus faciendi* que está em causa, e nele a pessoa que procede à reconstituição mostra como fez, refazendo no próprio local todos os passos da sua acção (A lei diz: reprodução tão fiel quanto possível das condições em que se afirma ou se supõe ter ocorrido o facto e na repetição do modo de realização do mesmo). 2- Trata-se, portanto, de uma revivescência o mais «ao natural» possível de uma situação. E, se esta revivescência de uma forma geral não prescinde de palavras, estas não constituem o ponto crucial da reconstituição, visto que a linguagem gestual e corporal assume aqui uma primacial relevância. 3- Ao passo que não há declarações sem palavras e, mais especificamente, sem discurso verbal, já se admite que uma reconstituição possa prescindir deles. A reconstituição é reduzida a auto - é certo -, mas esse auto não é um auto de declarações, não obedece à lógica deste, nem a ele se reconduz. O que lá fica escrito não é o produto das declarações; é a tradução para escrito de uma revivescência do que foi feito e que consistiu, sobretudo, numa reprodução do acto que teve lugar no passado. 4- Daí que a reconstituição seja dirigida à obtenção de uma mais perfeita inteligibilidade do que aconteceu - inteligibilidade em acto, que não propriamente em palavras. E daí que só quem viveu o acontecimento o possa reconstituir de uma maneira inconfundível. 5- Não tendo as declarações prestadas pelo recorrente no inquérito e na instrução, na qualidade de arguido, sido levadas em conta e tendo ele optado pelo silêncio na audiência de julgamento, sendo certo que este não pode desfavorecê-lo, nos termos do art. 343.º n.º 1 do CPP, foram todavia considerados os outros meios de prova, entre os quais o auto de reconstituição. 6- Este, não sendo um auto de declarações, mas um registo objectivo da forma como o acto foi reconstituído e pôde ser observado por quem lá estava (os órgãos de polícia criminal, os demais intervenientes) não foi valorado em si mesmo ou de forma isolada, mas em conexão com outros elementos objectivos, com outros dados constatáveis por outras pessoas, com outros elementos conjugados com ele e permitindo assim uma leitura a outro nível, não exactamente reconduzível ao auto em si.”

<sup>27</sup> No direito italiano o “incidente probatorio” visa “(...) evitare che abbiano a dissolversi elementi utili al panorama probatorio o che abbiano a snaturarsi regole essenziali per l'accertamento giudiziario (...) strumento di natura eccezionale attraverso il quale si consente, per l'appunto, che durante il tempo

Conclui-se, deste modo, que nem o reconhecimento nem a reconstituição de facto podem ser objecto de produção antecipada de prova ao abrigo do disposto nos artigos 271.º e 294.º, ambos do CPP<sup>28</sup>.

---

necessario per l'espletamento dell'investigazione si anticipino determinate attività di acquisizione di prove, non rinviabili al dibattimento” – Tranchina, “L'intervento dell'organo giurisdizionale durante lo svolgimento delle attività investigatore”, in *Siracusano, Galati, Tranchina, Zappalà, Diritto processuale penale*, vol II, cit. pág. 148.

Sobre o “incidente probatorio” regulado nos artigos 392.º a 404.º do Código de Processo Penal Italiano (CPPI) veja-se, v.g., Giovanni Esposito, *Contributo allo studio dell'incidente probatorio*, Nápoles, 1989, Jovene, Paolo di Geronimo, *L'incidente probatorio*, Padova, 2000, Cedam, Paolo Reno, *L'incidente probatorio nel procedimenti penalie. Tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, Padova, 2000, Cedam, Sílvio Sau, *L'incidente probatorio*, Padova, 2001, Cedam, Carlo Morseli, *L'incidente probatorio*, Torino, 2002, Utet, Giuseppe Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, Milano, 2006, Giuffrè Editore, Luigi Cuomo e Frederico Sciolli, *l'incidente probatorio*, Línea Profesional, 2007, Ignacio Flores Prada, *La prueba anticipada en el proceso penal italiano*, Valência, 2011, Tirant lo blanch.

<sup>28</sup> Não tem assim razão Medina de Seíça, “Legalidade da Prova e Reconhecimentos Atípicos em Processo Penal: Notas à Margem de Jurisprudência (Quase) Constante”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, 2003, Coimbra Editora, pág.1398-1399, quando afirma que “além do procedimento prescrito no artigo 147.º, aos reconhecimentos efectuados antes da audiência deverá aplicar-se, com as adaptações convenientes, o regime que disciplina as *declarações para memória futura* (cfr. artigos 271.º e 294.º) de molde que a informação assim obtida ‘possa se necessário ser tomada em conta no julgamento’ (artigo 371.º, n.º1, *in fine*) através da leitura de auto (*ex vi* artigo 356.º, n.º2, al. a) ou de outro suporte documental (gravação videográfica, p. ex).”

O autor vai ainda mais longe, aqui não acompanhado por Pinto de Albuquerque (*Comentário do Código de Processo Penal*, cit., págs. 419-420), ao admitir um reconhecimento para memória futura quando “haja perigo sério da perda de material probatório relevante” (pág. 1398).

Esta interpretação afronta, de forma clara e flagrante, a letra e o espírito da lei. Se é certo, como Medina de Seíça reconhece, que o Progetto Preliminare del Codice di Procedura Penale italiano de 1978 “constitui a muitos e relevantes títulos, um dos mais importantes referentes normativos do nosso próprio Código, a ponto de podermos afirmar que o *Progetto 78* se conta entre as fontes mediatas da lei portuguesa, tanto a nível sistemático, como de numerosas soluções concretas” (pág. 1394, nota 20), não é menos certo que, neste

Como bem sintetiza Paulo Dá Mesquita, “Em Portugal consagrou-se um princípio geral de reprodução e valoração de autos que não contenham declarações de arguido, assistente, partes civis e testemunhas pelo que não se afigurou necessária transpor para o direito português o incidente probatório para perícias, reconstituição de facto e reconhecimento de pessoas e coisas(art. 392.º, n.º1, als.f) e g) do CPPI)”<sup>29</sup>.

Já nada parece obstar que à testemunha, ao assistente ou à parte civil, em caso de doença grave ou deslocação para o estrangeiro, que a impeça de ser ouvida em julgamento, ou se ela for vítima dos crimes do catálogo legal, possam ser tomadas declarações para memória futura sobre o reconhecimento ou a reconstituição de factos já realizadas e em que interveio.

---

concreto domínio, dos actos processuais para memória futura, os dois sistemas enveredaram por caminhos distintos.

Para que a este respeito não restem dúvidas transcreve-se o n.º1 do artigo 392.º do CPPI:

“1. Nel corso delle indagini preliminari il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono chiedere al giudice che si proceda con incidente probatorio:

- a) all'assunzione della testimonianza di una persona, quando vi è fondato motivo di ritenere che la stessa non potrà essere esaminata nel dibattimento per infermità o altro grave impedimento;
- b) all'assunzione di una testimonianza quando, per elementi concreti e specifici, vi è fondato motivo di ritenere che la persona sia esposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso;
- c) all'esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri;
- d) all'esame delle persone indicate nell'articolo 210;
- e) al confronto tra persone che in altro incidente probatorio o al pubblico ministero hanno reso dichiarazioni discordanti, quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b);
- f) a una perizia o a un esperimento giudiziale, se la prova riguarda una persona, una cosa o un luogo il cui stato è soggetto a modificazione non evitabile;
- g) a una ricognizione, quando particolari ragioni di urgenza non consentono di rinviare l'atto al dibattimento.”

<sup>29</sup>A *Prova do Crime e o que se disse antes do Julgamento, Estudos sobre a Prova no Processo Penal Português, à Luz do Sistema Norte-Americano*, cit., pág. 621, nota 300.

#### 4. Acareações para memória futura.

De forma lacónica, o n.º 7 do artigo 271.º estatui que “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*”(itálico nosso).

O regime geral da acareação encontra-se previsto no artigo 146.º

A acareação para memória futura está, desde modo, dependente da verificação dos requisitos previstos naquele artigo 146.º, isto é, que existam contradições entre as declarações em causa e que a diligência se afigure útil à descoberta da verdade.

As referidas contradições não tem necessariamente de verificar-se em anteriores declarações para memória futura, podendo também resultar de declarações prestadas em inquérito ou em instrução, ou ainda em audiência no quadro do art. 320.º<sup>30</sup>.

Nos termos do n.º1 do citado artigo 146.º é admissível a acareação entre co-arguidos, entre o arguido e o assistente, entre testemunhas ou entre estas, o arguido e o assistente. Esta norma é correspondentemente aplicável às partes civis (n.º2)<sup>31</sup>.

Não há acareações entre peritos (ou consultores técnicos) nem entre peritos (ou consultores técnicos) e testemunhas<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> A este respeito a lei italiana parece ser mais restritiva do que a portuguesa na medida em que limita a realização de acareação para memória futura à existência de contradições ocorridas em anteriores declarações para memória futura ou em declarações prestadas perante o Ministério Público. Cfr., v.g., Vincenzo Garofoli, *Diritto processuale penale*, cit., pág. 299.

<sup>31</sup> Consequentemente é também admissível a acareação entre partes civis, entre o arguido e as partes civis, entre o assistente e as partes civis e entre estas e as testemunhas.

<sup>32</sup> Cfr. neste sentido “Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto”, *Código de Processo Penal - Comentários e notas práticas*, cit., pág. 391 e Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 410, este último esclarecendo que tal se ficou a dever ao facto de a lei prever um mecanismo próprio para esclarecer os resultados das perícias.

Conclui-se, deste modo, que constatada a existência de contradições entre anteriores declarações e desde que a diligência se afigure útil à descoberta da verdade, é possível a realização de acareações para memória futura entre testemunhas, assistentes ou partes civis, desde que se verifique quanto a um dos participantes doença grave ou deslocação para o estrangeiro que o impeçam de ser ouvido em julgamento, ou se ele for vítima dos crimes do catálogo.

Segundo o Prof. Pinto de Albuquerque a acareação para memória futura entre testemunhas, assistentes ou partes civis pode realizar-se “(com ou sem intervenção do arguido)”<sup>33</sup>.

A expressão é equívoca e pode prestar-se a mal-entendidos

Sem dúvida que na realização de uma acareação para memória futura, como de resto na realização de um qualquer outro acto processual para memória futura, é obrigatória a comparência do defensor do arguido, podendo o arguido estar presente (cfr. artigo 271.º, n.ºs 3 e 7).

Neste sentido, de poder estar presente e, desse modo, de poder assistir à realização do acto bem como de o respectivo defensor poder intervir na diligência, nomeadamente sugerindo a formulação de perguntas que entender convenientes para o esclarecimento da verdade, admite-se a possibilidade de intervenção do arguido.

Já se nos afigura ser muito problemática a intervenção do arguido, na qualidade de acareado, numa acareação para memória futura, em sede de inquérito ou de instrução.

Ao contrário do que sucede no direito italiano (artigo 392.º, n.º2 al. e) do CPPI) e em alguns códigos de processo penal da América Latina (cfr. v.g., artigo 242.º, n.º1, al. a) do CPP Peruano), em que se prevê expressamente a participação do arguido na realização de uma acareação para memória futura, a lei portuguesa, a propósito das acareações, limitou-se como vimos a remeter de forma lacónica para “o disposto nos números anteriores.”

---

<sup>33</sup> *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., págs. 412 e 683.



Mas temos sérias dúvidas que na ordem jurídica portuguesa o acto processual para memória futura, a produção antecipada de prova, possa ter também por objecto as declarações do arguido.

É inquérito que, em sede de inquérito, o arguido pode participar activamente numa acareação.

Mas, as declarações para memória futura são produzidas para que esta prova “possa, se necessário, ser tomada em conta em julgamento”(art. 271.º, n.º1).

Ora, o arguido para além de não estar obrigado a prestar declarações, não podendo ser compelido a produzir declarações probatórias, para além de gozar “*de um direito de (auto)determinação processual no que toca às suas declarações*”<sup>34</sup> tem ainda o direito e dever de comparecer em julgamento.

A função cautelar de obtenção de prova que poderia ser impossível de produzir na audiência de julgamento que esteve na origem do instituto das declarações para memória futura, posteriormente complementada com a de protecção das vítimas de determinados crimes, não faz qualquer sentido relativamente ao arguido.

Acresce que quanto à prova antecipada, como adiante melhor explicitaremos, se impõe a sua leitura em audiência e sujeição ao contraditório.

Ora a lei distingue claramente entre a leitura (visualização ou audição) de prova contida em inquirição de testemunhas e tomada de declarações do assistente e das partes civis (art. 356º) onde se inclui a leitura de declarações tomadas nos termos dos artigos 271.º e 294º [n.º2, alínea a] e a leitura de declarações anteriormente prestadas pelo arguido (art. 357.º).

---

<sup>34</sup> A expressão é da autoria de Damião da Cunha, “O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts.356.º e 357.º do CPP)”, cit., pág. 419.

Não obstante a acareação ter sido também formalmente autonomizada como meio de prova, diferentemente do que sucede com a reconstituição deve entender-se que no conceito de declarações anteriormente feitas pelo arguido, constantes do n.º 1 do artigo 375.º entram as declarações produzidas durante a acareação na fase de inquérito<sup>35</sup>.

Não faria, assim, qualquer sentido que em sede de audiência de julgamento a leitura do auto de acareação para memória futura e a sua posterior valoração estivesse submetida a dois regimes distintos, consoante integrasse ou não declarações do arguido.

Aliás, casos haveria em que essa distinção nem sequer poderia ser realizada atenta a natureza da acareação.

Conclui-se, deste modo, que o arguido nunca pode ser antecipadamente ouvido em declarações para memória futura<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Cfr., neste sentido, o Ac. do STJ de 10-7-1996, proc.º .º 047206, apud Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Código de Processo Penal – Comentários e notas práticas*, cit., pág. 392.

<sup>36</sup> Neste sentido veja-se o seguinte excerto da Sentença de 15-10-2010 do Tribunal Supremo da Costa Rica (sentencia 01086, expediente 07-000294-0061-PE, fecha 15/10/2010, hora: 11:17:00AM, emitido por: Sala Tercera, disponível no SCIJ - Sistema Costarricense de Información Jurídica- acessível, v.g., em [www.poder-judicial.go.cr](http://www.poder-judicial.go.cr)), única jurisprudência que localizámos sobre o assunto:

“(...) además, no es factible admitirlo como prueba pues como ya se ha indicado, no se trata de la declaración de un testigo o víctima sino de un coimputado que al momento de la audiencia estaba aún con vida, cuyo derecho de abstención le asiste durante todo el proceso amén de que mantiene su derecho de declarar en todo momento si ese es su deseo incluso en el debate. En caso de fallecer - como fue el caso de L. - termina su participación con el dictado de la sentencia de sobreseimiento definitivo como lo hizo el Tribunal. Por otro lado, su declaración no constituía un acto definitivo e irreproductible. Aunque el defensor señala que técnicamente lo manifestado por el encartado es una “declaración” en los términos indicados en el numeral 293 citado, conviene recordar que en el caso particular de una persona acusada, ésta puede rendir su versión en cualquier momento del proceso, siendo entonces que lo ya manifestado puede variarse en cualquier momento o incluso expresar su deseo de no decir nada. Afirmar por tanto que es definitivo e irreproductible lo que declare un imputado, implica aceptar impropriamente que su manifestación de

Por isso que, embora possa estar presente à diligência e a presença do seu defensor seja obrigatória, nunca possa participar na acareação para memória futura, na qualidade de acareado.

Uma última nota para sublinhar que também em sede de produção antecipada de prova o legislador nacional, à semelhança de outros, parece ter depositado uma confiança excessiva na utilidade da acareação<sup>37</sup>.

---

voluntad se mantiene necesariamente incólume en el tiempo, sin posibilidad de ser variada, lo que conlleva en forma correlativa vulnerarle la posibilidad de que el sujeto haga uso de su derecho de abstención, o bien negarle el derecho de revertir lo ya dicho. Bajo ese aspecto, lleva razón el Tribunal en aclarar a la parte recurrente durante el debate que aunque materialmente existe ese anticipo, no fue aceptado como prueba, aparte de que se trata de un acto procesal “anormal” por haberse practicado a un acusado, tratándosele como si fuera un testigo. Así mismo, no se trató de prueba que fuera ofrecida para mejor resolver al inicio del debate. Por estas razones el Tribunal en forma acertada no prohió la solicitud realizada por la defensa de poder contar con la declaración de L. por no estar en los supuestos del artículo 293 del Código Procesal Penal (cfr. Acta de debate del siete de abril de 2007, folio 684 frente y vuelto y grabación digital: 09:34:29 a 09:38:46), no pudiendo ser utilizada para valorar la responsabilidad penal de J.”

<sup>37</sup> Assim, também, perante o direito peruano, Pablo Talavera Elguera, *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual del derecho probatorio y de la valorización de las pruebas en el proceso penal común*, cit., pág. 67. É neste contexto que se compreendem os especiais cuidados revelados pela doutrina portuguesa na explicitação dos méritos deste meio de prova.

## IV - Fundamentos da antecipação

São três os fundamentos ou requisitos da tomada de declarações para memória futura:

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

Os dois primeiros fundamentos da antecipação da prova não representam qualquer novidade na ordem jurídica portuguesa.

Já as Ordenações Filipinas aludiam a testemunhas “*que são muito velhas, ou enfermas de grande enfermidade, ou são aviadas para se partir para fora do Reino*”.

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

O Código de Processo Civil de 1939 optou por unificar a matéria da antecipação da prova e por não especificar os fundamentos, englobando-os “numa fórmula geral suficientemente maleável para abranger, além dos casos expostos, outros que possam surgir e sejam de molde a justificar a antecipação da prova”<sup>38</sup>. De acordo com o corpo do artigo 522.º, “Havendo justo receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou a verificação de certos factos por meio de inspecção ocular, podem o depoimento e a inspecção ter lugar antecipadamente e até antes de ser proposta a acção.”

---

<sup>38</sup> Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, cit., pág. 333

Com uma ligeira alteração respeitante ao tempo verbal a fórmula geral “justo receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas” manteve-se no Código de 1961 até ao presente (cfr. actual artigo 520.º do CPC).

Os referidos fundamentos são alternativos.

## 1. Doença grave

A doença tanto pode ser física como psíquica<sup>39</sup>.

O mero impedimento físico-motor que apenas impede a testemunha de, pelos seus meios ou acompanhada, se deslocar ao tribunal para aí participar no julgamento, mas não a impede de ser ouvida, não justifica a tomada de declarações para memória futura, apenas autorizando o recurso ao mecanismo da tomada de declarações no domicílio<sup>40</sup>.

Tem de tratar-se de uma doença grave<sup>41</sup>, mas não se exige que a mesma seja idónea a causar a morte<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> A este respeito é elucidativo o disposto no artigo 271.º, n.º3 ao impedir a repetição da tomada de declarações em audiência de julgamento quando “a saúde física ou psíquica” da pessoa possa ser posta em causa.

Cfr. neste sentido Pinto de Albuquerque *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 684, incluindo no conceito de doença “as perturbações psíquicas graves derivadas de estados obsessivos-compulsivos, estados de pânico ou fobias, estados dolorosos crónicos, doenças nervosas e depressivas, esquizofrenia, toxicodependência, alcoolismo e senilidade.” Na doutrina italiana, cfr., v.g., Sílvio Sau, *L'incidente probatório*, cit., pág. 132.

<sup>40</sup> Cfr. artigo 319.º.

Neste sentido, em face do direito italiano, cfr. Corrada di Martino e Teresa Procaccianti, *La prove testimoniale nel processo penale*, 2ª ed., Padova, 2010, Cedam, pág. 165, Katia La Regina, “Incidente Probatório”, in Giorgio Spangher, *Trattato di Procedura Penal - Indagini preliminari e udienza preliminar*, vol. 3, Torino, 2009, Utet, pág. 563 e Sílvio Sau, *L'incidente probatório*, cit., pág. 133.

<sup>41</sup> Segundo Pinto de Albuquerque *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 684, “A gravidade mede-se pelo efeito inibidor da doença na pessoa,

Como assinala Pinto de Albuquerque, o estado de doente tem de ser actual, isto é, tem de verificar-se à data da decretação do acto processual e da sua realização, mas a doença pode ser uma doença de efeito intermitente<sup>43</sup>.

Por último, a doença tem de previsivelmente impedir a testemunha de ser ouvida em julgamento, o que acontece, na síntese de Pinto de Albuquerque<sup>44</sup>, “quer no caso de doença física permanente, quer no caso de doença psíquica crónica ou degenerativa, quer no caso de doença de efeito intermitente em que haja risco considerável de ocorrência de um novo episódio da doença”<sup>45</sup>.

---

isto é, pelo efeito de inibição de um depoimento plenamente livre e consciente, no uso de todas as faculdades mentais da testemunha.” Como o mesmo autor assinala, não se exige, porém, que tal doença seja adequada para considerar a pessoa como inimputável para efeitos civis nem sequer como inimputável para efeitos criminais.

<sup>42</sup> Na doutrina italiana, cfr., v.g., Sílvio Sau, *L'incidente probatório*, cit., pág. 132. Conforme assinala Pablo Talavera Elguera, *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual del derecho probatorio y de la valorización de las pruebas en el proceso penal común*, cit. pág. 66: “Debe entenderse que la enfermedad debe ser de tal entidad que sea inminente la pérdida del órgano de prueba o de sus condiciones físicas y síquicas para testificar. No necesariamente debe entenderse que la enfermedad ponga en riesgo la vida; basta que ponga en riesgo las facultades sícofísicas del testigo.”

<sup>43</sup> *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 684.

<sup>44</sup> *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 685.

<sup>45</sup> À semelhança do que tem sucedido no âmbito do processo civil, também no processo penal não têm surgido problemas na aplicação prática dos dois primeiros fundamentos da antecipação. Prova disso mesmo é escassa produção jurisprudencial sobre a matéria.

Na jurisprudência mais recente relativa à produção antecipada de prova em processo civil e criminal, apenas localizámos neste domínio o sumário do Ac. da Rel. de Coimbra de 9-11-1999, proc.º n.º 2794-99, rel. António Geraldes [segundo o qual “Justifica-se a inquirição antecipada de uma testemunha quando, sem ninguém pôr em causa, se alega que tem 78 anos de idade, sofre gravemente do coração, tem estado internado por diversas vezes, devido ao seu grave estado de saúde, que a mesma tem conhecimento directo dos factos, por ter vivido no prédio reivindicado e ser familiar de dois dos Autores, e que, falecendo a testemunha, se perderá por completo o seu contributo para a descoberta da verdade”] e o o Ac. da Rel. do Porto de 19-3-2009, proc.º n.º 59/07.0TBMST-B.P1, rel. Mário Fernandes, ambos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

## 2. Deslocação para o estrangeiro

A deslocação para o estrangeiro tem de ser por tempo prolongado e para além da data previsível do julgamento, ou por período indeterminado, sem data de regresso<sup>46</sup>.

As declarações para memória futura podem, deste modo constituir um instrumento muito útil no caso de crimes cometidos em zonas de grande afluência turística, presenciados ou sofridos por cidadãos estrangeiros, os quais, na maioria dos casos, não pretendem comparecer em julgamento<sup>47</sup>.

---

Segundo este último duto aresto “(...) atendo-nos à idade da referida testemunha [77 anos] - ultrapassando já o período médio de vida previsto para as pessoas do sexo masculino do nosso país - e ao seu estado de saúde, o qual tenderá a agravar-se com o decorrer do tempo, por força dos diabetes e hipertensão arterial de que padece, sendo de presumir uma progressiva perda da sua capacidade auditiva, tudo aponta, dentro de um critério de normalidade para um quadro circunstancial que necessariamente irá influenciar na clarividência e utilidade do depoimento a prestar, bem como na formação da convicção do tribunal.” Embora a situação fáctica retratada naqueles autos justificasse plenamente a antecipação da prova, importa deixar consignadas duas notas: a) não obstante a idade avançada constituir fundamento de antecipação da prova no âmbito do Código de Processo Civil de 1876, já se considerou que a idade avançada não é, por si, doença ou facto impossibilitante da comparência da testemunha (cfr., neste sentido o Ac. da Rel. de Lisboa de 9-5-1996, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXI, tomo 3, pág. 89) e; b) a progressiva perda da capacidade auditiva da testemunha não justifica só por si a antecipação da prova, nem sequer a surdez ou a surdez mudez, uma vez que a lei contem dispositivos próprios para a inquirição da testemunha surda ou com deficiência auditiva, muda ou surda-muda (cfr. artigo 141.º do Código de Processo Civil e artigo 93.º do Código de Processo Penal; neste sentido, para o processo penal italiano, cfr., v.g., Corrada di Martino e Teresa Procaccianti, *La prove testimoniale nel processo penale*, cit., pág. 165, Katia La Regina, “Incidente Probatório”, in Giorgio Spangher, *Trattato di Procedura Penal - Indagini preliminari e udienza preliminar*, vol. 3, Torino, 2009, Utet, págs. 563-564 e Sílvio Sau, *L'incidente probatório*, cit., pág. 133.

<sup>46</sup> Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 685.

<sup>47</sup> Expressamente neste sentido veja-se M.<sup>a</sup> Angels Vila Muntal, “La Declaración del Testigo”, in Pedro Martin Garcia e outros, *La Prueba en El Proceso Penal*, Valência, 2000, Ediciones Revista General de Derecho, pág. 259.

Também em países, como o nosso, com uma forte comunidade emigrante que regularmente se desloca a Portugal, em regra em férias ou épocas festivas, onde presencia ou é vítima de ilícitos criminais, e que também na maioria dos casos não poderá previsivelmente comparecer em julgamento, as declarações para memória futura podem revelar-se um meio eficaz de conservação da prova.

Estando em causa deslocações no seio da União Europeia, o campo de aplicação deste fundamento de antecipação da prova tende, porém, a ser marginal, devido à facilidade e rapidez dos transportes e, sobretudo, ao reforço dos mecanismos de cooperação entre os Estados-Membros<sup>48</sup>.

---

Note-se que entre nós, no campo específico da violência doméstica, o n.º2 do artigo 23.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, prevê que “A vítima não residente em Portugal beneficia ainda da possibilidade de prestar declarações para memória futura imediatamente após ter sido cometida a infracção, bem como de audição através de videoconferência e da teleconferência.”

<sup>48</sup> Conforme salientado pelo Tribunal Supremo Espanhol na sua sentença 96/2009, de 10 de Março de 2009 “ya que de ser esto hace años un casi insalvable obstáculo para trasladarse a otro país con tiempo suficiente para testificar, ha pasado actualmente a ser problema menor por la facilidad y rapidez de los transportes y comunicaciones y por el desarrollo de normas de cooperación procesal entre los Estados que regulan y facilitan extraordinariamente la asistencia recíproca internacional en el ámbito penal.”

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



### **3 O juízo de prognose em caso de doença ou de deslocação para o estrangeiro, a previsibilidade e a imprevisibilidade da falta de audição.**

Quer no caso de doença grave, quer de deslocação para o estrangeiro, a tomada de declarações para memória futura está dependente da formulação de um juízo de prognose sobre a impossibilidade de audição da testemunha (do assistente, partes civis, perito ou consultor): “*que previsivelmente a impeça de ser ouvida*”<sup>49</sup>.

Nestes dois casos o pressuposto da antecipação é, assim, a previsibilidade do impedimento de comparência em razão da doença grave ou de deslocação para o estrangeiro<sup>50</sup>.

Casos há, porém, em que a impossibilidade de a testemunha ser ouvida em julgamento é imprevisível: na pendência do processo a testemunha morre, adoece gravemente, ausenta-se para parte incerta.

Sendo impossível a comparência da testemunha, o n.º 4 do artigo 356.º permite a leitura de declarações prestadas perante o juiz ou o Ministério Público se os declarantes não tiverem podido comparecer por falecimento, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade duradoura.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> Também acentuando a exigência da previsibilidade perante o direito peruano, Pablo Talavera Elguera, *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual del derecho probatorio y de la valorización de las pruebas en el proceso penal común*, cit, pág. 73, sublinha que “La prueba anticipada se caracteriza porque la no disponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral resulta siempre ‘previsible’ en el momento en que se solicita.”

Sobre o *periculum in mora* cfr. *infra* V- 4.2.

<sup>50</sup> Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, vol. II, cit., pág. 138.

<sup>51</sup> Sobre o conceito de impossibilidade duradoura cfr. Ac. STJ de 23-3-2000, *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano VIII, tomo 1, pág. 230 e as anotações de Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal*, 15ª ed., Coimbra, 2005, Almedina, pág. 689 e de Simas Santos, Leal Henriques e Borges de Pinho, *Código de Processo Penal*, II vol., Lisboa, 1996, Rei dos Livros, pág. 319.

Segundo a doutrina portuguesa que se debruçou sobre este último preceito, os depoimentos aí referidos, prestados em inquérito, perante o Ministério Público só poderão ser valorados “caso não tenha sido processualmente possível, por qualquer razão recorrer ao mecanismo da aquisição antecipada”<sup>52</sup> devido à impossibilidade do motivo determinante do impedimento da testemunha.

Assim, se em consequência de doença grave vier a falecer uma testemunha importante não poderá ser lido o seu depoimento produzido durante o inquérito se, não obstante a acentuada probabilidade de morte do depoente, a tomada de declarações para memória futura só não ocorreu por falta de requerimento dos sujeitos processuais<sup>53</sup>.

Em Espanha o artigo 730.º da LECrim permite igualmente que sejam valoradas as “diligencias sumariales” que por causa independente da vontade das partes não possam ser reproduzidas em audiência (morte, doença grave, localização em paradeiro desconhecido, residência no estrangeiro fora da jurisdição do tribunal, não sendo possível assegurar a sua comparência nem a sua audição por via dos mecanismos de cooperação internacional em matéria penal)<sup>54</sup>.

Como refere o magistrado espanhol Carlos Climent Durán, “Si no se propone esta prueba anticipada, no cabrá luego solicitar la lectura de la declaración sumarial, porque el artículo 730 de La Ley

---

<sup>52</sup> Damião da Cunha, “O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts.356.º e 357.º do CPP)”, cit., pág. 413. Contra, mas sem razão, Bernardo Marques Vidal, *A leitura em audiência das declarações das testemunhas proferidas durante o inquérito*, 7-1-2011 (tese de mestrado), in [run.unl.pt/bitstream/10362/6901/1/Vidal\\_2011.Pdf](http://run.unl.pt/bitstream/10362/6901/1/Vidal_2011.Pdf), pág. 65.

<sup>53</sup> Sandra Oliveira e Silva, *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, Coimbra Editora, 2007, pág. 247, nota 491.

<sup>54</sup> Carlos Climent Durán, *La prueba penal (Doctrina y Jurisprudência)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 227 e seguintes. Cfr. No mesmo sentido, v.g., M.ª Angels Vila Muntal, “La Declaración del Testigo”, in Pedro Martin y otros, *La Prueba en el Proceso Penal*, Valencia, 2000, Ediciones Revista General de Derecho, págs 247-262.

de Enjuiciamiento Criminal dispone que dicha lectura sólo procederá cuando no sea posible la reproducción de la declaración sea ‘por causas independientes de la voluntad’ de cualquiera de las partes. Y es claro que en la voluntad de la parte interesada está el poder solicitar la práctica de la prueba anticipada”<sup>55</sup>.

También, Francisco Hernández Gil, Teniente Fiscal do Tribunal Supremo salienta, a propósito daquele artigo 730.º, que “si cuando se practica el acto de investigación resultare previsible la imposibilidad de reproducirlo en el juicio oral, entonces las partes podrán acudir a la prueba anticipada para asegurar la prueba en la forma que establece la LECr”<sup>56</sup>.

Em Itália a doutrina e a jurisprudência referem-se igualmente à necessidade de uma “prognose póstuma sobre a previsibilidade do evento”<sup>57</sup>, salientando-se, a propósito do artigo 512.º do CPPI, em cujo projecto se se inspirou o n.º4 do artigo 356.º do Código Português, que “Il presuposto dell’imprevedibilità mira ad evitare la deliberata eluzione dell’istituto dell’incidente probatorio, soprattutto da parte della pubblica accusa, che, infatti, potrebbe avere interesse ad utilizzare per fini probatorio le dichiarazioni raccolte unilateralmente durante ll’indagine, piuttosto che procedere ad un’assunzione della prova in contraddittorio tra le parti”<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> *La prueba penal (Doctrina y Jurisprudência)*, cit., pág. 231.

<sup>56</sup> *La Prueba Preconstituída*, in Centro de Estudios Judiciales, *La Prueba en el Proceso Penal*, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1993, pág. 88.

<sup>57</sup> Cfr. Vincenzo Perchinunno, *Percorsi de procedura penale*, Milano, 2008, Giuffrè Editore, pág. 31-32 e nota 7.

<sup>58</sup> Cfr., v.g., Vincenzo Perchinunno, *Percorsi de procedura penale*, cit., pág. 31-32 e nota 7 e Ercole April e Pietro Silvestri, *Le indagini preliminare e l’archiviazione*, 2ªed., Milano, 2011, Giuffrè Editore, pág. 238.

Na síntese da sentença n.º 747, de 5-12-2003, do Tribunal Penal de Voghera, “Si la impossibilità di acquisire la prova nella sede naturale è prevedibile sin dall’origine, doverosa appare una anticipazione della prova attraverso il meccanismo dell’incidente probatorio: illecita ed illegittima appare l’eventuale operazione surrettizia di recuperare il materiale probatorio, altrimenti inutilizzabile, attraverso il meccanismo dell’art. 512” (apud Alessia Sorgato, *I Reati in Materia Di Prostituzione*, Padova, 2009, Cedam, pág. 534).

Como assinala Barbe a propósito das exceções ao princípio do contraditório formuladas no n.º 5 do artigo 111º da Constituição Italiana, louvando-se na lição de categorizados autores (E.Marzaduri, C. Cesari e F. Zavaglia): “Sulla nozione di ‘impossibilità’ sembra corretto interpretare la disposizione nel senso che il recupero degli atti formati in assenza di contraddittorio sia possibile solo quando l’impossibilità della ripetizione, appunto, non fosse già prevedibile nel momento di originaria formazione. Infatti, il legislatore ha previsto la possibilità di formazione anticipata della prova nel caso di “prevedibile impossibile ripetizione” futura mediante l’istituto dell’incidente probatorio; pertanto, interpretare in modo diverso, comporterebbe che una parte potesse eludere consapevolmente e capziosamente il rispetto del principio del contraddittorio”<sup>59</sup>.

## 4. Crimes do catálogo

### 4.1. A revisão de 1998

A revisão de 1998, ao aditar ao n.º 1 do artigo 271º do CPP a expressão *bem como nos casos de vítimas de crimes sexuais*, veio alargar substancialmente o campo de aplicação do instituto das declarações para memória futura, acrescentando a possibilidade de inquirição antecipada das vítimas de crimes sexuais, pelo juiz de instrução<sup>60</sup>.

Esta “hipótese atípica de produção antecipada de prova”<sup>61</sup>, como lhe chama Sandra Oliveira e Silva, introduzida pela Lei n.º 59/98,

---

<sup>59</sup> *Deroghe al contraddittorio e all’oralità nella formazione della prova* (Tesi di dottorato in giurisprudenza), 2009, pág. 73, disponível em <http://hdl.handle.net/2108/1006> (uniroma2it).

<sup>60</sup> Sobre esta alteração legislativa ocorrida em 1998 veja-se Mouraz Lopes, *Garantia Judiciária no Processo Penal*, Coimbra Editora, 2000, págs. 44-46, e “O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para memória futura”, *Sub Iudice*, n.º 26, Outubro/Dezembro 2003, págs. 13-19.

<sup>61</sup> Em Itália o congénere incidente probatório já foi qualificado de “assolutamente speciale”: cfr. Maria Grazia Coppetta, in Claudia Cesari, *Il*

de 25 de Agosto, ficou a dever-se, segundo informa Pinto de Albuquerque, a uma iniciativa de um grupo de juizes do TIC de Lisboa, nas vésperas da revisão de 1998<sup>62</sup>.

O argumento era - segundo Pinto de Albuquerque - o de que estas testemunhas deveriam ser poupadas ao vexame de ter de repetir a sua história e de reviver a sua dor vezes sem conta, diante do OPC, do MP, do juiz de instrução e do tribunal de julgamento e neste tantas vezes quantas o julgamento tivesse de ser repetido<sup>63</sup>.

---

*Minorenne Fonti di Prova nel Processo Penal*, Milano, 2008, Giuffrè Editore, pág. 123.

<sup>62</sup> Efectivamente, a alteração não constava da Proposta de Lei n.º 157/VII (*Diário da Assembleia da República* II série A, n.º 27/VII/3, de 29-1-1998, págs. 481-517), nem sequer vem referida no texto do então Secretário de Estado da Justiça José Luís Lopes da Mota, “A Revisão do Código de Processo Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 8, Fasc. 2, Abril-Junho 1998, págs. 163-198. Conforme resulta dos trabalhos legislativos compilados in *Assembleia da República, Código de Processo Penal – Processo Legislativo*, Vol. II, Tomo II, Lisboa, 1999, Assembleia da República – Divisão de Edições, pág. 130, a nova redacção conferida ao artigo 271.º, n.º1 resulta de uma Proposta de Substituição do PSD, aprovada com votos a favor do PSD, votos contra do PCP e abstenção do PS e do CDS-PP. Curiosamente, do Tomo I daquele vol. II, sob a epígrafe “Anexos: Contributos escritos de diversas entidades” consta, como “Anexo n.º5”, uma missiva emanada do Tribunal de Instrução Criminal de Lisboa, subscrita entre outros pelo juiz Paulo de Albuquerque, na qual não se faz qualquer referência à necessidade de alteração do artigo 271.º. Como é bom de ver, estes dados documentais não invalidam a informação dada por Pinto de Albuquerque.

<sup>63</sup> *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 685. No mesmo sentido, Mouraz Lopes, *Garantia Judiciária no Processo Penal*, Coimbra Editora, 2000, pág. 45, salienta que a razão de ser do novo normativo “(...) busca-se essencialmente na não sujeição das vítimas a interrogatórios sucessivos e quase sempre traumatizantes que o rememorar dos factos em questão encerram. Por outro lado, quando se trata de menores vítimas de crimes contra a autodeterminação sexual, é não só a sua protecção como também a necessidade de perceber de uma maneira mais real os factos ocorridos, sendo certo que a revelação dos factos em que se viu envolvido poderá não ser de fácil ‘acesso’, dados os naturais bloqueios psicológicos que o menor constrói.” Cfr. ainda deste ultimo autor, “O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para memória futura”, cit., págs.17-18.

Na verdade, como bem sublinha Sandra Oliveira e Silva, investigações empíricas no domínio da vitimologia têm evidenciado que o dever de testemunhar comporta um assinalável efeito de vitimização secundária em que a pessoa é levada a reviver os sentimentos negativos (medo, ansiedade, dor) experimentados quando da infracção, efeito este especialmente intenso e pernicioso se estiver em causa um núcleo muito restrito de intimidade pessoal como sucede no âmbito dos crimes sexuais <sup>64</sup>.

Por outro lado, a fiabilidade do testemunho é profundamente condicionado pela passagem do tempo, de tal modo que quanto mais tardiamente for efectuada a produção da prova menor será, em regra, a atendibilidade dos resultados obtidos <sup>65</sup>.

Pode, pois, concluir-se que neste domínio o recurso a declarações para memória futura procura: i) evitar os danos psicológicos implicados na evocação sucessiva pelo declarante da sua dolorosa experiência e a sua exposição em julgamento público e, ii) fixar os elementos probatórios relevantes a partir do primeiro relato presumivelmente mais próximo e espontâneo, evitando o perigo de contaminação da prova <sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, cit., págs. 111-112.

De acordo com a definição constante do ponto 1.3 da Recomendação Rec (2006) 8, de 14-6-2006, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, “Entende-se por vitimização secundária aquela que não resulta directamente da conduta criminosa, mas da resposta dada à vítima pelas instituições e pelos indivíduos.”

<sup>65</sup> Sandra Oliveira e Silva, *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, cit., pág. 248, nota 483.

<sup>66</sup> Também em Itália, perante um regime legal com algumas semelhanças ao nosso (cfr. *infra* nota 86) Paolo Tonini, in *Lineamenti di diritto processuale penale*, cit., pág. 277, e *Diritto processuale penale. Manuale breve*, cit., pág. 370, sublinha que “(...) la ratio dell’incidente è duplice: da un lato, vi è l’esigenza (che riteniamo prevalente) di permettere un controllo sulla credibilità ed attendibilità della deposizione della persona offesa nel momento in cui la memoria non há ancora subito quelle deformazioni che se verificano inevitabilmente in situazioni del genere com il passaggio del tempi; da un altro lato, vi è l’esigenza di ridurre, in favore della medesima persona offesa, lo *stress* da esposizione al processo.”

Esta posição do legislador nacional mostra-se conforme a insistentes recomendações não só da doutrina mas também de organizações internacionais<sup>67</sup>.

Atente-se, v.g., nas seguintes recomendações constantes das “Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade” aprovadas pela XIV Conferência Judicial Ibero-Americana que teve lugar no Brasil em 4 a 6 de Março de 2008<sup>68</sup>:

“(37) Antecipação jurisdicional da prova

Recomenda-se a adaptação dos procedimentos para permitir a prática antecipada da prova na qual participe a pessoa em condição de vulnerabilidade, para evitar a reiteração de declarações, e inclusive a prática da prova antes do agravamento da incapacidade ou da doença.

Para estes efeitos, pode ser necessária a gravação em suporte audiovisual do acto processual no qual participe a pessoa em

---

<sup>67</sup> Vejam-se, v.g., as seguintes recomendações do Comité de Ministros do Conselho da Europa: R (85) 4, sobre violência familiar; R (85) 11 relativa à posição da vítima no processo penal; R (87) 21, sobre a assistência às vítimas e a prevenção da vitimização; Rec. (2005) 5 sobre a protecção das mulheres contra a violência. Veja-se, ainda, a Convenção do Conselho da Europa sobre a protecção das crianças contra a exploração e os abusos sexuais, celebrada em Lanzarote em 25-10-2007, ainda não ratificada por Portugal. No âmbito da União Europeia merecem destaque a Decisão-Quadro n.º 2001/220/JAQL, do Conselho da União Europeia relativa ao estatuto da vítima em processo penal e a Directiva 2011/36/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de Abril de 2011 relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas, e que substitui a Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho.

<sup>68</sup> Disponíveis, v.g., em [www.csm.org.pt](http://www.csm.org.pt).

De acordo com as referidas Regras “(3) Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, género, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, económicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercer com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.”; “(4) Poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o género e a privação de liberdade. A concreta determinação das pessoas em condição de vulnerabilidade em cada país dependerá das suas características específicas, ou inclusive do seu nível de desenvolvimento social e económico.”

condição de vulnerabilidade, de tal forma que possa reproduzir-se nas sucessivas instâncias judiciais.”

Como a jurisprudência logo salientou<sup>69</sup>, com a posterior concordância da doutrina<sup>70</sup>, a inquirição para memória futura da vítima de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual é admissível mesmo que não seja previsível o impedimento de comparecer em julgamento<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Ac. da Rel. do Porto 18-4-2001, (rel. Manso Rainho), in *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXVI, tomo 2, pág. 228. No mesmo sentido cfr. v.g., os Acs. da Rel. do Porto de 19-1-2005, proc.º n.º 0510063, rel. Fernando Monterroso, de de 29-10-2008, proc.º n.º 0814505, rel. Francisco Marcolino, e da Rel. de Coimbra de 20-5-2009, proc.º n.º 5/02.7ZRCBR.C1, rel. Vasques Osório, todos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>70</sup> Sandra Oliveira e Silva, *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, pág. 111, Pinto Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 685, “Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto”, *Código de Processo Penal - Comentários e notas práticas*, cit., pág. 680. Assim também no âmbito da doutrina italiana, Alessia Micoli e David Monti, *La Tutela Penale della Vítima Minore, Aspetti Sostanziali e Processuali*, Milano, 2010, Cedam, pág. 352, Carla Pansini, *Le dichiarazioni del minore nel processo penale*, Padova, 2001, Cedam, págs. 122-123 e Corrada di Martino e Teresa Procaccianti, *La prove testimoniale nel processo penale*, cit., pág. 168. Actualmente é expressamente esta a solução do direito italiano quando estejam em causa crimes sexuais e conexos, conforme resulta de forma clara da parte final do artigo 392º, n.1-bis, introduzido pelo D.L. 23 de Fevereiro 2009, n.º11-“anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1.”

<sup>71</sup> No âmbito de procedimentos por crimes de lenocínio é frequente a tomada de declarações para memória futura às cidadãs estrangeiras que em Portugal se dedicam à prostituição. Já se entendeu que “tratando-se de cidadãs não nacionais e porque não se encontravam legalmente em Portugal, seria mais do que provável que contra elas fossem instaurados processos de expulsão quando as mesmas teriam relevantes conhecimentos sobre o crime de lenocínio que era investigado nos autos. Sendo conhecida a forma como normalmente termina um qualquer processo de expulsão por permanência não autorizada, é evidente que seria então previsível que não pudessem estas testemunhas de nacionalidade brasileira depor nas subseqüentes fases do processo designadamente, na audiência de julgamento. Daí que nenhuma dúvida subsistam de que se verificavam os requisitos atrás enunciados quando o Mmo Juiz de Instrução, deferindo o promovido, determinou as tomadas de declarações para memória futura” - Ac. da Rel. de Coimbra de 20-5-2009, proc.º n.º 5/02.7ZRCBR.C1, rel. Vasques Osório, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).



Como judiciosamente se observou no Ac. da Rel. do Porto 18-4-2001, rel. Manso Rainho: “O que a lei pretende, certamente, é que as vítimas de crimes que tais não sejam obrigadas a expôr-se em audiência e a ter de reviver no futuro acontecimentos que, de ordinário, são profundamente traumatizantes. Como bem salienta o digno recorrente, os pressupostos indicados nesse normativo não são cumulativos, de sorte que basta que se esteja perante a investigação de um crime de natureza sexual para que a diligência possa efectuar-se”<sup>72</sup>.

#### **4.2. A revisão de 2007**

Entretanto, a revisão de 2007, operada pela Lei n.º48/2007, de 29 de Agosto, veio alargar ainda mais o catálogo de crimes que admitem as declarações para memória futura neles incluindo, ao lado dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, o crime de tráfico de pessoas<sup>73</sup>.

---

No caso em apreço era indiscutível a legalidade dos despachos a ordenar a produção antecipada de prova até porque aqueles despachos já haviam transitado em julgado, como o próprio acórdão reconhece. Salvo o devido respeito, afigura-se-nos, porém, que a justificação para a tomada de declarações deveria antes ter sido fundamentada com base na natureza do crime em questão, o qual é, manifestamente um crime contra a liberdade sexual (como foi justamente reafirmado pelo Ac. da Rel. do Porto de 29-10-2008, proc.º n.º 0814505, rel. Francisco Marcolino, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)) e não na previsibilidade do impedimento de comparecer em julgamento, tanto mais que a entrada ou permanência irregular em território nacional não constitui fundamento de antecipação da prova, ao contrário do que prevêem, avisadamente, os Códigos de Processo Penal de Macau e de Cabo Verde.

<sup>72</sup> *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXVI, tomo 2, pág. 228.

<sup>73</sup> A este nível, o aumento das situações que podem conduzir à realização da produção antecipada da prova deriva, embora por via indirecta, das alterações ocorridas ao nível substantivo através das alterações operadas ao Código Penal pela Lei n.º 50/2007, de 4 de Agosto. Sobre tais alterações veja-se, desenvolvidamente, Maria João Antunes, “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores”, in *Revista do CEJ*, n.º8 (especial), 1º semestre 2008, págs. 205-211; Idem, “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores”, in *Julgar* n.º12 (especial), 2010, págs.

Simultaneamente, no que concerne aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual a revisão de 2007 impôs a obrigatoriedade da inquirição do ofendido no decurso do inquérito, desde que a vítima não seja ainda maior<sup>74</sup>.

---

153-161, e “Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto”, *Código de Processo Penal - Comentários e notas práticas*, cit., págs. 678-679. Com efeito as alterações operadas ao Código Penal pela citada Lei n.º 50/2007, de 4 de Agosto, para além das ocorridas em sede de parte geral (cfr. artigo 5.º, n.º1, alíneas c) e d), 11.º e 118.º, n.º5), alargaram o âmbito do crime de tráfico de pessoas agora previsto no artigo 160.º (cfr., também, Paulo de Sousa Mendes, “Tráfico de Pessoas” e Pedro Vaz Pato, “O crime de tráfico de pessoas no Código penal revisto: análise de algumas questões”, ambos in *Revista do CEJ*, n.º8 (especial), 1º semestre 2008, págs. 167-178 e 179-203 respectivamente, Mouraz Lopes, *Os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual no Código Penal*, 4ªed., 2008, Coimbra Editora, págs. 93-97 e Miguez Garcia, *O Direito Penal Passo a Passo*, vol. I, Coimbra, 2011, Almedina, pág. 260).

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

Também o âmbito das situações que integram crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual foi alargado, designadamente pela criação do tipo legal do crime de recurso à prostituição de menores (artigo 174.º do Código Penal) e pelo alargamento do âmbito dos tipos incriminadores dos crimes de lenocínio e de pornografia de menores, que abrangem todos os menores e não apenas os menores de 16 ou de 14 anos.

<sup>74</sup> Segundo a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 109/X, que esteve na base da Lei n.º n.º48/2007, “Nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, passa a ser obrigatória a recolha de declarações para memória futura (hoje prevista como facultativa), durante o inquérito.”

Acentuando a obrigatoriedade da recolha de declarações para memória futura nestas situações, a qual se apresentava como facultativa na anterior lei veja-se Gil Moreira dos Santos, *Código de Processo Penal*, Gil Moreira dos Santos, Caldeira, Cernades & Associados, Porto, 2007, pág. 185, Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 686, “Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto”, *Código de Processo Penal - Comentários e notas práticas*, cit., pág. 680, António Gama,

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

Como assinala Pinto de Albuquerque, a omissão de tomada de declarações para memória futura do menor constitui uma nulidade sanável do artigo 120º, n.º2 al. d) uma vez que se trata de acto legalmente obrigatório do inquérito<sup>75</sup>.

Compreende-se a opção do legislador nacional que, uma vez mais, encontra conforto na doutrina e em numerosos textos internacionais<sup>76</sup>.

Assim, vg., a Convenção do Conselho de Europa sobre a Protecção das Crianças contra a Exploração e o Abuso Sexual, de 2009, estatui no seu artigo 30.º que “Each Party shall adopt a protective approach towards victims, ensuring that the investigations and criminal proceedings do not aggravate the trauma experienced by the child and that the criminal justice response is followed by assistance, where appropriate.”

---

“Reforma do Código de Processo Penal: Prova Testemunhal, Declarações para Memória Futura e Reconhecimento”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 19, n.º3, Julho-Setembro 2009, pág. 397 e 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., pág. 107.

<sup>75</sup> *Comentário do Código de Processo Penal*, pág. 687. No mesmo sentido se pronunciaram os “Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto”, *Código de Processo Penal - Comentários e notas práticas*, cit., pág. 679, António Gama, “Reforma do Código de Processo Penal”, cit., págs. 397-398 e João Conde Correia, “O papel do Ministério Público no crime de abuso sexual de crianças”, in *Julgar* n.º12 (especial), 2010, pág. 176, nota 38.

<sup>76</sup> Pode ver-se uma listagem exaustiva desses instrumentos internacionais in “Directrizes do Conselho de Europa sobre estratégias nacionais integradas de protecção das crianças contra a violência”, disponível in [www.coe.int](http://www.coe.int).

As necessidades de evitar a vitimização secundária e a contaminação da prova fazem-se sentir com particular intensidade junto de menores vítimas de crimes sexuais<sup>77</sup>.

Entre nós, Catarina Ribeiro refere precisamente que um das potenciais dificuldades de obtenção de prova testemunhal junto de crianças tem a ver com “o impacto psico-emocional da própria situação de testemunho e de participação directa da criança em tribunal” em que a situação de ir a tribunal é susceptível de ser constrangedora e desencadeadora de stress, sobretudo tratando-se de abuso intrafamiliar<sup>78</sup>.

Por outro lado, a repetição de inquirições acerca do mesmo assunto, “para além de ser penoso para a criança, leva a distorções da informação e, conseqüentemente, a alterações da percepção e relato do facto vivido, o que dificulta claramente a investigação judicial e a integração psicológica da situação por parte da criança”<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Os tribunais portugueses, na sua prática quotidiana têm revelado perfeita consciência deste fenómeno da vitimização secundária, que procuram a todo o custo evitar, como esclarecidamente resulta do seguinte sumário do Ac. do STJ de 17-3-2005 (proc.º n.º 059645): “I - Se no julgamento de crimes sexuais contra menor o Tribunal usar, na audição da ofendida, expressões como “Vá, esforça-te um pouco mais, ajuda-nos!”, “só mais um esforço”, “eu prometo que não te faço mais perguntas!”, “os passos que já deste foram importantes”, “olha, não me digas que vais morrer na praia!”, “estão aqui alguns homens na sala, mas nem todos são violadores”, que criaram “situações de espontaneidade provocada” isso não anuncia um pré-juízo sobre a culpabilidade do arguido que viole o princípio da presunção de inocência e ponha em causa a imparcialidade do Tribunal. II - Essas expressões traduzem antes um esforço do Tribunal no sentido de obter a colaboração das menores na descoberta da verdade em crimes sexuais, domínio onde se faz sentir, como é sabido, uma grande dificuldade e retraimento das vítimas na recordação, no reviver, em público das situações por que passaram e que muitas vezes se traduz numa verdadeira penalização secundária.” Cfr., ainda, em sentido semelhante, o Ac. da Rel. de Guimarães de 12-4-2010, proc.º n.º 42/06.2TAMLG.G1, rel. Cruz Bucho, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>78</sup> *A Criança na Justiça – Trajectórias e Significados do Processo Judicial de Crianças Vítimas de Abuso Sexual Intrafamiliar*, Coimbra, 2009, Almedina, pág. 118.

Em Espanha, como se refere na notável circular 3/2009 emanada do Fiscal General del Estado, “Circular 3/2009, de 10 de Noviembre, Sobre Protección

O recurso às declarações para memória futura revela-se, deste modo, como um instrumento que pode mitigar, em parte, os riscos da vitimização secundária e de distorção probatória, evitando a necessidade de o menor comparecer em audiência de julgamento<sup>80</sup>.

---

de los Menores Víctimas y Testigos”, disponível em [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es): “La psicología ha puesto de manifiesto que la intervención de un niño en un juicio es vivida generalmente como una experiencia estresante potencialmente provocadora de efectos a largo plazo. Los menores pueden padecer una gran ansiedad antes, durante e incluso después de la celebración del acto procesal en el que se ha interesado su declaración. Por otro lado, la confrontación ante adultos inculpados o implicados y las preguntas agresivas de las partes, son las situaciones que más secuelas traumáticas pueden dejar en niños que comparecen ante un Tribunal. Esta particular vulnerabilidad de los niños víctimas y testigos reclama especial protección, así como asistencia y apoyo apropiados a su edad y nivel de madurez, a fin de evitar los traumas o minimizar el impacto que puede ocasionar su participación en un proceso.”

<sup>79</sup> Catarina Ribeiro, *A Criança na Justiça*, cit., pág. 121.

A este respeito, lê-se na citada Circular 3/2009: “El proceso de evolución madurativa de los niños de corta edad conlleva cambios muy notables en cortos lapsos de tiempo en cuanto a capacidades cognitivas y aptitudes de memoria. Puesto que no es infrecuente que el señalamiento del juicio oral tenga lugar en fecha muy posterior a la de la declaración sumarial, se comprende que la repetición en el juicio oral –además de la perturbación para el menor– genera problemas desde el punto de vista de la propia calidad de la declaración. El niño ha olvidado los hechos o los recuerdos que tiene ya no son de los hechos, sino del relato elaborado e influenciado por familiares, amigos, psicólogos etc., a su vez sometidos al filtro de su propia elaboración. En este sentido, la STS nº 1582/2002, de 30 de septiembre refiere que cuando la víctima del delito es un menor “su percepción de los hechos no coincide necesariamente con la de una persona ya formada y además puede verse en cierto modo afectada por las circunstancias que le rodean desde su primera manifestación hasta el momento del juicio oral en que la prueba se practica ante el Tribunal, máxime cuando, como no es anormal, há transcurrido un período dilatado de tiempo entre los hechos, su denuncia y su enjuiciamiento”.

<sup>80</sup> Atente-se no seguinte e impressionante excerto do douto Ac. da Rel. do Porto de 19-1-2005, proc.º n.º 0510063, rel. Fernando Monterroso, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) proferido ainda antes da Revisão de 2007: “Estas [as regras da experiência] dizem-nos que, em crianças de tão tenra idade, não só a memória se torna rapidamente difusa, mas também que são progressivamente maiores os riscos de fabulação, que podem levar o menor a contar o que lhe dizem ter acontecido, em vez do que viu e viveu. Por isso, mesmo que os menores voltem a depor em julgamento, tudo aconselha, para a boa administração da

Mas, importa reconhecê-lo, este desiderato legislativo entre nós raramente tem sido alcançado.

Na verdade, como lucidamente aponta João Conde Correia, este regime não evita nem a reinquirição no quadro do mesmo processo, nem a reinquirição no quadro doutros processos e a consequente produção de efeitos nefastos que, com este regime, se pretendem evitar<sup>81</sup>.

---

justiça, que lhes sejam desde já tomadas declarações, desse modo fornecendo aos julgadores um leque mais vasto de material probatório a ser livremente por eles apreciado e conjugado. A isto acrescem interesses de protecção dos menores. É certo que os juízes não são técnicos dos fenómenos do foro psicológico, mas não estão inibidos de, com base nas regras da experiência, afirmarem a probabilidade de os menores depois do depoimento verem baixar os níveis de ansiedade, que o caso inevitavelmente provoca.”

Já depois da Revisão de 2007, também o douto Ac. da Rel. de Lisboa de 30-6-2010, proc.º n.º 4752/10.1T3AMD-A.L1-9, rel. Carlos Benido, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) salientou que “(...) a ratio da norma contida no nº 2 do artº 271.º, do CPP visa a protecção de menor vítima de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, poupando-a ao trauma de reviver vezes sem conta os acontecimentos e ao constrangimento inerente à solenidade e formalismo de uma audiência de julgamento. Esta razão de ser verifica-se igualmente no processo tutelar e neste não está prevista a especificidade da inquirição da vítima de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor. Por isso o acórdão em apreço considerou que “Aquela norma, por força do art. 128.º, nº1, da Lei Tutelar Educativa, é subsidiariamente aplicável ao inquérito tutelar educativo, devendo a vítima de menoridade ser ouvida pelo juiz nesta fase processual.”

A propósito das estratégias que visam a optimização das condições em que a criança deve testemunhar e que passam pela audição da criança através de sistema vídeo-conferência, e a gravação de declarações para memória futura, Catarina Ribeiro, *A Criança na Justiça*, cit., pág. 119 refere, porém, que “os estudos acerca dos benefícios destas medidas são escassos e os que existem são contraditórios. Uma das razões pelas quais existe uma grande variabilidade nos resultados deve-se, tanto quanto pudemos apurar, ao facto de a maioria das crianças incluídas nas amostras não estar envolvida em processos judiciais, o que dificulta a percepção dos reais efeitos destas estratégias.”

<sup>81</sup> “O papel do Ministério Público no crime de abuso sexual de crianças”, cit., págs. 176-177.

De há quatro anos a esta parte a comunicação social vem difundindo a ideia de que as crianças vítimas de abusos sexuais são ouvidas oito vezes no mesmo processo: Carla Aguiar, “Crianças abusadas são interrogadas oito vezes”, *Diário de Notícias* de 11-1-2008; “Abuso sexual: crianças ouvidas oito vezes na investigação”, *Diário Digital* de 29-2-2008, in <http://diariodigital.sapo.pt>;

Perante o texto da Proposta 2006 que veio a obter depois consagração legal, Sandra Oliveira e Silva chamava muito justamente a atenção para problemas de redacção e terminologia e para a circunstância de este novo dispositivo legal parecer desconhecer a disciplina para protecção de testemunhas especialmente vulneráveis introduzida pela Lei n.º 93/99, de 13 de Julho, de que mais não é do que uma imperfeita especialização<sup>82</sup>.

No que respeita às questões de redacção e de terminologia pensamos que a autora se refere ao desfasamento terminológico existente entre a lei processual penal e a lei penal. A lei processual penal refere-se a crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor [“vítima não seja ainda maior”] enquanto a lei penal distingue claramente os crimes contra crianças (pessoas até 14 anos, à data do crime<sup>83</sup>) e os crimes contra menores<sup>84</sup>.

---

“Maria José Morgado discorda da repetição de depoimentos das crianças vítimas de abusos sexuais, Agência Lusa, 18-4-2008, in RTP/Notícias, disponível em [www.rtp.pt](http://www.rtp.pt); Alfredo Teixeira, “Justiça ‘tortura’ crianças que são abusadas, *Diário de Notícias* de 18-6-2009; Filipa Ambrósio, “Crianças abusadas são ouvidas oito vezes no processo”, *Diário de Notícias* de 2-6-2010; Filipa Ambrósio de Sousa, “Abusos, Investigações obrigam, em média, as vítimas a contar oito vezes o que viveram”, *Diário de Notícias* de 16-11-2011. Segundo esta última notícia esta seria uma das conclusões do Guia de Agressão Sexual contra Crianças lançado pelo Observatório Permanente de Adopção do Centro de Direito de Família da Faculdade de Direito de Coimbra.

Embora entre nós o número de vezes que um menor vítima de crime de abuso sexual esteja longe do desejável não cremos que aquele número, que jornalisticamente permanece imutável há quatro anos e que já vimos ser atribuído a outras entidades, corresponda à realidade.

<sup>82</sup> *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, cit., nota 201, págs. 111-112 págs.

<sup>83</sup> Como bem assinala Mouraz Lopes, *Os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual no Código Penal*, cit., pág. 115, “o limite etário dos 14 anos é normalmente entendido como a fronteira entre a infância e a adolescência.”

<sup>84</sup> Como é sabido, entre nós a maioridade atinge-se aos 18 anos de idade (artigo 130.º do Código Civil).

De acordo com a Convenção dos Direitos da Criança, ratificada por Portugal através da Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de Setembro, considera-se criança todo o ser humano com menos de 18 anos (artigo 1.º). Cfr. , no mesmo sentido, v.g., a Convenção do Conselho da Europa sobre a luta contra o tráfico de seres humanos, a Convenção do Conselho



Mas, como observa Pinto Albuquerque, se o menor que ainda não tenha 18 anos à data da diligência deve ser ouvido em declarações para memória futura, por maioria de razão este regime deve tornar-se extensivo aos crimes contra crianças<sup>85</sup>.

## **5. Outros crimes cometidos contra menores: o caso Maria Pupino**

Os crimes em que é obrigatória a tomada de declarações para memória futura de vítimas menores de 18 anos reconduzem-se aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

Em Itália, perante um quadro legislativo algo semelhante<sup>86</sup>, suscitou-se uma questão da maior relevância prática.

---

Europeu sobre a protecção das crianças contra a exploração e os abusos sexuais de 25-10-2007 e a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho de 22-12-2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil.

<sup>85</sup> *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 686.

<sup>86</sup> De acordo com a Lei italiana n.º 66, de 15 de Fevereiro de 1996, “Norme contra la violenza sessuale”, nos processos por crimes p. e p. pelos artigos 609.º-*bis*, 609.º-*ter*, 609.º-*quater*, 609.º-*quinqüies* e 609.º-*octies* (violência sexual, violência sexual agravada, actos sexuais com menores, corrupção de menores) quer o Ministério Público quer o arguido podem requerer que se proceda a incidente probatório para recolha de depoimento de pessoa menor de 16 anos, fora das hipóteses previstas no n.º1 do artigo 392.º do CPP. A Lei n.º 269, de 3 de Agosto de 1998, para além do mais, tornou extensivo aquele procedimento aos crimes de prostituição infantil (artigo 600.º-*bis*), pornografia infantil (artigo 600.º-*ter*) e “iniciativa turística dirigida à exploração de prostituição de menores”(artigo 600.º- *quinqüies*) – cfr. entre nós, Maria do Carmo Silva Dias, *Crimes Sexuais com Adolescentes*, Coimbra, 2006, Almedina, págs. 176-184. Posteriormente, a lei n.º 228, de 18 de Junho de 2003 alargou o procedimento ao crime de tráfico de pessoas. Finalmente, o Decreto Lei n.º 11, de 23 de Fevereiro de 2009, convertido em Lei n.º38, de 23 de Abril de 2009, que deu nova redacção ao artigo 392º, n.º1 do CPP passou a incluir os crimes previstos nos artigos 572.º (maus tratos na família) e 612º- *bis* do Código Penal (submissão a escravatura), modificou o âmbito subjectivo dos destinatários da norma que passaram a ser os menores de 18 anos e os maiores vítimas de crimes.



No âmbito de um processo penal a correr termos no Tribunal de Florença, a educadora de infância Maria Pupino foi acusada de diversos crimes p. e p. pelo artigo 571.º (abuso de meios disciplinares) praticados na escola onde trabalhava, em Janeiro e Fevereiro de 2001, contra alguns dos seus alunos com idade inferior a 5 anos, “porque os agredia habitualmente, ameaçava ministrarlhes tranquilizantes e amordaçá-los e impedia-os de ir à casa de banho”, e de um crime p. e p. pelas disposições conjugadas dos artigos 582.º, 585.º e 576.º, em conjugação com os n.ºs 2 e 11 do artigo 61.º (ofensas à integridade física agravadas), todos do Código Penal Italiano, por ter desferido uma pancada numa das suas alunas, causando-lhe uma ligeira tumefacção na região frontal.

Em Agosto de 2001 o Ministério Público requereu ao juiz de instrução criminal que procedesse, por meio do incidente probatório, à obtenção do depoimento de oito crianças menores, testemunhas e ofendidas nos crimes de que era acusada M. Pupino, ao abrigo do artigo 392.º, n.º1 bis do CPP Italiano, por considerar que essa prova não podia ser remetida para a fase oral, devido à menoridade das testemunhas e à conseqüente e inevitável alteração da condição psicológica das mesmas, bem como a um eventual efeito de recalçamento psicológico. O Ministério Público requereu também que se procedesse à produção da prova de acordo com as formas especiais previstas no artigo 398.º, n.º 5 bis, do CPP, em virtude das quais a audiência decorre numa estrutura especializada, de forma a proteger a dignidade, a intimidade e a serenidade dos menores em causa, recorrendo-se, se necessário, a um especialista em psicologia, devido à delicadeza e à gravidade dos factos, bem como às dificuldades relacionadas com a tenra idade das vítimas.

Os advogados da arguida opuseram-se à realização do incidente, porque os crimes que lhe eram imputados não se incluíam nos previstos no art. 392 n.º 1 bis CPP Italiano, cujo âmbito estava limitado à esfera dos crimes sexuais ou de cariz sexual.

Deparando-se, então, com o problema da compatibilidade das referidas disposições do direito italiano com as disposições comunitárias, o juiz de Instrução suscitou ao Tribunal de Justiça

que se pronunciasse sobre a interpretação dos artigos 2.º, 3.º e 8.º da Decisão-Quadro 2001/220/JAI<sup>87</sup>, para poder apurar se os artigos 392.º, n.º 1 bis, e 398.º n.º 5 bis, do CPP Italiano invocados pela acusação pública, eram compatíveis com as referidas disposições comunitárias.

O Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 16 de Junho de 2005, C-105/03, vulgarmente denominado por “Acórdão Pupino”<sup>88</sup>, relatado pelo juiz português Dr. Cunha Rodrigues, depois de num primeiro momento analisar e declarar a sua competência para responder à questão prejudicial que lhe fora colocada, afirmou, pela primeira vez, a aplicação do princípio da interpretação conforme relativamente às decisões-quadro adoptadas no âmbito do Título VI do Tratado da União Europeia.

Rebatendo a tese dos Governos italiano e do Reino Unido, os quais haviam alegado que, diferentemente do Tratado CE, o Tratado da União Europeia não contempla uma obrigação análoga à prevista pelo artigo 10.º CE, na qual, no entanto, a jurisprudência do Tribunal de Justiça se fundamentou, em parte, para justificar a obrigação de interpretação conforme do direito nacional à luz do direito comunitário, o Tribunal considerou que “o artigo 1.º, segundo e terceiro parágrafos, do Tratado da União Europeia dispõe

---

<sup>87</sup> Em conformidade com o artigo 3.º da decisão-quadro, cada Estado-Membro garante às vítimas a possibilidade de serem ouvidas durante o processo e de fornecerem elementos de prova, e toma as medidas adequadas para que as suas autoridades apenas interroguem a vítima na medida do necessário para o desenrolar do processo penal.

Os artigos 2.º e 8.º, n.º 4, desta decisão-quadro obrigam cada Estado-Membro a envidar esforços no sentido de assegurar, nomeadamente, que durante o processo as vítimas sejam tratadas com respeito pela sua dignidade pessoal, de assegurar às vítimas particularmente vulneráveis a possibilidade de beneficiarem de um tratamento específico, o mais adaptado possível à sua situação, e de assegurar, quando for necessário proteger as vítimas, designadamente as mais vulneráveis, dos efeitos do seu depoimento em audiência pública, o direito de a vítima poder beneficiar de condições de depoimento que permitam atingir esse objectivo por qualquer meio compatível com os seus princípios jurídicos fundamentais.

<sup>88</sup> Disponível em <http://europa.eu.int>. e na *Colectânea de Jurisprudência-Acordãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano XIII, tomo 2, págs. 19-24.

que este Tratado assinala uma nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, e que a missão da União, fundada nas Comunidades Europeias, completadas pelas políticas e formas de cooperação instituídas pelo referido Tratado, consiste em organizar de forma coerente e solidária as relações entre os Estados-Membros e entre os respectivos povos”(n.º41). Assim sendo, “Seria difícil para a União cumprir eficazmente a sua missão se o princípio da cooperação leal, que implica nomeadamente que os Estados-Membros adotem todas as medidas gerais ou especiais, adequadas a assegurar a execução das suas obrigações derivadas do direito comunitário, não se impusesse igualmente no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal, integralmente fundada na cooperação entre os Estados-Membros e as instituições, como a advogada-geral salientou com razão no n.º 26 das suas conclusões”(n.º42).

Como se refere no n.º43 do dito acórdão “Tendo em conta todas as considerações precedentes, há que concluir que o princípio da interpretação conforme se impõe relativamente às decisões-quadro adoptadas no âmbito do Título VI do Tratado da União Europeia. Ao aplicar o direito interno, o órgão jurisdicional de reenvio chamado a proceder à sua interpretação é obrigado a fazê-lo, na medida do possível, à luz do texto e das finalidades da decisão-quadro, a fim de atingir o objectivo visado por esta última e de se conformar, assim, com o artigo 34º, n.º2, alínea b), EU”<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> Sobre a extraordinária repercussão da doutrina deste acórdão, já apelidado de histórico, veja-se, v.g., Teresa Magno, “The Pupino Case; Background in Italian Law and consequences for the national judge”, in *ERA-Forum*, vol.8, n.º2/june2007, págs. 215-223, Eleanor Spaventa, “Opening Pandora’s Box: Some Reflexions on the Constitutional effects of the Decision in *Pupino*”, in *European Constitutional Law Review*, 3-2007, págs. 5-24, também disponível em <http://journals.cambridge.org>, Marta Muñoz de Morales Romero, “La aplicación del principio de interpretación conforme a las decisiones-marco: Hacia el efecto directo’. Especial referencia al Caso Pupino”, disponível em [www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net), Daniel Sarmiento, “Un Paso más en la constitucionalización del Tercer Pilar de La Unión Europea. La sentencia Maria Pupino y el efecto directo de las Decisiones Marco”, in *Revista electrónica de estudios internacionales*, n.º 10, 2005, disponível em [www.reei.org](http://www.reei.org), Carl Labeck, “Sliding Towards Supranationalism? The Constitutional Status of EUFramework Decisions after pupino”, in

Para além de considerar que “a obrigação de o órgão jurisdicional nacional se referir ao conteúdo de uma decisão-quadro quando procede à interpretação das regras pertinentes do seu direito nacional está limitada pelos princípios gerais de direito, nomeadamente os da segurança jurídica e da não retroactividade”(n.º44), os quais “opõem-se, nomeadamente, a que a referida obrigação possa conduzir a desencadear ou a agravar, com base numa decisão-quadro e independentemente de uma lei adoptada para a sua aplicação, a responsabilidade penal de quem a viole”(n.º 45)<sup>90</sup>, o Tribunal de Justiça sublinha que “A obrigação de o juiz nacional fazer referência ao conteúdo de uma decisão-quadro quando procede à interpretação das regras pertinentes do seu direito nacional cessa quando este último não possa ser objecto de uma interpretação que conduza a um resultado compatível com o pretendido por essa decisão-quadro. Por outras palavras, o princípio da interpretação conforme não pode servir de fundamento a uma interpretação contra legem do direito nacional. No entanto, este princípio exige que o órgão jurisdicional nacional tome em consideração, sendo caso disso, o direito nacional no seu todo para apreciar em que medida este pode ser objecto de uma interpretação que não conduza a um resultado contrário ao pretendido pela decisão-quadro”(n.º47).

Seguidamente o Tribunal respondeu à questão prejudicial procedendo a uma ponderação de interesses conflitantes: por um lado, o direito a um processo equitativo tal como garantido pela

---

[www.germanlawjournal.com](http://www.germanlawjournal.com), Rute Vicente, “Le principe d’interprétation conforme dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale”, in [www.unicege.ch/ceje](http://www.unicege.ch/ceje), actualité n.º 245 du 10 août 2005, Roberta Calvano, “Il Caso *Pupino*: ovvero dello stravolgimento del quadro concettuale dei rapporti tra diritto interno (penale) ed europeo, e tra diritto Eu e diritto comunitario”, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it/chronache](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/chronache), Dorota Leczykiewicz, “Constitutionalising the third pilar”, in <http://cels.law.ac.uk/File/events/Leczykiewicz.pdf>. Podem colher-se outros dados bibliográficos in *Reflets* n.º1/2007, págs. 30-33.

<sup>90</sup> Princípios gerais de direito que não estavam em causa porquanto “as disposições que são objecto do presente pedido de decisão prejudicial não têm por objecto a extensão da responsabilidade penal da interessada, mas o processo e os meios de produção da prova” (n.º 46).

Convenção Europeia dos Direitos do Homem e, por outro lado, a protecção da dignidade, da vida privada e da serenidade das crianças.

Na ponderação destes interesses, o Tribunal declarou que:

«Os artigos 2º, 3º e 8º n.º 4, da Decisão-Quadro n.º 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, como no processo principal, aleguem ter sido vítimas de maus tratos, prestem o seu depoimento segundo modalidades especiais 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 interpretá-las, na medida do possível, à luz do texto e das finalidades da referida decisão-quadro.»

Uma vez que o Tribunal Constitucional Italiano (*Corte Costituzionale*) já anteriormente se havia pronunciado sobre a constitucionalidade do artigo 392.º, n.º1 bis<sup>91</sup>, entendeu-se que não era praticável uma interpretação conforme com a Decisão Quadro, sob pena de esta servir de fundamento a uma interpretação *contra legem* do direito nacional italiano<sup>92</sup>.

Por isso, o problema apenas foi resolvido, ou pelo menos atenuado, por via legislativa<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> Na sua sentença de 18-12-2002, n.º 529, disponível em [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), a Corte Costituzionale pronunciou-se sobre a constitucionalidade daquela norma, considerando que a mesma não violava o princípio da igualdade, na medida em que “nei reati ivi indicati, l’esigenza di proteggere la personalità del minore, in sede processuale, e la genuinità della prova, si pone com maggiore intensità ed evidenza.”

<sup>92</sup> Sobre a necessidade de alteração por via legislativa, cfr. a bibliografia citada por Maria Grazia Coppetta, in Claudia Cesari, *Il Minorenne Fonti di Prova nel Processo Penal*, cit., pág. 131, nota 33.

<sup>93</sup> Cfr. *supra* nota 86.

Entre nós, o artigo 271.º do CPP não prevê a produção antecipada da prova relativamente a menores vítimas de crime de maus tratos (artigo 152.º-A do Código Penal), ou de ofensa à integridade física qualificada (artigo 145.º do Código Penal).

Mas, parafraseando o Acórdão Pupino, o órgão jurisdicional português tinha e tem a possibilidade de autorizar que crianças de tenra idade que, como naquele processo, aleguem ter sido vítimas de maus tratos, prestem o seu depoimento segundo modalidades especiais que permitam assegurar a estas crianças um nível adequado de protecção, por exemplo sem ser na audiência pública e antes da sua realização, mediante recurso ao mecanismo das declarações para memória futura, ao abrigo do disposto nos artigos 1.º, n.º 3, 26.º, n.ºs 1 e 2 e 28.º, n.º2, todos da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho (Lei de protecção de testemunhas)<sup>94</sup>.

Noutras situações, porém, já não será possível “*proteger as vítimas dos efeitos do seu depoimento em audiência pública*” (artigo 8.º, n.4 da citada Decisão Quadro 2001/220/JAI), mediante o recurso ao mecanismo das declarações para memória futura.

Por isso, como justamente salienta Pinto de Albuquerque, “Portugal ainda só cumpriu parcialmente as suas obrigações internacionais e, designadamente, não cumpriu as resultantes da Decisão-Quadro 2001/220 e da Convenção das Nações Unidas contra a corrupção no tocante à protecção das testemunhas e das vítimas. Por isso mostra-se insuficiente o alargamento do âmbito do

---

<sup>94</sup> Como o Tribunal de Justiça afirmou, “A decisão-quadro não define quais as vítimas que são particularmente vulneráveis na acepção dos artigos 2.º, n.º 2, e 8.º, n.º 4. Porém, independentemente da questão de saber se a circunstância de a vítima de uma infracção penal ser menor é suficiente, em geral, para a qualificar como particularmente vulnerável na acepção da decisão-quadro, é incontestável que quando, como no processo principal, crianças de tenra idade aleguem ter sido vítimas de maus tratos, para cúmulo por parte de uma educadora de infância, essas crianças devem ser qualificadas como tal, considerando nomeadamente a sua idade, bem como a natureza e as consequências das infracções de que alegam ter sido vítimas, com vista a beneficiar da protecção específica exigida pelas referidas disposições da decisão-quadro” (n.º53).

artigo 271, mesmo se conjugado com o regime de protecção das testemunhas aprovado em 1999”<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 686. No mesmo sentido cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, “Os princípios estruturantes do processo penal português-que futuro?”, in *Escola de Direito da Universidade do Minho, Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por Ocasão dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Mário Ferreira Monte (dir), Coimbra Editora, 2009, pág. 435. A situação portuguesa não constitui, porém, caso isolado no panorama comunitário. Veja-se, com muito interesse, M.S. Groenhuijsen and A. Pemberton, “The EU Framework Decision for Victims of Crime: Does Hard Law Make a Difference?”, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 17 (2009), págs. 43-59 e o relatório da APAV produzido no âmbito do Project Victims in Europe, intitulado *The Implementation of the E.U. framework Decision on the standing of victims in the criminal proceedings in the Member States of the European Union*, Lisboa, 2009, disponível em [www.apav.pt](http://www.apav.pt).

Aliás, o “RELATÓRIO DA COMISSÃO nos termos do artigo 18.º da Decisão-Quadro do Conselho, de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal (2001/220/JAI)” [SEC (2009) 476] Bruxelas, 20.4.2009, COM (2009) 166 final, concluiu que “A transposição da decisão-quadro em apreço não é satisfatória.”

Como ali se assinalou: “Nenhum dos Estados-Membros transpôs a decisão-quadro num único diploma legislativo. Todos recorreram a disposições já vigentes e muitos remeteram para as disposições dos respectivos Códigos de Processo Penal para efeitos de transposição. Poucos Estados-Membros adoptaram legislação nova relativa a um ou mais artigos. Muitos Estados-Membros apresentaram códigos não vinculativos, instruções e cartas, em lugar de legislação. Vários Estados-Membros transpuseram o disposto na decisão-quadro de forma retalhada, conduzindo à sobreposição com diversas disposições nacionais vigentes ou recentemente adoptadas.”(pág. 3).

A Comissão propôs, entretanto, a adopção de uma nova directiva que tem como objectivo garantir às vítimas da criminalidade o mesmo nível de protecção, de apoio e de acesso à justiça em todos os países da União Europeia [Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à protecção das vítimas da criminalidade Bruxelas, 18.5.2011, COM (2011) 275 final, 2011/0129 (COD)]. Esta directiva substituirá a Decisão-Quadro 2001/220/JAI relativa ao estatuto da vítima em processos penais, estando incluída num conjunto de medidas cujo objectivo é reforçar os direitos das vítimas.

Curiosamente, conforme foi muito justamente salientado no douto Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 22-5-2007, proc.º n.º 85/07-5, rel. Nuno Gomes da Silva, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), a Decisão-Quadro 2001/220/JAI teve por

---

base uma “Iniciativa da República Portuguesa” (cfr ainda os “Actos Preparatórios”, 2000/C243/02, no JO de 2000.08.24).

Este douto aresto afirmou pela primeira vez a inconstitucionalidade do art. 131.º do CPP quando interpretado no sentido de declarar incapaz para testemunhar uma pessoa que tenha num processo a condição de vítima ou ofendido de um crime se essa pessoa estiver interdita por anomalia psíquica, por violação dos artigos 1.º, 13.º e 20.º, n.º1 da CRP.

Esta orientação, depois seguida pelos Acs da Rel. de Lisboa de 23-11-2010, proc.º n.º 5221/06.0TACSC.L1-5, rel. Paulo Barreto e da Rel. de Coimbra de 20-12-2011, proc.º n.º 771/08.6PCCBR.C1, rel. Paulo Guerra (este último admitindo a hipótese de alargar o âmbito da inconstitucionalidade da norma “para além de ofendidos ou vítimas (pelo menos, em sentido criminal)”, quando estejam em causa “testemunhas oculares ou físicas de uma determinada ocorrência criminal”), todos disponíveis in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), veio a ser sufragada pelo Tribunal Constitucional por via do seu Ac. n.º 359/2011, de 12-7-2011 (in *Diário da República* n.º 190, Série II, de 3-10-2011) que decidiu “Julgar inconstitucional a norma constante do artigo 131.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, aplicável por remissão do artigo 145.º, n.º 3, do mesmo Código, quando interpretada no sentido de determinar a incapacidade para prestar declarações em audiência de julgamento da pessoa que, tendo no processo a condição de ofendido, constituído assistente, está interdita por anomalia psíquica.”



## V - Procedimento (tramitação processual da prova antecipada)

### 1. Impulso processual

Quer na fase da instrução (artigo 294.º), quer na fase do julgamento (art. 320.º), isto é, em fases processuais dirigidas por um juiz, a lei consente que a realização de declarações para memória futura seja determinada oficiosamente ou a requerimento.

Já na fase do inquérito, como é sabido, a intervenção do juiz de instrução é necessariamente provocada<sup>96</sup>.

Por isso, na fase de inquérito a produção antecipada de prova está dependente do princípio do pedido<sup>97</sup>. Sem que tal lhe seja expressamente requerido, o juiz não pode, oficiosamente, determinar a realização de declarações para memória futura<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> Cfr., v.g., Maria João Antunes, “O Segredo de Justiça e o Direito de Defesa do Arguido Sujeito a Medida de Coacção”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, pág. 1265, Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, vol. III, 2ªed., reimp., Lisboa/ S. Paulo, 2006, Verbo, pág. 157.

<sup>97</sup> Cfr., v.g., Paulo Dá Mesquita, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra Editora, 2003, pág. 174, Joaquim Malafaia, “O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos actos de instrução e nas declarações para memória futura”, cit., pág. 519 e 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., pág. 106.

<sup>98</sup> Assim também no direito italiano, em consonância com a regra constante do artigo 190.º do CPPI: “Le prove sono ammesse à richiesta di parte.”

## 2. Legitimidade

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

- Ministério Público;
- arguido;
- assistente;
- partes civis.

Consequentemente, o simples ofendido não constituído assistente e que também não deduziu pedido de indemnização civil<sup>99</sup>, bem como o simples suspeito<sup>100</sup>, carecem de legitimidade para requerer a antecipação da prova.

Como bem salienta Damião da Cunha, ironizando com a circunstância de a discussão sobre o risco de frustrar a descoberta da verdade material estar sempre unilateralmente ligada à perda de

---

<sup>99</sup> Na legislação italiana o incidente probatório apenas pode ser requerido pelo Ministério Público e pelo arguido (“persona sottoposta alle indagini”). Ao ofendido (“persona ofesa”) apenas é reconhecida a faculdade de solicitar ao MP que requeira o incidente. Neste caso, a recusa do Ministério Público deve ser objecto de despacho fundamentado (“decreto motivato”), o qual deve ser notificado ao ofendido (artigo 394º).

No âmbito de um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal de Florença em 25-10-2010, o Tribunal de Justiça da União Europeia (2ª secção), por acórdão de 21-12-2011, proc.º C-507/10, relatado pelo juiz português Dr. Cunha Rodrigues, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>, declarou que: “Os artigos 2.º, 3.º e 8.º, n.º 4, da Decisão-quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal, devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a disposições nacionais como as dos artigos 392.º, n.º 1, 398.º, n.º 5-A, e 394.º do CPP, que, por um lado, não prevêm a obrigação de o Ministério Público solicitar ao órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se que permita que uma vítima particularmente vulnerável seja ouvida e preste depoimento segundo as modalidades do incidente probatório na fase de instrução do processo penal e, por outro, não autorizam a referida vítima a interpor recurso para o tribunal da decisão do Ministério Público que indefere o seu pedido no sentido de ser ouvida e de prestar depoimento segundo as referidas modalidades.”

<sup>100</sup> Veja-se a propósito o Ac. da Rel. do Porto de 12-10-2005, proc.º n.º 0544648, rel. Pinto Monteiro, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

contributo probatório para quem apresenta a acusação: «o risco de perda de contributo probatório não está só do lado do Ministério Público, ele também existe do lado do arguido, pelo que um e outro sujeito processual devem ter ao seu dispor os mesmos mecanismos de garantia e conservação da prova. A questão é exactamente que, quer um quer outro, deverão estar numa posição de paridade na descoberta da ‘verdade material’»<sup>101</sup>.

Não obstante a aludida posição de paridade, é forçoso reconhecer que na esmagadora maioria das situações as declarações para memória futura são requeridas pelo Ministério Público.

Por outras palavras, por parte do arguido, só muito raramente é exercido o direito à prova antecipada...

E compreende-se que assim seja. Fora do contexto excepcional previsto na primeira parte do n.º 1 do artigo 271.º, no âmbito dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, bem como do crime de tráfico de pessoas, o arguido teme que se requerer a antecipação da prova logo em inquérito esteja já, de algum modo, a antecipar ou a comprometer a sua estratégia de defesa, dando-a a conhecer ao Ministério Público, receando que este possa então

---

<sup>101</sup> “O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP), cit, pág. 443.

Como ensinava Alberto dos Reis, no âmbito do processo civil, “o *periculum in mora*, que se pretende conjurar, tanto pode afectar o autor, como o réu; e tão legítimo é o interesse deste em se precaver contra tal perigo, como o interesse daquele” (*Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, 3ªed., cit., pág. 339).

Na doutrina italiana, Luisella de Cataldo Neuburger, “L’Ascolto del Minore. Norma, Giurisprudenza e Prassi”, in Guglielmo Gulotta e Antonietta Curci, *Mente, Società e Diritto*, Milano, 2010, Giuffrè, pág 164, salienta que o incidente probatório também “costituisce uno strumento anche a garanzia della difesa perchè si realizza in un ambiente processuale che tende a riprodurre i meccanismi dialettici del dibattito.” Também no campo específico dos crimes sexuais com vítimas menores Alessia Micoli e David Monti, *La Tutela Penale della Vittima Minore, Aspetti Sostanziali e Processuali*, cit., pág. 333, destacam que “L’indicazione della sede dell’incidente probatório, como quelle migliore per acquisire le dichiarazioni del testimone a suo carico, ‘as soon as possible’, è una garanzia anche per l’accusato e la migliore tutela del suo diritto di prove a discarico in processi d’indubbia delicatezza.”

aprofundar determinados aspectos do inquérito ou direccionar a investigação num outro sentido.

### 3. A lei da violência doméstica

Neste domínio da legitimidade importa chamar a atenção para um problema suscitado pela Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro (“Estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à protecção e à assistência das suas vítimas e revoga a Lei n.º 107/99, de 3 de Agosto, e o Decreto-Lei n.º 323/2000, de 19 de Dezembro”).

Aproveitaremos igualmente o ensejo para aludir a duas outras questões que a mesma Lei suscita<sup>102</sup>.

No âmbito do crime de violência doméstica o artigo 33.º prevê um *regime formalmente autónomo*<sup>103</sup> para a prestação de declarações para memória futura.

Vimos que no regime geral constante do artigo 271.º do CPP a vítima apenas dispunha de legitimidade para requerer a produção de declarações para memória futura se revestisse a qualidade de assistente ou de parte civil.

Diferentemente, o n.º1 do artigo 33.º da citada Lei n.º 112/2009 estatui que “O juiz, a requerimento da vítima ou do Ministério Público, pode proceder à inquirição daquela no decurso do inquérito, a fim de que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento.”

O citado n.º1 do artigo 33.º atribui, deste modo, legitimidade à *vítima*, mesmo que não constituída assistente ou parte civil.

---

<sup>102</sup> A propósito da questão da notificação dos “advogados constituídos no processo”, cfr. *infra* nota 149.

<sup>103</sup> A expressão é da autoria do Ac. da Rel. de Lisboa de de 11-1-2012, proc. n.º 689/11.5PBPD, 3ª Secção, rel. Carlos Almeida, cujo texto integral se encontra disponível em [www.pgdlisboa.pt](http://www.pgdlisboa.pt).

O objectivo perseguido pelo legislador foi, claramente, o de reforçar a tutela judicial da vítima, consagrando um direito que visa uma protecção célere e eficaz [artigo 3º, alínea a)] e assegurando-lhe uma protecção jurisdicional igualmente célere e eficaz [artigo 3º, alínea h)].

Está em causa o propósito de proteger a vítima, prevenindo a vitimização secundária e a sujeição a pressões desnecessárias.

Como se referiu na longa exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 248/X/4ª que esteve na base da citada Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro: “Sendo a prevenção da vitimização secundária um aspecto axial das políticas hodiernas de protecção da vítima, estabelece-se, sempre que tal se justifique, a possibilidade de inquirição da vítima no decurso do inquérito a fim de que o depoimento seja tomado em conta no julgamento, ou ainda, no caso da vítima se encontrar impossibilitada de comparecer em audiência, a possibilidade de o tribunal ordenar, oficiosamente, ou a requerimento, que lhe sejam tomadas declarações no lugar em que se encontra, em dia e hora que lhe comunicará”<sup>104</sup>.

Neste domínio das declarações para memória futura, o propósito da lei de violência doméstica terá sido o de consagrar a possibilidade de inquirição antecipada da vítima de violência doméstica, conferindo-lhe a este nível um estatuto equivalente ao das vítimas de crimes de tráfico de pessoas ou de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual (art. 271.º, n.º1), reforçado ao nível da legitimidade para requerer a produção antecipada de prova<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> *Diário da Assembleia da República*, II série A, n.º 58/X/4, de 22-1-2009, págs. 30-53.

<sup>105</sup> A redacção do n.º 1 do citado artigo 33º não deixa margem para dúvidas sobre o carácter não obrigatório da tomada de declarações para memória futura (“*O juiz... pode...*”) Curiosamente, o n.º 3 daquele preceito reproduz quase *ipsis verbis* o disposto no n.º 4 do artigo 271º, aplicável aos casos previstas no n.º2 deste último preceito, em que se consagra a obrigatoriedade daquelas declarações.

Sobre o critério que deve nortear o juiz na admissão ou rejeição da prova antecipada em matéria de violência doméstica, veja-se o recente Ac. da Rel. de Lisboa de 11-1-2012, proc. n.º 689/11.5BPDL, 3ª Secção, rel. Carlos

Por isso que também quanto à vítima de violência doméstica se deva entender que a sua inquirição antecipada é admissível mesmo que não seja previsível o impedimento de comparência em julgamento.

Mas, se o citado n.º1 do artigo 33.º, no confronto com o regime geral constante do artigo 271.º do CPP, reforçou a tutela da vítima atribuindo-lhe legitimidade para requerer a produção de declarações para memória futura, mesmo que não constituída assistente ou parte civil, simultaneamente restringiu o âmbito das entidades com legitimidade para requererem a produção antecipada de prova, retirando-a ao arguido, e ao assistente e às partes civis que não assumam a qualidade de vítima.

A segunda nota que importa consignar respeita ao facto de à semelhança do que sucede no Código de Processo Penal relativamente aos crimes de tráfico de pessoas ou contra a liberdade ou autodeterminação sexual, também no âmbito da violência doméstica as testemunhas que não assumam a qualidade de vítima [definida na alínea a) do artigo 2º da citada Lei n.º 112/2009] só poderão ser inquiridas antecipadamente por aplicação do regime geral previsto na primeira parte do n.º1 do artigo 271.º do CPP, isto é, em caso de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro que

---

Almeida, cujo texto integral se encontra disponível em [www.pgdlisboa.pt](http://www.pgdlisboa.pt), assim sumariado:

“XI. Admitindo o artigo 33.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, que a vítima de violência doméstica possa prestar declarações para memória futura e não se estabelecendo a obrigatoriedade da prática desse acto, importa procurar na lei um critério que permita determinar os casos em que ele deve ter lugar.

XII. A nosso ver, esse critério há-de resultar de uma ponderação entre o interesse da vítima de não ser inquirida senão na medida do estritamente indispensável à consecução das finalidades do processo e o interesse da comunidade na descoberta da verdade e na realização da justiça.

XIII. Seja como for, a decisão sobre a tomada de declarações para memória futura não pode ser vista como um meio de evitar ou de propiciar que a vítima exerça o direito que o Código lhe atribui [artigo 134.º, n.º1, alínea a)] de se recusar a depor. Ela tem esse direito em qualquer momento em que deva depor.”

previsivelmente as impeçam de ser ouvidas em julgamento ou no quadro da Lei de Protecção de Testemunhas<sup>106</sup>.

Por último, a redacção do artigo 33.º da citada Lei n.º 112/2009 suscita ainda um outro problema.

No Código de Processo Penal as declarações para memória futura prestadas na fase da instrução são reguladas pelo artigo 294º que remete expressamente para o artigo 271.º (“*nos termos e finalidades referidas no artigo 271.º*”).

Ora, o n.º1 do citado artigo 33.º apenas alude a declarações para memória futura “*no decurso do inquérito*”(n.º1).

E não existe na Lei n.º 112/2009 qualquer preceito respeitante à instrução nem qualquer remissão para o artigo 294º.

Conclui-se, deste modo, que em sede de instrução não está expressamente prevista a inquirição antecipada da vítima de violência doméstica, fora do circunstancialismo previsto na 1ª parte do n.º1 do artigo 271.º ou da lei de protecção de testemunhas.

Neste domínio, uma vez que nos encontramos perante uma norma excepcional, não há lugar à aplicação analógica<sup>107</sup>.

Pode questionar-se a razão lógica para que, em sede de instrução, sendo necessário tomar declarações à vítima de violência doméstica, esteja excluído o recurso às declarações para memória futura fora do circunstancialismo previsto na primeira parte do n.º1 do artigo 271.º do CPP, isto é, em caso de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro que previsivelmente a impeça de ser ouvida em julgamento, ou fora do quadro da lei de protecção de testemunhas.

Foi essa, porém, a opção do legislador.

---

<sup>106</sup> Cfr. artigos 1º, n.º 3, 26.º, n.ºs 1 e 2 e 28.º, n.º2, todos da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho.

<sup>107</sup> Cfr supra II e nota 20.

## 4. Requerimento

### 4.1. Requisitos

Vimos que, sem prejuízo dos poderes oficiosos conferidos ao juiz nas fases de instrução e de julgamento, a produção antecipada de prova está dependente da apresentação de um requerimento por quem tem legitimidade para o efeito.

O Código de Processo Penal português é, porém, omissivo quanto aos requisitos desse requerimento.

Nos termos do n.º1 do artigo 521.º do Código de Processo Civil “o requerente da prova antecipada justificará sumariamente a necessidade de antecipação, mencionará com precisão os factos sobre que há-de recair e identificará as pessoas que hão-de ser ouvidas, quando se trate de depoimento de parte ou de testemunhas.”

Quanto à necessidade de o requerimento mencionar os factos sobre os quais deve recair a produção antecipada de prova já se decidiu<sup>108</sup> que “não é aplicável subsidiariamente (artº 4.º CPP) o Código de Processo Civil, - artº 520.º e 521.º CPC - que aí prevê (no nº1 do artº 521.º CPC) que o requerente da produção antecipada de prova “mencionará com precisão os factos sobre que há-de recair ...”

O afastamento da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil foi fundada em três ordens de razão, a saber:

- “o CPP regula especificamente a situação e tem norma expressa sobre essa matéria (artº 271.º CPP),”
- “a matéria regulada pelo CPC tem em conta que se trata de direitos disponíveis apenas submetidos a juízo por vontade das partes,”
- “e sobre elas incide não apenas o ónus probatório, mas também de alegação dos factos (artº 664.º CPC), e a inquirição em julgamento de qualquer depoente é sobre os factos indicados pelo apresentante

---

<sup>108</sup> Ac. da Rel. do Porto de 29-6-2011, proc.º n.º 13391/08.6TDPRT.-AP1, rel. José Carreto, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).



(artº 638.º CPC) Daqui o se vê que a regulação do CPC não se adequa á lei processual penal, em que a averiguação dos factos tem por base o crime imputado, em que o juiz no decurso do depoimento ajuizará dos factos pertinentes e cuja averiguação lhe cabe não estando na disponibilidade das partes.”

Temos, porém, sérias dificuldades em acompanhar esta argumentação.

É certo que a matéria da prova antecipada foi regulada especificamente pelo Código de Processo Penal (artº 271.º).

Assim, quanto ao objecto da prova antecipada, isto é quanto ao tipo de actos processuais para memória futura que é lícito realizar, quanto aos fundamentos da antecipação, quanto à legitimidade para requerer a antecipação da prova e à estrutura da diligência, afigura-se-nos líquido não ser possível o recurso à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil por tal matéria ter sido expressamente regulada no Código de Processo Penal.

Mas, já o mesmo não sucede quanto aos requisitos do requerimento de prova antecipada, os quais, tal como regulados no CPC nada têm a ver com a natureza disponível dos direitos em causa<sup>109</sup> como, de

---

<sup>109</sup> Não obstante as diferenças estruturais e funcionais existentes entre o processo penal e o processo civil (cfr. desenvolvidamente, Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, 1ºvol, Coimbra Editora, 1974, págs. 56-68), importa não esquecer que também o processo civil é um instrumento de direito público (cfr. Antunes Varela, *Manual de Processo Civil*, cit., pág 8 a 10). As partes não podem dispor do processo. Mesmo quando é regido pelo princípio do dispositivo o poder de disposição das partes apenas incide sobre o objecto do processo. E é a circunstância de serem ambos “processos inteiramente jurisdicionalizados, em que se trata da comprovação de certos factos e da declaração das consequências jurídicas correspondentes” e de o processo civil “ser aquele que se encontra regulado de forma mais minuciosa” (Figueiredo Dias, *Idem*, págs. 55-56), por ter sido “neste ramo de processo que a doutrina conseguiu primeiramente uma elaboração científica mais perfeita” (Cavaleiro de Ferreira, *Curso de Processo Penal*, vol. I, Lisboa, 1955, pág. 21) que explica que “a doutrina recorra com muita frequência aos ensinamentos da dogmática processual civilística e nas legislações o direito processual civil seja em regra subsidiário dos demais ramos do processo” (Germano Marques da

resto, uma simples mirada pelo direito comparado logo deixa entrever.

Por outro lado, não se vislumbra qualquer inadequação da regulamentação do Código de Processo Civil à lei processual penal.

É até de salientar que as exigências contidas naquele Código foram aplicadas entre nós durante mais de meio século, durante a vigência do Código de Processo Penal de 1929, e constam hoje, expressamente, de diversos e modernos Códigos de Processo Penal de estrutura acusatória.

A lei alude à existência de um requerimento. Como vimos, em sede de inquérito tal requerimento é até imprescindível à realização da prova antecipada.

O requerimento de produção antecipada de prova, como de resto qualquer outro requerimento, deve conter as indicações indispensáveis para que o juiz possa, motivadamente, acolhê-lo ou rejeitá-lo.

Ora, aquelas exigências constantes do Código de Processo Civil assumem nitidamente carácter instrumental e correspondem a exigências impostas pela mais elementar lógica<sup>110</sup>.

---

Silva, *Curso de Processo Penal*, vol. I, 4ªed. 2000, Lisboa/S.Paulo, Verbo, pág. 30), que ele funcione “como uma espécie de lei subsidiária relativamente ao processo penal” (Figueiredo Dias, *Idem*, pág. 56), como resultava do § único do artigo 1º do CPP de 1929 e hoje resulta do artigo 4.º.

<sup>110</sup> Também o artigo 134.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, com a epígrafe de “Produção antecipada de prova” [também aplicável ao processo judicial tributário – artigos 97.º, n.º1 al. l) e 146.º, n.º1, ambos do Código de Procedimento e de Processo Tributário, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 433/99, de 26 de Outubro] se inspirou, manifestamente, no teor do artigo 521.º do CPC quando refere, expressamente, no seu n.º 2, que “O requerimento, a apresentar com tantos duplicados quantas as pessoas a citar ou notificar, deve justificar sumariamente a necessidade da antecipação de prova, mencionar com precisão os factos sobre que esta hão-de recair, especificar os meios de prova a produzir, identificar as pessoas que hão-de ser ouvidas, se for caso disso, e indicar, com a possível concretização, o pedido e os fundamentos da causa a propor, bem como a pessoa ou o órgão em relação aos quais se

Finalmente, o argumento extraído dos diferentes poderes do juiz de julgamento penal olvida que no âmbito da tomada de declarações para memória futura os poderes do juiz de instrução são substancialmente distintos dos do juiz de julgamento<sup>111</sup>.

Assim, fazendo apelo à finalidade e fundamentos do instituto, tendo presente o estatuído no citado artigo 521.º - interpretado à luz dos ensinamentos de Alberto dos Reis<sup>112</sup> - e a lição do direito comparado<sup>113</sup>, sempre se dirá que, no seu requerimento, o requerente de prova antecipada deve procurar:

- indicar a prova a produzir, identificando as pessoas que devem ser ouvidas<sup>114</sup> e indicar em que condição o deverão ser;
- mencionar os factos sobre os quais deve recair a produção antecipada de prova (em regra por referência ao auto de notícia, ou à acusação pública ou particular, caso já tenham sido deduzidas)<sup>115</sup> e as razões da sua importância para a decisão da causa<sup>116</sup>;

---

pretende fazer uso da prova.” Esta disposição “(...) é aplicável, com as necessárias adaptações, aos pedidos de antecipação de prova em processo já intentado”(n.º6).

<sup>111</sup> Cfr. *infra* VI - 2.2 .

<sup>112</sup> *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, 3ªed., cit., págs 336-337.

<sup>113</sup> Cfr., v.g., o art. 393.º do CPP italiano e o art. 243.º, n.º2, do Código de Processo Penal Peruano de 2004.

<sup>114</sup> Se a pessoa ainda não estiver identificada no processo o requerente há-de identificá-la, indicando o nome, profissão e quaisquer outras circunstâncias necessárias para estabelecer a sua identidade.

<sup>115</sup> Nos casos em que as declarações para memória futura são requeridas antes de deduzida a acusação Joaquim Malafaia, “O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos actos de instrução e nas declarações para memória futura”, cit, pág. 537, vai ao ponto de exigir, o que nos parece manifestamente excessivo, que “o Ministério Público tem de definir o objecto do processo fazendo uma delimitação do mesmo e uma espécie de acusação para que o juiz possa conduzir a inquirição da pessoa cujo depoimento se pretende recolher sem que possa haver confusão de qualquer espécie entre quem faz o quê, isto é quem acusa e quem julga, sabendo-se que um não pode ser o outro.”

<sup>116</sup> Como bem sublinha Katia La Regina, “Incidente Probatório”, in Giorgio Spangher, *Trattato di Procedura Penal - Indagini preliminari e udienza preliminar*, vol. 3, cit., pág. 612, “La rilevanza della prove, in fine, è collegata alla fase dibattimentale. Ciò significa che la prova da assumere deve servir ‘per da decisione’ ed essere pertinente.” No mesmo sentido, Mário Conte, Maurizio Gemeli, Fábio Licata, *Le Prove Penali*, cit., pág 509: “La prova deve rivestire

- indicar as razões por que se mostra relevante a audição de tais pessoas (v.g. por haverem presenciado os factos, por neles terem participado, etc.);
- justificar sumariamente a necessidade da antecipação, nos casos previstos no n.º1 do artigo 271.º

## 4.2 A justificação sumária da necessidade da antecipação

Segundo o nosso maior processualista, que alguns em vão tentaram “matar”<sup>117</sup>, “a justificação sumária da necessidade da antecipação deve consistir na alegação de factos e circunstâncias conducentes a mostrar que há justo receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a produção em audiência, da prova cuja antecipação se pretende obter”<sup>118</sup>.

Quer dizer, o requerente tem de convencer o juiz de instrução que se verifica a ocorrência prevista na primeira parte do n.º1 do artigo 271.º

Alberto dos Reis chamava muito justamente a atenção para a grande afinidade entre a produção antecipada de prova e as chamadas providências cautelares. Também na produção antecipada de prova o fundamento é o *periculum in mora*. “O perigo consiste aqui em desaparecer ou tornar muito difícil a produção de determinado meio

---

plausibili e significativo aspetti di rilevanza ai fini della decisione dibattimentale” e, perante o processo civil espanhol, v.g., Antonio Dorado Picón, Vicente-Carlos Guzmán Flujá, Domingo Dorado Picón e Rosa Maria Tomé Garcia, *Manual práctico de procedimientos civiles*, 2010, Editorial El Derecho y Quan, págs. 64 e 66: “Igualmente se deberá acreditar que la prueba es útil y pertinente.”

<sup>117</sup> Cfr. José Miguel Júdece e João Correia, “Morra Alberto dos Reis”, comunicação apresentada no Congresso da Justiça, em 2003, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 64 (2004), vol. I/II, Nov.2004, também disponível in [www.oa.pt](http://www.oa.pt).

<sup>118</sup> Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, 3ªed., cit., pág. 336.

de prova, se houver de esperar-se pela fase normal da instrução do processo”<sup>119</sup>.

Em caso de vítimas de crimes de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual, em que a tomada de declarações para memória futura não é obrigatória, o requerente deverá acentuar a necessidade de protecção das vítimas<sup>120</sup>.

Tratando-se de menores vítimas de crimes do catálogo (n.º 2 do artigo 271.º), não há lugar à justificação sumária da necessidade de antecipação da prova. Atendendo à natureza dos crimes em questão,

---

<sup>119</sup> *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, 3ªed., cit., pág. 336. Cfr., no mesmo sentido, Jacinto Fernando Rodrigues Bastos, *Notas ao Código de Processo Civil*, vol. III, 3ª ed., cit., págs. 83-84, Lebre de Freitas, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 2º, cit., pág. 414, e, na doutrina espanhola, M.I.Huertas Martín, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Barcelona, 1999, Bosch, pág. 84.

Na jurisprudência portuguesa vejam-se, v.g., os acs. da Rel. do Porto de 1-2-2006, proc.º n.º 0515949, rel. Jorge França e da Rel. de Coimbra de 16-10-2007, proc.º n.º 211/07.8TB SLV-E.C1, rel. Carvalho Martins, ambos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Como justamente se destaca no sumário do Ac. da Rel. de Coimbra de 9-11-1999, proc.º n.º 2794-99, rel. António Geraldês, constante da mesma base de dados, “A diferença fundamental entre a produção antecipada de prova e os procedimentos cautelares está na ausência da provisoriedade, uma vez que a prova antecipadamente recolhida terá o mesmo valor da produzida na fase processual apropriada.” Do mesmo modo se tem pronunciado a jurisprudência espanhola face à Ley de Enjuiciamiento civil, cfr. v.g., Antonio Dorado Picón, Vicente-Carlos Guzmán Flujá, Domingo Dorado Picón e Rosa Maria Tomé Garcia, *Manual práctico de procedimientos civiles*, cit., pág. 66.

Sobre o *periculum in mora* no âmbito da produção antecipada de prova no campo do processo civil veja-se o interessante Ac. da Rel. de Coimbra de 6-11-200, proc.º n.º 1439/07.6TB FIG.CL, rel. Távora Vítor, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) assim sumariado: “1. A produção antecipada de prova tem a sua razão de ser no receio de que a mesma possa tornar-se impossível ou muito difícil, caso não seja produzida de imediato. 2. Tal receio tem de apresentar-se com foros de seriedade, apontando para um perigo efectivo e palpável e não ser apenas uma mera possibilidade. 3. A forma de aquilatar de tal perigosidade são os seus indícios patentes e as regras de senso comum, baseadas no conhecimento da vida e das expectativas procedimentais, tendo em linha de conta as peculiaridades de cada caso concreto.”

<sup>120</sup> Cfr. *infra* VI- 6.

à posição do declarante (vítima) e às suas características pessoais (idade inferior a 18 anos) a lei presume *juris et de jure* a necessidade da antecipação da prova, tornando-a obrigatória<sup>121</sup>.

### 4.3 Inobservância dos requisitos

No direito italiano os requisitos a que deve obedecer o requerimento do incidente probatorio estão previstos no artigo 393º “a pena di inammissibilità” (artigo 393.º, n.º3)<sup>122</sup>.

Pelo contrário, o artigo 271.º do nosso CPP, não prevê qualquer consequência para a inobservância dos requisitos do requerimento.

A única jurisprudência portuguesa disponível já ponderou que “O MºPº ao promover a tomada de declarações para memória futura, podendo fazê-lo, não está obrigado a descrever os factos sobre que há-de incidir esse depoimento, nem o Juiz pode negar tomada de declarações por falta dessa descrição”<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> Cfr. neste sentido, em face do direito italiano, Gianluca D’Aluto, *Violenza in Famiglia-Questioni processuali*, Milano, 2011, Giuffrè, pág. 374: “La considerazione della fragilità del minore, specie se vittima o spettatore di delitti tanto gravi per la serenità del suo sviluppo, ha giustificato il ricorso alla cautela probatoria con una presunzione iuris et de iure di pericolo di dispersione della prova, sganciata dai presupposti ‘tipici’ di indifferibilità ed inquinamento di cui all’art.392, comma 1, lett.a), b), e), f) e g) del codice di procedura penale”. No mesmo sentido, cfr., v.g., Elvira Nadia La Rocca, in Alfredo Gaito (dir), *La Prova Penale*, vol. I, cit., pág. 231 e Mastrogiovanni, “Le nuove norme per l’assunzione anticipata della prova”, in AAVV, *Le innovazioni in tema di formazione della prova nel processo penal*, Milano, 1998, Giuffrè, pág. 37.

<sup>122</sup> Sobre a polémica doutrinal italiana quanto ao conteúdo mínimo do requerimento cfr., v.g., Rossela Fonti, *L’inammissibilità degli atti processuali penali*, Padova, 2008, Cedam, pág. 55, nota 62.

<sup>123</sup> Ac. da Rel. do Porto de 29-6-2011, proc.º n.º 13391/08.6TDPRT.-AP1, rel. José Carreto, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Quanto à falta de descrição dos factos aquela jurisprudência negou a aplicação subsidiária do CPP, com argumentação que já procurámos refutar<sup>124</sup>.

Apenas se referirá que também a este respeito dos requisitos do requerimento de antecipação de prova, por estar em causa o direito à prova, o juiz não deve ser especialmente exigente na sua apreciação.

Mas não está excluído o indeferimento liminar em casos em que falte em absoluto a indicação do tipo de prova a produzir, ou a identificação das pessoas que devem ser ouvidas ou a a justificação sumária da necessidade da antecipação, em caso de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro.

Nas outras situações, isto é, de falta de indicação dos factos sobre os quais deve recair a produção antecipada de prova, das razões da sua importância para a decisão da causa ou das razões por que se mostra relevante a audição de tais pessoas, bem como no caso de insuficiência de alegação destes e dos demais requisitos não está igualmente excluído que o juiz convide o requerente a suprir ou completar os elementos em falta e que em caso de inobservância do convite seja proferido despacho de indeferimento.

## **5. Procedimento subsequente (prova informatória, contraditório)**

Nos casos de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro, é conveniente que o requerimento seja acompanhado de documento comprovativo do alegado (v.g. atestado médico, cópia de contrato de trabalho no estrangeiro, cópia de bilhete de avião, etc.) ou que sejam arroladas testemunhas a inquirir para a prova sumária da necessidade de antecipação.

---

<sup>124</sup> Convém sublinhar que concordamos inteiramente com o ali decidido e que a nossa divergência é apenas atinente à fundamentação da decisão.

Se o requerente o não fizer, o juiz poderá exigí-los se os julgar convenientes<sup>125</sup>.

Na situação prevista no n.º 2 do artigo 271.º, ou seja, de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, com vítima menor, não há, em regra, prova informatória a produzir porquanto, como vimos, a lei presume *juris et de jure* a necessidade de antecipação, tornando-a obrigatória<sup>126</sup>.

No caso de ser necessária a produção de prova informatória, nem a sua admissão, nem a sua produção estão sujeitas a contraditório.

A este respeito mantém plena actualidade a lição de Alberto dos Reis:

«Já se suscitou esta dúvida: se a pessoa ou pessoas contra as quais se quer utilizar a prova têm de ser notificadas para a inquirição das testemunhas oferecidas em justificação da necessidade da diligência. A questão foi largamente analisada por mim na Rev. de Leg. (79.º, págs. 295 a 297), em anotação ao acórdão do Sup. Trib. de Just., de 28 de Maio de 1946. Sustentei aí que as testemunhas informatórias devem ser inquiridas sem intervenção da parte contrária; A Relação de Lisboa tinha julgado necessária essa intervenção.

A audiência contraditória é indispensável em relação à diligência que se pretende produzir e utilizar; para que essa diligência possa ser oposta à parte contrária, há-de esta ser notificada para intervir nela. Mas a audiência contraditória

---

<sup>125</sup> Cfr. neste sentido, para o processo civil, Rodrigues Bastos, *Notas ao Código de Processo Civil*, vol. III, cit., pág. 84 e Ac. do STJ de 22-3-1966, *BMJ*, n.º 155, pág. 372 (assim sumariado: “Quando o artigo 521.º do Código de Processo Civil exige que o requerente justifique sumariamente a necessidade de antecipação da diligência, isso significa que aquele apenas tem de expor com precisão ou alegar os factos e as razões de direito que servem de fundamento ao seu pedido, não sendo obrigatória a observância da parte final do artigo 302.º do referido Código, muito embora o juiz possa exigir prova do justo receio se a julgar indispensável”).

<sup>126</sup> No caso de o inquérito não se encontrar devidamente instruído com a certidão de nascimento do menor ou de se suscitarem dúvidas quanto à idade daquele não se exclui a possibilidade de o juiz convidar o requerente (normalmente o Ministério Público) a juntar a certidão em falta.



nem tem razão de ser nem pode admitir-se, no tocante à prova que chamámos informatória, isto é, no tocante à prova destinada a convencer o juiz de que deve deferir o requerimento, porque há justo receio de perda de prova.

Não pode admitir-se, porque é susceptível de comprometer a utilidade da diligência: a parte contrária, advertida da averiguação a que vai proceder-se, pode fazer desaparecer a prova a conseguir.

Não tem razão de ser, porque a prova informatória só tem por fim convencer o juiz de que há motivo para admitir a produção antecipada da diligência requerida»<sup>127</sup>.

Quer a decisão que dispensa a produção de prova informatória quer a que designa dia hora e local para a sua realização não são susceptíveis de recurso.

Em caso de discordância, aquelas questões poderão ser reapreciadas no âmbito do recurso da decisão que admite ou rejeita a realização da prova antecipada.

## **6. Despacho**

Conforme a prova informatória produzida ou, caso a mesma não se revele necessária, logo após a apresentação do requerimento de produção antecipada, deverá ser proferido despacho que rejeite ou admita a produção de declarações para memória futura.

Ao contrário do que sucede no direito italiano<sup>128</sup>, entre nós não está prevista a existência de contraditório na fase de admissão da prova antecipada.

---

<sup>127</sup> *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, 3ªed., cit., pág. 340. Não localizámos outra doutrina ou jurisprudência sobre o assunto.

<sup>128</sup> Em Itália o regime é substancialmente distinto uma vez que apresentado o pedido de incidente probatório se prevê expressamente a notificação daquele requerimento ao Ministério Público e à “persone nei confronti delle quali si procede per il fatti oggetto della prova” (artigo 395.º) os quais podem, para além do mais, deduzir oposição sobre a admissibilidade e sobre a procedência do pedido (artigo 396.º).

Em caso de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro, como sublinhava Alberto dos Reis, “o magistrado não deve ser especialmente exigente na apreciação da prova oferecida: não é necessário que adquira a segurança completa de que existe “*periculum in mora*”: basta que a justificação produzida pelo requerente o habilite a formar um juízo de probabilidade ou de verosimilhança”<sup>129</sup>.

No caso de crimes do catálogo, em que as declarações para memória futura não estão dependentes da previsibilidade do impedimento de comparência em julgamento, importa distinguir os casos previstos no n.º 1 do artigo 271.º dos casos previstos no n.º 2 do mesmo preceito legal.

---

Sobre o contraditório no âmbito do incidente probatório, na fase que antecede a decisão sobre a produção antecipada de prova, cfr., v.g., Aniello Nappi, *Guida al Codice di Procedura Penale*, cit., págs. 374-375, Paolo Tonini, *Lineamenti di diritto processuale penale*, cit. pág. 278 e Vincenzo Garofoli, *Diritto processuale penale*, cit., pág. 301.

Não obstante as severas críticas da doutrina italiana ao contraditório (cartular) previsto no CPPI, este regime inspirou manifestamente o articulado espanhol do Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprovado em Conselho de Ministros em Julho de 2011, disponível in [www.mjusticia.gob.es](http://www.mjusticia.gob.es) [assim redigido: “Artículo 509. Alegaciones de las partes 1. Recibida la petición, el secretario judicial dará traslado de la misma a las partes personadas por un plazo de tres días para que formulen alegaciones sobre la admisibilidad y la procedencia de la solicitud realizada y, en su caso, para que indiquen otros hechos que hayan de constituir su objeto. 2. Los escritos presentados, los documentos aportados y los particulares designados estarán a disposición de todas las partes que podrán examinarlos”].

Curiosamente, em Espanha, face à nova Ley de Enjuiciamiento Civil tem-se notado que por vezes as partes recorrem à prova antecipada em casos em que deveriam antes recorrer a “medidas de aseguramiento de prueba” para evitar que a parte visada a ela se possa opor, uma vez que na prova antecipada ao contrário do que sucede no âmbito daquelas medidas o juiz decide da sua realização sem audiência da parte contrária (cfr., v.g., Antonio Dorado Picón, Vicente-Carlos Guzmán Flujá, Domingo Dorado Picón e Rosa Maria Tomé Garcia, *Manual práctico de procedimientos civiles*, cit., pág. 117).

<sup>129</sup> *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, 3ªed., cit., pág. 341. No mesmo sentido, cfr. Lebre de Freitas, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 2º, cit., pág. 416 e, também no âmbito do processo civil, o Ac. da Rel. do Porto de 19-3-2009, proc.º n.º 59/07.0TBMST-B.P1, rel. Mário Fernandes, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

No caso previsto no n.º 1 do artigo 271.º (vítima de crimes de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual), a tomada de declarações para memória futura não é obrigatória.

Mas, como justamente se salientou no douto Ac. da Rel. do Porto de 19-1-2005<sup>130</sup>, não está aqui em causa um poder arbitrário, mas vinculado ao princípio da legalidade, como, aliás, acontece na generalidade das decisões de carácter jurisdicional. O juiz terá, deste modo, de ponderar o caso concreto, considerando especialmente a protecção das vítimas e a necessidade de preservar a boa administração da justiça.

Já na situação prevista no n.º 2 do artigo 271.º (menores vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual), é obrigatória a tomada de declarações para memória futura. Consequentemente, o juiz limita-se a verificar se a pessoa cuja inquirição ou tomada de declarações vem requerida assume a posição de vítima de um ou mais crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, se era menor à data da prática do crime e se ainda é menor na data provável da sua inquirição. Comprovados estes três requisitos, compete-lhe, naturalmente, designar dia, hora e local para as declarações para memória futura<sup>131</sup>.

Em qualquer das situações, a decisão que rejeitar ou admitir a realização de declarações para memória futura, enquanto acto decisório, deve ser fundamentada, “especificando os motivos de facto e de direito da decisão” (artigo 97.º, n.º5).

A rejeição pode fundamentar-se em razões substantivas:

- falta de verificação dos fundamentos de antecipação previstos na primeira parte do n.º1 do artigo 271.º (doença grave ou deslocação para o estrangeiro);

---

<sup>130</sup> Proc.º n.º 0510063, rel. Fernando Monterroso, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>131</sup> Como referem Alessia Micoli e David Monti, *La Tutela Penale della Vittima Minore, Aspetti Sostanziali e Processuali*, cit., pág. 352: “Il giudice non può sindacare le ragioni per le quali il PM decide di far ricorso, in questi casi, alla procedura d’incidente probatorio e deve accogliere la richiesta stessa.”

- inexistência de *periculum in mora*, no caso de doença grave ou deslocação para o estrangeiro, ou do perigo de vitimização secundária e/ou dispersão probatória, no caso de vítima de crimes de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual;
- falta de indiciação da prática de um crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual;
- em casos de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual (n.º2 do artigo 271.º), maioria da vítima à data da prática do crime ou na data provável da sua inquirição<sup>132</sup>;
- irrelevância ou desnecessidade da prova a produzir, por recair sobre factos manifestamente supérfluos ou irrelevantes<sup>133</sup>.

A rejeição da produção antecipada de prova pode ainda fundar-se em motivos de natureza processual: inadmissibilidade do tipo de prova a produzir, ilegitimidade do requerente ou intempestividade do requerimento<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> Porque os fundamentos da antecipação da prova são alternativos, a circunstância de a previsão do n.º2 do artigo 271 não se mostrar verificada não afasta a possibilidade da antecipação ao abrigo da segunda parte do n.º1 do mesmo normativo legal, desde que comprovados os respectivos fundamentos.

<sup>133</sup> Segundo Paolo di Geronimo, *L'incidente probatorio*, cit., pág. 137: “il rigetto dell'incidente probatorio basato nella irrelevanza o superfluità della prova costituisce un'ipotesi di scuola: difficilmente il giudice addiverrà ad un simile decisione in un stato del procedimento nel quale, non avendo che una conoscenza estemporanea dei fatti e trattandosi di una indagine in fieri, non potrà concretamente valutare la rilevanza della prova ai fini della decisione.”

<sup>134</sup> Conforme a Relação de Coimbra já teve ocasião de salientar no seu Ac. de 15-12-2010, proc.º n.º 343/09.0GBSVV-A.C1, rel. Ribeiro Cardoso, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt): “Encerrado o inquérito com a dedução da acusação e não tendo sido requerida a abertura de instrução, não pode o Ministério Público requerer ao juiz de Instrução a tomada de declarações para memória futura de menor ofendido na prática de um crime de actos sexuais com adolescente p. e p. pelo art. 173º, n.º1 do Código Penal.”

Como bem se salientou na resposta do PGA junto daquele Tribunal “Não tendo sido requeridas na altura própria, ter-se-á, então, de esperar pelas fases processuais subsequentes para efectivar a diligência em causa, ou seja na instrução – se porventura a mesma tiver lugar - ou na fase do julgamento (arts. 294.º e 320.º do CPP).”

A Relação teve o cuidado de referir que: “De resto, as preocupações de protecção da vítima ao trauma de nova vivência dos acontecimentos em

Como a doutrina e a jurisprudência italianas têm sublinhado - e a afirmação é igualmente válida perante o direito português - a rejeição não preclui a possibilidade de um novo pedido em caso de indeferimento do anterior por vícios formais, nem em caso de superveniência de circunstâncias que o autorizem<sup>135</sup>.

Em caso de admissibilidade da produção antecipada de prova o respectivo despacho deverá especificar o objecto da prova a produzir<sup>136</sup>, identificar as pessoas que deverão estar presentes e designar dia, hora e local para a produção da prova<sup>137</sup>.

---

ambiente formal inerente à solenidade da audiência de julgamento não se encontram definitivamente postergadas.”

<sup>135</sup> Cfr., v.g., Aniello Nappi, *Guida al Codice di Procedura Penale*, cit., pág. 380, Luigi Grilli, *Procedura Penale. Guida pratica*, vol. I, Padova, 2009, Cedam, pág. 940, nota 20, Giuseppe Casaccia in Giorgio Lattanzi e Ernesto Lupo, *Código de Procedura Penale-Rassegna di Giurisprudenza e di dottrina (Indagini Preliminari)*, vol. IV, cit., 302 e a jurisprudência citada por Piermaria Corso, *Il Nuovo Codice di Procedura Penale*, Piacenza, 1996, Casa Editrice La Tribuna, pág. 1181.

É esta, também, a solução expressamente prevista no último parágrafo do artigo 293.º do Código de Processo Penal da Costa Rica: “El rechazo de una solicitud de anticipo jurisdiccional de prueba, no impedirá su replanteamiento, si nuevas circunstancias o elementos de prueba así lo señalan.”

<sup>136</sup> Na fase de inquérito, em que a intervenção do juiz de instrução é necessariamente provocada (cfr. *supra* V-1 e notas 96 e 97) o objecto da prova deve conter-se dentro dos limites do pedido. Assim se for requerida a tomada de declarações para memória futura às testemunhas A e B o juiz não poderá determinar que sejam igualmente inquiridas antecipadamente as testemunhas C e D - mesmo que quanto a estas se verifiquem igualmente os requisitos previstos no n.º 1 do artigo 271.º - ou que, alternativa ou cumulativamente, se proceda a uma acareação.

<sup>137</sup> Sobre o conteúdo do despacho que determina a realização da prova antecipada o artigo 244.º, n.º 5, do Código peruano é esclarecedor: “La resolución que dispone la realización de la prueba anticipada especificará el objeto de la prueba, las personas interesadas en su práctica y la fecha de la audiencia, que salvo lo dispuesto en el caso de urgencia, no podrá ser antes del décimo día de la citación. Se citará a todos los sujetos procesales, sin exclusión.”

Também o art. 398.º, 2 do CPP Italiano dispõe que:

“2. Com l’ordinanza che accoglie la richiesta il giudice stabilisce:

- a) l’oggetto della prova nei limiti della richiesta e delle deduzione;

O legislador nacional não previu a possibilidade de, em sede de inquérito, a realização da produção antecipada de prova poder comprometer a investigação em curso, quer por exigir a presença obrigatória do Ministério Público quer, sobretudo, por a prova a produzir poder colidir com o plano de investigação gizado pelo Ministério Público ou pela autoridade de polícia criminal, nem atendeu à circunstância de a realização da prova antecipada poder também colidir com os prazos de inquérito.

É certo que entre nós o problema raramente se colocará, por só muito excepcionalmente a produção antecipada ser requerida por sujeito processual distinto do Ministério Público.

Mas o problema é real e foi concretamente ponderado e solucionado por diversas legislações estrangeiras, que prevêm o adiamento da realização da diligência e a prorrogação do prazo de inquérito.

Assim, o n.º 2 do artigo 244.º do Código de Processo Penal Peruano prevê expressamente que o Ministério Público possa requerer motivadamente o adiamento da diligência requerida quando “su actuación puede perjudicar los actos de investigación inmediatos, indicando com precisión las causas del perjuicio. Asimismo, indicará el termino del aplazamiento solicitado.”

Também o CPP Italiano no seu artigo 397.º (com a epígrafe “Differimento dell’incidente probatorio”) prevê que o adiamento da realização do incidente por forma a possibilitar, a realização de actos de inquérito que de outro modo poderiam ficar prejudicados (“atti di indagine preliminare che l’incidente probatorio pregiudicherebbe”)<sup>138</sup>.

- 
- b) le persone interessate all’assunzione della prova individuate sulla base della richiesta e delle deduzione;
  - c) la data dell’udienza. Tra il provvedimento e la data dell’udienza non può intercorrere un termine superiore a dieci giorni.”

<sup>138</sup> Segundo Ciro Santoriello, *Formulario del processo penale*, tomo 1, Torino, 2006, Utet, pág. 1923, esta norma visa “evitare il rischio che l’incidente probatorio possa esser strumentalmente usato per aprire talessi nel panorama delle indagini e permettere all’indiziato di anticipare e frustare le mosse

O legislador italiano foi inclusivamente ao ponto de prever a prorrogação do prazo de inquérito (artigo 393.º, n.º 4)<sup>139</sup>.

## 7. Recurso

No direito italiano, face ao princípio da taxatividade dos meios de impugnação previsto no artigo 568.º do CPP Italiano, as decisões de deferimento ou indeferimento da realização de declarações para memória futura são irrecorríveis<sup>140</sup>.

---

investigative del pubblico ministero.” Também Luigi Grilli, *Procedura Penale. Guida pratica*, vol. I, Padova, 2009, Cedam pág.936, assinala que “Per intendere la norme si deve considerare che essa è stata dettata per evitare che la richiesta di incidente probatorio costituisce un espediente per prolungare il termini delle indagini, in scadenza.” Sobre alguns outros problemas suscitados por este preceito cfr., v., Katia La Regina, “Incidente Probatorio”, in Giorgio Spangher, *Trattato di Procedura Penal - Indagini preliminari e udienza preliminar*, vol. 3, cit., pág. 620 e seguintes.

<sup>139</sup> Art, 393.º:”4. Il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono chiedere la proroga del termine dell’ indagini preliminari ai fini dell’esecuzione del incidente probatorio. Il giudice provvede con decreto motivato, concedendo la proroga per il tempo indispensabile all’assunzione della prova quando risulta che la richiesta di incidente probatorio non avrebbe potuto essere formulata anteriormente. Nello stesso modo il giudice provvede se il termine per le indagini preliminari scade durante l’esecuzione dell’incidente probatorio. Del provvedimento è data in ogni casi comunicazione al procuratore general presso la corte di appello.”

A jurisprudência italiana tem considerado que o despacho proferido ao abrigo daquele normativo é irrecorrível. Cfr. a jurisprudência citada por Piermaria Corso, *Il Nuovo Codice di Procedura Penale*, cit., pág. 1181.

<sup>140</sup> Conforme constitui jurisprudência unânime e doutrina amplamente maioritária. Veja-se, v.g., a jurisprudência citada por Piermaria Corso, *Il Nuovo Codice di Procedura Penale*, cit., pág. 1120-1121 e, na doutrina, Paolo Tonini, *Lineamenti di diritto processuale penale*, cit., pág. 278, Idem, *Manuale di Procedura Penale*, 10ªed., Milano, 2009, Giuffrè, págs. 503-504, Sílvio Sau, *L’incidente probatorio*, cit., págs. 240 e 246, Giuseppe Casaccia in Giorgio Lattanzi e Ernesto Lupo, *Códice di Procedura Penale-Rassegna di Giurisprudenzia e di dottrina (Indagini Preliminari)*, vol. IV, cit., pág. 311, Aniello Nappi, *Guida al Códice di Procedura Penale*, cit., pág. 380, Rossella Fonti, *L’inammissibilità degli atti processuali penali*, Padova, 2008, Cedam, pág. 157, nota 108, Luigi Grilli, *Procedura Penale. Guida pratica*, vol. I, 2009, Padova, Cedam, pág. 940, nota 20, Giuseppe Biondi, *Il procedimento penale in*

Na América Latina não há uniformidade de regimes.

Assim, enquanto o artigo 293.º do Código Procesal Penal da Costa Rica, prevê expressamente o recurso da decisão que admite ou rejeita a produção antecipada de prova (*anticipo probatorio*)<sup>141</sup>, o artigo 307.º do Código de Procedimiento Penal da Bolívia, de 1999, apenas parece admitir recurso da decisão que rejeita o pedido daquela prova<sup>142</sup>.

Muito curioso é o regime constante do artigo 284.º do Código de Procedimiento Penal da Colombia, de 2004. A decisão que admite a produção antecipada de prova é passível de recurso ordinário. Em caso de rejeição a parte interessada pode “recorrer” (*acudir*) a um outro juiz pedindo-lhe que reconsidere. Desta segunda decisão não há recurso<sup>143</sup>.

---

*Camera di Consiglio*, Milano, 2011, Giuffrè Editore, pág. 332 e Giulio Berri, Antonella Nespola e Guido Berri, *Formulario del processo penale. Commentato con la giurisprudenza*, Milano, 2010, Giuffrè Editore, pág. 1011. Estes últimos autores sublinham mesmo que “L’ordinanza ammissive di incidente probatorio non ha natura decisoria, ma strumentale, in quanto è diretta all’acquisizione di elementi probatorio e non lede in alcun modo il diritto di difesa del indagato, che potrà svolgersi nei tempi e nei modi previsti dalla legge (ibidem).

Elvira Nadia La Roca, in Alfredo Gaito (dir), *La Prova Penale*, vol. I, cit., pág. 568, expressa, porém, algum desconforto com a solução legal, sublinhando a possibilidade de dela derivarem efeitos irreparáveis decorrentes da perda de elementos essenciais à descoberta da verdade e de prejuízo para o direito de defesa.

<sup>141</sup> Artículo 293: “(...) La resolución que acoja o rechace el anticipo será apelable por la defensa, el Ministerio Público y el querellante(...).”

<sup>142</sup> Artículo 307: “(...) Si el juez rechaza el pedido, se podrá acudir directamente al tribunal de apelación, quien deberá resolver dentro de las veinticuatro horas de recibida la solicitud, ordenando la realización del acto, si lo considera admisible, sin recurso ulterior.”

<sup>143</sup> Artículo 284: “(...)

Parágrafo 2º. Contra la decisión de practicar la prueba anticipada proceden los recursos ordinarios. Si se negare, la parte interesada podrá de inmediato y por una sola vez, acudir ante otro juez de control de garantías para que este en el acto reconsidere la medida. Su decisión no será objeto de recurso.”



A lei portuguesa é omissa quanto à possibilidade de recurso da decisão que admite ou rejeita a realização de declarações para memória futura<sup>144</sup>.

Dada a regra da recorribilidade constante do artigo 400.º afigura-se que aquelas decisões são recorríveis<sup>145</sup>.

---

<sup>144</sup> No âmbito do processo civil já se questionou a recorribilidade do despacho que admite a realização da produção antecipada de prova.

O Ac. da Rel Évora 8-5-2008, proc.º n.º 407/08-2, rel. Fernando Bento, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), decidiu a questão nos seguintes moldes:

“Questionam os recorridos a inadmissibilidade do recurso do despacho que defere uma antecipação da produção de prova. Não têm razão. O direito de defesa contra pretensões processuais, como é a de antecipação da produção de prova, manifesta-se através do reconhecimento da oponibilidade a elas de razões formais e de razões substanciais. É esta uma das manifestações do direito ao contraditório previstas na cláusula geral do art. 3.º n.º 1 CPC, concretizando, aliás, o princípio da igualdade das partes previsto no art. 3.º-A do mesmo diploma. Uma das razões formais susceptíveis de ser invocada contra a produção de prova antecipada prende-se com a verificação do respectivo pressuposto. Com efeito, o momento normal definido pelo rito processual para o oferecimento das provas é o definido pelo art. 512.º n.º 1 CPC (salva a prova por documentos que deve ser apresentada com os articulados - art. 523.º n.º 1 CPC) e a respectiva produção é necessariamente ulterior a esse momento. A produção antecipada é excepcional; logo, só perante circunstâncias anormais expressamente definidas, é admitida, não podendo a parte contra quem elas serão produzidas deixar de ser chamada a controlar a sua admissibilidade e produção bem como, quanto às provas constituídas, também os actos da respectiva preparação (art. 517.º n.º 1 e 2 e 521.º n.º 2 CPC). Ora, seria absurdo que se reconhecesse o direito de intervir e de controlar a produção de provas no momento normal (incluindo a sua admissibilidade) e, tratando-se da produção antecipada - logo, em momento anormal (excepcional) - se vedasse à parte contrária o direito de discutir a justificação da antecipação. Falece, pois, razão aos recorridos ao sustentar a inadmissibilidade do recurso.”

<sup>145</sup> Assim também Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 688, considerando sindicável a verificação dos pressupostos legais da diligência (doença grave, deslocação para o estrangeiro, catálogo de crimes), Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, vol. III, cit., pág. 345, nota 1, António Gama, “Reforma do Código de Processo Penal”, cit., pág. 410, o Ac. da Rel. do Porto de 26-10-2011, proc.º n.º 1814/09.1JAPRT-A.P2, rel. Artur Oliveira, a decisão sumária da Relação de Coimbra de 16-11-2011, proc.º n.º 743/09.3PAMGR-A.C1, rel. Luís Teixeira, ambos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), e o despacho da Vice-Presidente da Rel. de Lisboa, Des.<sup>a</sup>

O recurso interposto da decisão do juiz de instrução que determinou a realização de declarações para memória futura, por não estar abrangido nas diversas alíneas do n.º2 do artigo 407.º, nem a sua retenção o tornar absolutamente inútil, tem subida diferida<sup>146</sup>.

Já em caso de indeferimento ou de rejeição, o recurso sobe imediatamente por a sua retenção o tornar absolutamente inútil (407.º, n.º1)<sup>147</sup>, em separado (art. 406.º, n.º2) e com efeito meramente devolutivo (art. 408.º).

---

Filomena Clemente Lima, proferido em 13-2-2008, no âmbito do proc.º n.º 1458/08-9ª, in [www.pgdlisboa.pt](http://www.pgdlisboa.pt).

No âmbito do artigo 320.º o Ac. do STJ de 4-6-1996, proc.º n.º 210/96-3ªsecção, rel. Sousa Guedes, sum.º in [www.stj.pt](http://www.stj.pt) decidiu: I - A realização dos actos urgentes de que fala o art.º 320.º, n.º do CPP, está dependente tão-sómente do prudente arbítrio e livre resolução do juiz presidente do tribunal, sem que esteja obrigado a ouvir as partes, antes de decidir. II - É ao presidente que compete a direcção dos trabalhos de audiência de julgamento e, quanto a esta, as suas decisões só são precedidas de audição contraditória, se aquele entender que isso não põe em causa a eficácia das medidas a tomar.” Pronunciando-se pela recorribilidade veja-se, todavia, Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, cit., pág. 798.

<sup>146</sup> Cfr. neste sentido o Ac. da Rel. de Lisboa de 19-02-2004, proc. 1621/2004 9ª Secção, rel. Vaz das Neves, in [www.pgdlisboa.pt](http://www.pgdlisboa.pt)., assim sumariado: I- O recurso, cuja retenção o torna absolutamente inútil é apenas aquele cujo resultado, seja ele qual for, devido à retenção, já não pode ter qualquer eficácia dentro do processo.II- Não pode dizer-se que a subida diferida de um recurso o torna absolutamente inútil pelo simples facto de o seu provimento possibilitar a anulação de alguns actos, incluindo mesmo o próprio julgamento e subsequente sentença. Muito embora o conhecimento diferido do recurso possa implicar um retrocesso do processo, a anulação de certos actos, a sua reformulação ou repetição, ainda assim não se pode concluir que o seu conhecimento a final seja absolutamente inútil. Com efeito, pese embora a eventual anulação ou reformulação de actos já praticados, tal significa e reforça que o recurso teve a virtude de produzir efeitos, logo manteve a sua utilidade, ainda que não tenha subido imediatamente. III- O recurso da decisão judicial que indeferiu a arguição de alegadas irregularidades do despacho que designou data para «declarações para memória futura» tem subida diferida a final, na medida em que a sua retenção não o torna absolutamente inútil.”

<sup>147</sup> Conforme constitui doutrina e jurisprudência pacíficas, tanto no processo civil como no processo penal (cfr. v.g. Fernando Luso Soares, *O Agravo e o seu Regime de Subida*, Coimbra, 1982, Almedina, págs. 258-259 e 304-307,

---

Amâncio Ferreira, *Manual dos Recursos em Processo Civil*, 6ªed., Coimbra, 2005, Almedina, págs. 305-306, Lebre de Freitas, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 3º, Coimbra Editora, 2003, págs. 153-156, Armindo Ribeiro Mendes, *Recursos em Processo Civil*, 2ª ed., Lisboa, 1994, Lex, pág. 236 e nota 2, Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, vol. III, cit., pág. 345), bem sintetizadas no Ac. da Rel. de Lisboa de 5-4-2011, proc.º n.º 1473/08.9TASNT-A.L1.-5, rel. Margarida Blasco in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt): “I - A inutilidade a que se refere o art. 407.º, nº1, do C.P.P. tem que ser absoluta, nada tendo a ver com o risco de virem a ser anulados determinados actos, designadamente o julgamento, caso a final venha a ser julgado procedente o recurso; II - A inutilidade só é absoluta quando a retenção do recurso tiver como resultado a completa in consequência do futuro resultado do mesmo, ou seja, quando, mesmo a proceder o recurso, o recorrente já disso não puder retirar qualquer proveito; III - Quando a retenção traduz mera inconveniência em termos de economia e celeridade processuais mas não retira, em absoluto, utilidade do interposto recurso (no caso de vir a ocorrer a sua procedência) – tanto mais que a anulação de certos actos processuais configura uma das consequências normais da interposição dos recursos -, inexistente fundamento legal para que a esse recurso seja fixado regime de subida imediato.”

Ora, no caso de indeferimento da realização de declarações para memória futura a retenção do recurso, no caso de subida diferida, teria como resultado a completa in consequência do futuro resultado do mesmo: mesmo que o recurso viesse a proceder o recorrente já disso não poderia retirar qualquer proveito (“pois se não for apreciado o recurso de imediato, pode acontecer que, no momento em que o for, a pessoa já tenha morrido ou tenha emigrado definitivamente para o estrangeiro, inviabilizando-se o seu depoimento”- decisão sumária da Relação de Coimbra de 16-11-2011, proc.º n.º 743/09.3PAMGR-A.C1, rel. Luís Teixeira, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)) e, como se ponderou no Ac. do STJ de 29-10-1946, citado por Alberto dos Reis no *Código de Processo Civil Anotado*, vol. IV, reimp., Coimbra Editora, 1981, pág. 112, seria absurdo, contrário à lei da boa razão, admitir-se um recurso sem finalidade alguma.

Neste sentido se pronunciou Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, vol. III, cit., pág. 345, nota 1 (“Imaginamos a hipótese de indeferimento de requerimento de declarações para memória futura, que pode vir a tornar-se absolutamente inútil se entretanto a testemunha falecer ou se deslocar definitivamente para o estrangeiro”), António Gama, “Reforma do Código de Processo Penal”, cit., pág. 410, a decisão sumária da Relação de Coimbra de 16-11-2011, proc.º n.º 743/09.3PAMGR-A.C1, rel. Luís Teixeira, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e o despacho da Vice-Presidente da Rel. de Lisboa, Des.<sup>a</sup> Filomena Clemente Lima, proferido em 13-2-2008, no âmbito do proc.º n.º 1458/08-9ª, in [www.pgdlisboa.pt](http://www.pgdlisboa.pt), este último num caso em que o juiz de instrução indeferira um requerimento apresentado pelo Ministério Público, em sede de inquérito, em que requeria a inquirição dos ofendidos de crime de

---

abuso sexual de crianças, alegando a sua especial vulnerabilidade, merecedora de protecção. O Ministério Público recorreu, o recurso foi admitido com subida deferida e o Ministério Público reclamou contra o regime de subida, nos termos do artigo 405º.

É o seguinte o teor do sumário daquele duto despacho de 13-2-2008:

“I - Atenta a natureza do crime em investigação, bem como as razões subjacentes ao requerimento do MP (declarações para memória futura), o conhecimento do recurso, se deferido a final, retirar-lhe-ia toda a utilidade, pois que inviabilizaria as cautelas pretendidas com o comitante regime especial de protecção de testemunhas.

II - A tomada de depoimento para memória futura pressupõe a prevenção de um perigo: por isso se for relegado para final o conhecimento do recurso interposto da decisão do juiz de instrução que inviabilizou o acto pretendido, perderia a sua utilidade, porquanto, para além de um tal depoimento já não poder ficar subtraído à regra da publicidade da audiência de julgamento, nem sequer a trestemunha seria, com oportunidade, colocada na situação de ‘protegida’.”

## VI – Comunicação e estrutura da diligência

### 1. Comunicação do despacho

No caso de o juiz admitir a produção antecipada de prova, deverá designar dia, hora e local para a prestação do depoimento (tomada de declarações ou realização da acareação).

Para que, desde logo, possam estar presentes, aquele despacho deve ser comunicado ao Ministério Público, ao arguido<sup>148</sup>, ao defensor e aos advogados dos assistentes e das partes civis (artigo 271.º, n.º3)<sup>149</sup>.

---

<sup>148</sup> A lei não impõe a notificação da realização da diligência aos suspeitos ainda não constituídos arguidos que, por isso, não devem ser notificados - Ac. da Rel. do Porto de 12-10-2005, proc.º n.º 0544648, rel. Pinto Monteiro, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>149</sup> No caso dos assistentes e das partes civis a lei apenas impõe a notificação dos respectivos advogados e não também dos assistentes ou das partes civis, salvo se forem eles os declarantes. Cfr. neste sentido, Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 312.

No âmbito da violência doméstica, não obstante no artigo 33.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de Dezembro, se reproduzir praticamente o teor dos n.ºs 3 a 8 do artigo 271.º, o n.º2 daquele artigo 33.º apresenta algumas peculiaridades escusadas.

Em primeiro lugar, a simples comunicação imposta pelo n.º 3 do artigo 271.º foi agora substituída por notificação.

Em segundo lugar, o legislador esqueceu-se, manifestamente, de que a notificação deve ter por objecto desde logo o dia e não apenas a hora e o local da prestação do depoimento.

Finalmente, se o n.º 3 do artigo 271.º impõe a comunicação ao defensor do arguido “e aos advogados dos assistentes e das partes civis” o n.º 3 do citado artigo 33.º alude, antes, ao “defensor e advogados constituídos no processo.”

Em Março de 2009, a Associação Sindical dos Juizes Portugueses no parecer que emitiu a propósito da Proposta de Lei n.º 248/X, subjacente à citada Lei n.º 112/2009, (disponível em [www.asjp.pt](http://www.asjp.pt)) depois de salientar que em sede de declarações para memória futura bastaria uma inserção no artigo 271º de uma referência ao artigo 152.º do Código Penal para que a matéria das declarações para memória futura fosse também aplicável ao crime de violência doméstica [o que não é exactamente correcto pois, como vimos, quer aquela Proposta de

Alguns dos modernos códigos latino-americanos prevêm que o juiz possa prescindir da comunicação em casos de extrema urgência, caso em que poderá ou deverá designar um defensor público ou oficioso para intervir na diligência da produção antecipada de prova. É o caso, v.g., dos artigos 288.º do Código de Processo Penal da República Dominicana, 321.º do Código de Processo Penal do Paraguai, 202.º do Código de Processo Penal da

---

Lei quer a lei actual divergem do regime previsto no CPP na medida em conferiam e conferem legitimidade à vítima para requerer a produção de prova antecipada] chamou a atenção para esta última divergência terminológica nos seguintes termos: “Sobre esta matéria questiona-se se é só uma forma diferente de dizer o mesmo (apesar de tudo o mais ser simplesmente repetido), ou se se pretende abranger agora o advogado constituído por testemunha ouvida em Inquérito e, se assim é, o que justifica solução diferente para este crime face a todos os outros (abrangidos pelo art. 271.º CPP ?)” (pág. 5).

Como se concluía no referido Parecer: “Independentemente da resposta a esta questão concreta, pretendemos sobretudo ilustrar o que vimos dizendo sobre os inconvenientes da multiplicação de problemas a resolver na interpretação das mais diversas leis que, para além do mais, conduz ao consumo evitável de tempo e energia por parte de quem utiliza o Código como instrumento de trabalho, para além de propiciar práticas diversas mesmo em questões onde só a identidade faz sentido”(pág. 5).

Recorda-se que o n.º 4 do artigo 132º, na redacção que lhe foi conferida pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, que nesta parte seguiu os ensinamentos do Prof. Germano Marques da Silva (*Curso de Processo Penal*, vol. II, cit., págs. 166-168; veja-se também o Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados n.º E-11/98 e n.º E-45/98, de 7-7-2000, in [www.oa.pt](http://www.oa.pt)), outorgou à testemunha, sempre que deva prestar depoimento, ainda que no decurso de acto vedado ao público, o direito de se fazer acompanhar de advogado.

Também no n.º 4 do citado artigo 33.º se alude aos “advogados constituídos no processo”.

Uma vez que o acompanhamento de advogado se encontra na inteira disponibilidade da testemunha, que o advogado da testemunha não tem o estatuto de sujeito processual, e que não tem, em caso algum, o direito de intervir na diligência a realizar, afigura-se-nos que o mesmo, embora esteja constituído formalmente no processo, não deverá ser notificado. Quem deverá ser notificada é apenas a testemunha que, se assim o entender, se apresentará acompanhada pelo seu advogado.

Concluimos, deste modo, no sentido de que também neste ponto, estamos apenas perante “uma forma diferente de dizer o mesmo”.

Diferente, mas totalmente escusada.

Nicarágua<sup>150</sup> e do artigo 244.º, n.º4, do Código de Processo Penal do Perú<sup>151</sup>.

Também na Alemanha a *StPO* prevê a possibilidade de não haver lugar à notificação do arguido e do seu defensor quando tal notificação puser em perigo o êxito da investigação (§224).

A mesma preocupação de salvaguarda de um contributo probatório fortemente ameaçado está igualmente subjacente em Espanha, no artigo 449.º da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*<sup>152</sup> e, em Itália, no artigo 400.º do *Codice de Procedura Penal*.<sup>153</sup>

A legislação portuguesa não consente que nestes casos de extrema urgência (iminência de morte, de incapacidade mental ou de deslocação para o estrangeiro) ou de perigo para o êxito da investigação, seja dispensada a comunicação aos sujeitos processuais, nomeadamente ao defensor do arguido cuja presença, como veremos, é actualmente obrigatória.<sup>154</sup>

---

<sup>150</sup> O referido preceito impõe, porém, que em caso de extrema urgência, sendo dispensada a comunicação, se dê conhecimento da diligência às partes as quais, se tal ainda for possível, poderão pedir a sua ampliação.

<sup>151</sup> Segundo este último preceito “4. En casos de urgencia, para asegurar la práctica de la prueba, el Juez dispondrá que los términos se abrevien en la medida necesaria. Si existe peligro inminente de pérdida del elemento probatorio y su actuación no admita dilación, a pedido del Fiscal, decidirá su realización de inmediato, sin traslado alguno, y actuará la prueba designando defensor de oficio para que controle el acto, si es que resulta imposible comunicar su actuación a la defensa.”

<sup>152</sup> “En caso de inminente peligro de muerte del testigo se procederá com toda urgencia a recibirle declaración en la forma expresada en el artículo anterior, aunque el procesado no pudiese ser asistido de Letrado.”

<sup>153</sup> “Quando per assicurare l’assunzione della prove è indispensabile procedere com urgenza all’incidente probatorio, il giudice dispone com decreto motivato che i termini previsti dagli articoli precedenti siano abbreviati nella misura necessaria.”

<sup>154</sup> Curiosamente, no âmbito dos processos administrativo e tributário, o n.º 4 do artigo 134.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, [também aplicável ao processo judicial tributário – artigos 97.º, n.º1 al. l) e 146.º, n.º1, ambos do Código de Procedimento e de Processo Tributário, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 433/99, de 26 de Outubro] refere expressamente que “Quando a notificação não possa ser feita a tempo de, com grande probabilidade, se

Com o desenvolvimento das comunicações e fazendo-se o devido uso dos mecanismos previstos nos artigos 103.º, n.º2, alínea b) e 112.º, em muitos casos sempre será possível realizar-se a diligência em tempo útil com observância do formalismo legal.

Nalgumas situações, porém, o contributo probatório em causa só muito dificilmente poderá ser obtido e noutras, ainda, ficará irremediavelmente perdido.

Finalmente, entre nós já se questionou a necessidade de a diligência ser comunicada aos interessados com determinada antecedência<sup>155</sup>.

Na ocasião, o STJ doutrinou no sentido de que “no caso do artigo 271.º do CPP não se fixa qualquer antecedência mínima para a notificação da data designada para a diligência”<sup>156</sup>.

Mas, como é óbvio, embora a antecedência não esteja fixada, “ela deve, no entanto, permitir ao interessado estar presente”<sup>157</sup>.

## **2. Estrutura da diligência**

O Ministério Público, o arguido e o seu defensor, os assistentes e as partes civis, têm não apenas o direito de estar presentes e assistir à produção antecipada de prova, assegurando deste modo, com a sua participação, a legalidade e correcção do acto que vai praticar-se, como também o direito de intervir na diligência que deve desenrolar-se em moldes tendencialmente semelhantes àqueles que regem a produção da prova em audiência, sujeita aos princípios da imediação, da oralidade e do contraditório.

---

realizar a diligência requerida, a pessoa ou o órgão são notificados da realização da diligência, tendo a faculdade de requerer, no prazo de sete dias, a sua repetição, se esta for possível.”

<sup>155</sup> De acordo com o direito italiano a diligência deve ser comunicada com a antecedência mínima de dois dias (artigo 398.º, n.º3, al. c) do CPPI).

<sup>156</sup> Ac. do STJ de 29-1-2007, proc.º n.º 761/06-3ª, rel. Sousa Fonte, in [www.pgdlisboa.pt](http://www.pgdlisboa.pt).

<sup>157</sup> Costa Pimenta, *Código de Processo Penal anotado*, cit., pág. 812.



Vejam os moldes em que se opera essa participação, distinguindo, para o efeito, o regime vigente até 15 de Setembro de 2007, data da entrada em vigor da revisão/ reforma de 2007, operada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, daquele que lhe sucedeu.

## **2.1. O regime vigente até 15 de Setembro de 2007**

De acordo com o regime vigente até 15 de Setembro de 2007, “ao Ministério Público, ao arguido, ao defensor e aos advogados do assistente e das partes civis são comunicados o dia, hora e o local da prestação do depoimento para que possam estar presentes se o desejarem” (artigo 271.º, n.º2).

“A inquirição é feita pelo juiz, podendo em seguida as pessoas referidas no número anterior solicitar ao juiz a formulação de perguntas adicionais e podendo ele autorizar que sejam eles aqueles mesmos a fazê-lo” (n.º3).

Verifica-se, deste modo, que até 15 de Setembro de 2007 na fase do inquérito e da instrução não era obrigatória a presença do arguido ou do seu defensor, do assistente ou das partes civis, uma vez que aqueles podiam estar presentes “se o desejarem”<sup>158</sup>.

Uma vez que a ausência do defensor só é cominada por lei como nulidade insanável quando a sua presença é obrigatória - artigo 119.º, alínea c) - a jurisprudência vinha salientando que o incumprimento do disposto no artigo 271.º, n.º2 decorrente da falta de notificação do defensor da data da realização da diligência de

---

<sup>158</sup> Como se acentuou no Ac. do STJ de 16-4-2004, proc.º n.º 049721, rel. Henriques Gaspar, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). “A presença dos sujeitos processuais, do defensor ou dos mandatários é, assim, facultativa, pois devem ser notificados de todos os elementos relevantes sobre a realização do acto processual em causa para que, se o desejarem, possam estar presentes, a presença ao acto depende, pois, da vontade ou do interesse dos sujeitos processuais em causa.” O citado acórdão ressalva, porém, que no caso de não estar presente o defensor constituído do arguido deverá ser designado um defensor oficioso. No mesmo sentido se pronunciaram Simas Santos, Leal Henriques e Borges de Pinho, *Código de Processo Penal*, II vol., cit., pág. 91.

declarações para memória futura constituía mera irregularidade que deveria ser arguida nos termos do artigo 123<sup>o159</sup>.

## **2.2. O regime posterior a 15 de Setembro de 2007**

Em matéria de declarações para memória futura a revisão de 2007 pretendeu reforçar o princípio do contraditório.

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

Como veremos mais detalhadamente, esta proclamação assume contornos algo retóricos na medida em que não tinha, nem tem, exacta correspondência nos textos legislativos, propostos e aprovados.

Como quer que seja, em consonância com tais propósitos, a Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, introduziu alterações significativas à estrutura da diligência de produção antecipada de prova, consagrando:

---

<sup>159</sup> Cfr. Acs. do STJ de 19-4-1991, proc.º n.º 41428, *BMJ* n.º 406, pág. 361, de 19-2-1997, proc.º n.º 979034, rel. Andrade Saraiva, de 16-4-2004, proc.º n.º 049721, rel. Henriques Gaspar e os Acs. da Rel. do Porto de 17-11-2004, proc.º n.º 0414002, rel. Élia São Pedro e de 22-3-2006, proc.º n.º 0544312, rel. António Gama, todos disponíveis in [www,dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

A idêntica conclusão tem chegado a jurisprudência macaense perante um normativo (artigo 253º, n.º2 do Código de Processo Penal de Macau) quase inteiramente decalcado da redacção original do n.º2 do artigo 271.º Assim, o Ac. do TSI (Tribunal de Segunda Instância) da RAEM (Região Administrativa Especial de Macau) de 28-4-2011, proc.º n.º 415/2010, rel. José Maria Dias Azedo, in [www.court.gov.mo](http://www.court.gov.mo)., decidiu que “Constitui mera irregularidade processual a não notificação do arguido para estar presente, querendo, às declarações para memória futura, tomadas ao abrigo do disposto no artigo 253.º do CPPM.” Segundo informa o mesmo aresto, no mesmo sentido se pronunciara já o então TSJ (Tribunal Superior de Justiça) de Macau no seu ac. de 10-3-1999, proc.º n.º 991.

- a obrigatoriedade da presença do Ministério Público e do defensor;
- a supressão da mediação judicial na colocação de perguntas adicionais;
- a eliminação da possibilidade de o arguido solicitar a formulação de perguntas adicionais;
- a aplicação de algumas normas respeitantes à audiência de julgamento.

Vejamos cada uma destas alterações.

Se anteriormente a presença do Ministério Público e do defensor do arguido eram facultativas uma vez que eram notificados do dia, hora e local da prestação do depoimento “*para que possam estar presentes se o desejarem*”, o novo regime emergente da revisão de 2007 tornou obrigatória a presença do Ministério Público e do defensor do arguido<sup>160</sup>: “*sendo obrigatória a comparência do Ministério Público e do defensor*”(artigo 271.º, n.º3).

Por isso que deva agora entender-se que em casos de falta de defensor do arguido, a falta de comunicação a que alude o n.º 2 do artigo 271.º configure uma nulidade insanável prevista na alínea c) do artigo 119.º<sup>161</sup>.

Se porventura o arguido ainda não tiver constituído advogado, compete ao juiz de instrução nomear-lhe um defensor oficioso<sup>162</sup>.

---

<sup>160</sup> Quanto ao advogado do assistente e das partes civis, à semelhança do que sucede com o arguido, o assistente e as partes civis, a sua presença continua a ser meramente facultativa.

<sup>161</sup> Também a falta do Ministério Público às declarações para memória futura constitui nulidade insanável - artigo 119º, alínea b). Cfr., neste sentido (do texto e desta nota) Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 309, António Gama, “Reforma do Código de Processo Penal”, cit., pág. 404 e “Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto”, *Código de Processo Penal - Comentários e notas práticas*, cit., pág. 745.

<sup>162</sup> Assim também os “Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto”, *Código de Processo Penal - Comentários e notas práticas*, cit., pág. 679.

Idêntico procedimento deve ser adoptado no caso de ainda nem sequer haver arguido constituído<sup>163</sup>.

Efectuada aquela comunicação e faltando o defensor do arguido deve ser-lhe, igualmente, nomeado um defensor officioso (artigo 67.º, n.º1)<sup>164</sup>.

Anteriormente era o juiz que conduzia a inquirição [“ *a inquirição é feita pelo juiz*”], podendo os sujeitos processuais solicitar perguntas adicionais<sup>165</sup>. Só quanto a estas perguntas adicionais, o juiz podia

---

<sup>163</sup> Sobre esta possibilidade cfr. *infra* IX -2.1.

Sobre a necessidade de em tais casos ser nomeado um defensor cfr. v.g., o Ac. da Rel. do Porto de 13-7-2005, proc.º n.º 054059, rel. António Gama e o Ac. da Rel. de Coimbra de 29-10-2010, proc.º n.º 380/08.0TACTB-C.C1, rel. Abílio Ramalho, ambos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) Atente-se no seguinte e impressionante trecho do citado Ac. da Rel. do Porto de 13-7-2005 “Agora o que é exigível, para a validade dessa prova, é que logo nesse acto se assegurem todas as garantias de defesa, o que vale por dizer que a presença de advogado é sempre obrigatória. Defensor de quem? Desde logo da legalidade, fiscalizando e garantindo o cumprimento da lei, de que a lei é integral e escrupulosamente cumprida, de que se verificam os pressupostos da inquirição, que se respeitam os procedimentos legalmente estabelecidos, que o depoimento decorre de acordo com as regras legais, sem constrangimentos, podendo e devendo [o defensor] verificar se o depoimento é coerente, formulando as perguntas adicionais que entender em seu critério necessárias; defensor da autenticidade do auto que reproduz o depoimento, etc., etc. Depois, defensor do [futuro] arguido e sempre do arguido.”

<sup>164</sup> Assim também no âmbito do direito italiano [artigo 401.º, n.º2 do CPPI: “In caso di mancata comparizione del difensore della persona sottoposta alle indagini, il giudice designa altro difensore a norma dell’articolo 97 comma 4]. Como salienta Luigi Grilli, *Procedura Penale. Guida pratica*, vol. I, Padova, 2009, Cedam, pág. 943, “Questa previsione è essenziale perchè è in tal modo che si realizza il contraddittorio, con la conseguenza dall’art. 403 cp.p., per cui nel dibattimento le prove assunte con l’incidente probatorio sono utilizzabili soltanto nei confronti degli imputati i cui difensori hanno partecipato alla loro assunzione.”

<sup>165</sup> Num caso em que o juiz não autorizou o defensor dos arguidos a formular perguntas adicionais ao defensor dos arguidos, o Ac. da Rel. do Porto de 12-10-2005, proc. n.º 0544648, rel. Pinto Monteiro, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), decidiu que “A situação ora em análise não configura qualquer das nulidades previstas nos arts. 119.º e 120.º do C. P. Penal, nem está expressamente prevista em qualquer outra disposição legal, pelo que não constitui qualquer nulidade, sanável ou

autorizá-los a fazê-las directamente [*“ que sejam eles mesmos a fazê-las”*].

A revisão de 2007 suprimiu a mediação judicial na colocação das perguntas adicionais: a inquirição continua a ser feita pelo juiz mas as perguntas adicionais são agora feitas directamente (artigo 271.º, n.º5).

Tratando-se, porém, da tomada de declarações a assistentes, partes civis, peritos e consultores técnicos, deve entender-se que as perguntas adicionais deverão ser sempre formuladas pelo juiz.

Do mesmo modo, a inquirição de testemunha (em sentido amplo) menor de 16 anos de idade deve ser levada a cabo exclusivamente pelo juiz, a quem o Ministério Público, o defensor e os advogados do assistente e das partes civis podem pedir que formule perguntas adicionais<sup>166</sup>.

Na sua versão originária o n.º 2 do artigo 271.º reconhecia ao arguido, a par do seu defensor, o direito de solicitar ao juiz a formulação de perguntas adicionais. A revisão de 2007 apenas reconhece o direito de formular perguntas adicionais ao defensor do arguido<sup>167</sup>.

---

insanável, nomeadamente a prevista na al. c) do art. 119.º do C. P. Penal. Quando muito poderá constituir uma irregularidade.”

<sup>166</sup> De forma precipitada e totalmente desajeitada, o legislador de 2007 não atentou nas implicações da alteração do n.º5 do artigo 271.º, não só na Lei de Protecção de Testemunhas (artigo 28.º, n.º2), como também no próprio figurino do Código de Processo Penal (artigos 346.º, 347.º, 349.º e 350.º). Por isso que se deva interpretar extensivamente a remissão constante do n.º 6 do artigo 271.º por forma a nele incluir a remissão para aqueles preceitos legais. Veja-se, neste sentido, desenvolvidamente, com especial enfoque na inquirição para memória futura de menor de 16 anos de idade, António Gama “Reforma do Código de Processo Penal”, cit., págs 405-410.

<sup>167</sup> Assim também os “Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto”, *Código de Processo Penal - Comentários e notas práticas*, cit., pág. 679, onde justamente se conclui que “ (...) o arguido deixou de poder formular perguntas adicionais.”

Finalmente, o legislador tornou aplicáveis às declarações para memória futura as normas respeitantes ao afastamento do arguido durante a prestação das declarações (artigo 352.º)<sup>168</sup>, à leitura permitida de autos e de declarações (artigo 356.º)<sup>169</sup>, à documentação das declarações orais (artigo 363º) e à forma da documentação (artigo 364.º).

Tivemos o cuidado de salientar que a diligência deve desenrolar-se em moldes só *tendencialmente* semelhantes àqueles que regem a

---

<sup>168</sup> Sobre o regime do afastamento do arguido, enquanto medida de polícia e disciplina da audiência, cfr. Sandra Oliveira e Silva, *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, cit., págs. 102-108 e as anotações de Pinto de Albuquerque in *Comentário ao Código de Processo Penal*, cit., págs. 352-353 e dos “Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto”, *Código de Processo Penal - Comentários e notas práticas*, cit., págs. 884-885.

<sup>169</sup> Segundo Pinto de Albuquerque, *Comentário ao Código de Processo Penal*, cit., pág. 688, o artigo 271.º n.º6 deverá se ser interpretado extensivamente de modo a nele incluir o artigo 357.º relativo à leitura de declarações anteriores feitas pelo arguido, por tal favorecer o principio da imediação. Por isso, conclui o autor, “nas inquirições para memória futura de testemunhas, assistentes e partes civis e nas acareações para memória futura só podem ser lidas as declarações feitas anteriormente pelo arguido a sua própria solicitação. Também podem ser lidas as declarações feitas anteriormente pelo arguido, quando tendo sido feitas perante juiz, houver contradições ou discrepâncias entre elas e as feitas na acareação para memória futura.”

Temos sérias dificuldades em acompanhar o ilustre comentador.

Conforme referido (cfr. *supra* III - 4), não cremos que em sede de prova antecipada o arguido possa ser objecto de prova, não podendo, nomeadamente, ser participante numa acareação para memória futura.

Reconhecemos que em inúmeras situações poderia até ser vantajoso confrontar a testemunha com as anteriores declarações prestadas pelo arguido.

Não cremos, porém, que seja admissível a leitura das anteriores declarações prestadas pelo arguido.

Permitir que, em sede de prova antecipada, se pudesse proceder àquela leitura poderia até constituir um meio de defraudar as normas constantes dos artigos 355.º e 357.º. As declarações do arguido, sobre as quais recairia o depoimento da testemunha (ou declarações do assistente, parte civil, perito ou consultor técnico), poderiam acabar por ser valoradas indirectamente, em sede de sentença, não obstante o mesmo arguido, em audiência de julgamento, não ter solicitado tal leitura ou não ter havido qualquer contradição por, nomeadamente, se ter remetido ao silêncio.

De resto, a matéria da leitura de declarações reveste natureza excepcional, devendo ser interpretada restritivamente.

produção da prova em audiência, sujeita aos princípios da imediação, da oralidade e do contraditório.

É, aliás, sintomático que o artigo 271.º não contenha uma norma a determinar que a tomada de declarações para memória futura se processa “com observância das formalidades estabelecidas para a audiência”(cfr. artigos 318.º, n.º4, 319.º, n.º3 e 320.º).

O legislador português em vez de determinar, na parte respeitante à produção da prova antecipada, o reenvio geral para a disciplina da audiência de julgamento<sup>170</sup>, limitou-se a estatuir que “*é correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 352.º, 356.º, 363.º e 364.º*”(artigo 271.º, n.º 6).

Na verdade, não obstante se ter procurado configurar a produção antecipada de prova como uma “antecipação parcial da audiência de julgamento”, existem importantes desvios às regras que imperam em audiência.

---

<sup>170</sup> Ao contrário do que sucede, por exemplo, no direito italiano em que o artigo 401.º, n.º1 dispõe que “Le prove sono assunte com le forme stabilite per il dibattimento.” Mesmo no regime italiano, a doutrina recusa a ideia de um “*mini-julgamento antecipado*”, sublinhando que em sede de incidente probatório apenas são aplicáveis as normas que regem a produção de prova em audiência que não se encontrem numa situação de incompatibilidade com a estrutura do mecanismo incidental (cfr., v.g. Corrada di Martino e Teresa Procaccianti, *La prove testimoniale nel processo penale*, cit., pág. 189). Também o Tribunal Constitucional Italiano (*Corte Costituzionale*) chamado a pronunciar-se sobre o alcance do reenvio constante do citado artigo 401.º, n.º1 do CPPI esclareceu, na sua sentença n.º 74/1991, de 11-2-1991, que o incidente não pode operar uma antecipação completa do julgamento, sendo antes um instrumento de não dispersão da prova.

Aliás, o Tribunal de Justiça da União Europeia, no seu acórdão de 21-12-2011, proc.º C-507/10, ao analisar o regime do incidente probatório italiano teve o cuidado de referir que “§29. Segundo a legislação em causa no processo principal, o depoimento prestado durante os inquéritos preliminares deve, em regra, ser novamente produzido na audiência pública para adquirir valor de prova plena. No entanto, em determinados casos, este depoimento pode ser prestado uma só vez, no decurso dos inquéritos preliminares, com o mesmo valor probatório, *mas segundo modalidades diferentes das aplicadas na audiência pública* (acórdão Pupino, já referido, n.º 55)”(itálicos nossos).

Assim, desde logo em sede de publicidade e quanto ao regime da inquirição.

Enquanto a audiência de julgamento é pública, sob pena de nulidade insanável, salvo nos casos em que o presidente decidir a exclusão ou a restrição da publicidade (artigo 321.º), as declarações para memória futura realizadas em inquérito (quer esteja sujeito a regime de segredo de justiça quer seja público) ou em instrução não são públicas, no sentido de que a lei não prevê a assistência de público.<sup>171</sup>

Depois, ao contrário do que sucede em audiência de julgamento em que a testemunha é inquirida por quem a indicou, sendo depois sujeita a contra-interrogatório<sup>172</sup> (artigo 348.º), a inquirição das

---

<sup>171</sup> Cfr. artigo 86º, n.º6, alínea a), na redacção que lhe foi conferida pela Lei n.º 26/2010, de 30 de Agosto. Sobre o significado e alcance desta alteração legislativa veja-se o que logo deixámos expresso no nosso estudo *A Revisão de 2010 do Código de Processo Penal Português*, págs. 11-12, disponível no sítio desta Relação, em [www.trg.mj.pt](http://www.trg.mj.pt).

No direito italiano o incidente probatorio realiza-se na *camera di consiglio* (art. 127.º) e, portanto, sem a presença de público.

Em alguns Estados latino-americanos (cfr., v.g., República Dominicana) a prova antecipada é, porém, realizada em audiência pública.

<sup>172</sup> Sobre o contra-interrogatório e o seu significado, nomeadamente enquanto instrumento do contraditório e “expressão da impressão íntima do processo de estrutura acusatória”, veja-se Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, vol. I, cit., págs. 256-259, Idem, “Para Uma Reforma Global do Processo Penal Português”, in *Para Uma Nova Justiça Penal*, Coimbra, 1983, Almedina, pág. 219, Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, vol. III, 3ªed., cit., págs. 244-251, Sandra Oliveira e Silva, *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal* págs. 256-259 e nota 502 e Pinto de Albuquerque, *Comentário ao Código de Processo Penal*, cit., págs. 860-861.

Diversamente do que sucede entre nós, no direito italiano só a inquirição antecipada do menor no âmbito de crimes sexuais ou conexos é que é efectuada com renúncia à *cross-examination* (artigo 498.º, n.º 4 ex vi do artigo 401.º, n.º5 do CPPI). Para uma análise muito crítica do direito italiano que, nesta parte e segundo a autora, infringiria o artigo 111º da Constituição Italiana e o Protocolo à Convenção dos Direitos da Criança, veja-se Luisella De Cataldo Neuburger, *Esame e contraesame nel processo penale. Diritto e psicologia*, 2ª ed., Wolters Kluwen, 2008, págs. 415-423, com abundantes referências ao direito norte-americano.



testemunhas é sempre feita pelo juiz, com ressalva das perguntas adicionais que são formuladas directamente pelo Ministério Público, advogados do assistente e das partes civis e do defensor (artigo 371º, n.º5)<sup>173</sup>.

Numa outra perspectiva, no caso de o inquérito se encontrar sujeito a segredo de justiça, o contraditório é necessariamente incompleto na medida em que só o Ministério Público conhecerá a totalidade dos actos de inquérito já realizados<sup>174</sup>.

---

Pelo contrário, Lina Caraceni, “Assunzione di dichiarazioni delle fonti di prova minorene e attività investigativa della pubblica accusa”, in C. Cesari, *Il minorene fonti di prova nel processo penal*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, pág. 145, considera, na linha da doutrina dominante, que o citado artigo 498.º, 4 consagra “Una forma ‘mediata’ all giudice la conduzione dell’esame perchè vi è una personalità a rischio da salvaguardare, astrattamente messa in pericolo dall’alto tasso di conflittualità che si sprigiona dalla contrapposizione delle parti processuali. Si tratta di scelta normativa, in deroga allo schema tipico dell’esame incociato, a tutela dei diritti di un soggetto bisognevole di protezione.”

<sup>173</sup> Conforme sublinhado por Rui Pereira, ainda antes da revisão de 2007, “O Domínio do Inquérito pelo Ministério Público” in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, cit., pág. 126 e nota 1, “o exercício do contraditório nas declarações para memória futura não é pleno, visto que os restantes sujeitos processuais apenas podem solicitar ao juiz a formulação de perguntas.”

<sup>174</sup> Cfr. neste sentido para o direito italiano, Aniello Nappi, *Guida al Codice di Procedura Penale*, cit., pág. 382, salientando que os demais sujeitos processuais só têm conhecimento dos actos que foram previamente depositados nos termos do artigo 366.º Também Filippo Rafele Dinacci, *Processo penale e costituzionale*, Milano, 2010, Giuffrè Editore, pág. 356 conclui que “Il contraddittorio risulta parimenti attenuato in tutti i casi di formazione anticipata della prova mediante incidente probatorio.” Agostino De Caro, “Ammissione e formazione della prova nel dibattimento”, in Alfredo Gaito, *La prova penale*, cit., pág. 381, refere mesmo que “Le forti limitazioni al contraddittorio di questa situazione sono evidenti”. Katia La Regina, não obstante assinalar que “Il regime di segretezza delle investigazione importa un fisiologico divario cognoscitivo tra il P.M. e la persona sottoposta alle indagini”, não deixa de reconhecer que «non sussistere spazio para un cambiamento di prospettiva perchè (...) se la *discovery* dovesse essere completa in tutti i casi previsti d’all’art. 392 c.p.p. ‘la richiesta di incidenti probatorio sarebbe una carta micidiale in mano alla difesa’» - “Incidente Probatorio”, in Giorgio Spangher, *Trattato di Procedura Penal - Indagini preliminari e udienza preliminar*, vol. 3, cit., págs 637-638.

Finalmente, no decurso da diligência de declarações para memória futura realizada em inquérito os próprios poderes do juiz de instrução são muito distintos dos de julgamento.

Embora possa formular à testemunha as perguntas que entender necessárias para o esclarecimento do depoimento prestado e para a boa decisão da causa (cfr. artigo 348.º, n.º5), mesmo que incidam sobre factos distintos daqueles que foram mencionados no requerimento de produção antecipada de prova, desde que circunscritos ao *thema probandum* (art. 124.º), em sede de inquérito e no âmbito da prova antecipada o juiz de instrução não tem, porém, o poder dever de ordenar officiosamente “a produção de meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e da boa decisão da causa”(artigo 340.º).<sup>175</sup>

Todas estas limitações já contribuíram, inclusivamente, para que alguma doutrina atribuisse menor valor probatório à prova antecipada, por a considerar de qualidade inferior àquela que é produzida em audiência<sup>176</sup>.

### **3. Menores vítimas de crimes sexuais.**

No caso de vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual menores de 18 anos, o legislador prevê que a tomada de declarações seja realizada em ambiente informal e reservado, com

---

<sup>175</sup> Cfr. *supra* nota 136. Assim também, perante o direito italiano, Aniello Nappi, *Guida al Codice di Procedura Penale*, cit., pág. 381, Corrada di Martino e Teresa Procaccianti, *La prove testimoniale nel processo penale*, cit., págs 188-189 e Lina Caraceni, *Poteri D’Ufficio in Materia Probatoria e Imparzialità del Giudice Penale*, Milano, 2007, Giuffrè Editore, págs. 165-166, esta última sublinhando que no incidente probatório o juiz de instrução não intervem para adquirir dados ou elementos absolutamente necessários à reconstrução dos factos, para concluir que “Il suo ruolo rimana sostanzialmente passivo, a garanzia della legalità e del contraddittorio”(pág. 165). Também Paolo Tonini, *Lineamenti di diritto processuale penale*, cit., pág. 279 refere que “Il giudice per l’indagine preliminare non ha il potere di assumere d’ufficio nuove prove i ciò del resto è imposto del principio della domanda, che vale per l’intero incidente probatorio”(ibidem).

<sup>176</sup> Cfr. *infra* X

vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e 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 (art. 271.º, n.º4).

O objectivo legal é, preponderantemente, o de garantir a espontaneidade e sinceridade das respostas e, subsidiariamente, o de evitar o impacto psico-emocional da participação directa da criança em tribunal.

Para o efeito, a tomada de declarações deverá ser realizado em ambiente informal e reservado<sup>177</sup>.

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

Em Itália, o n.º 5-bis do artigo 398.º do CPPI prevê mesmo que a audiência possa ter lugar em local diverso do tribunal.

---

<sup>177</sup> De acordo com as “Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime” aprovadas pela Resolução 2005/20 do Conselho Económico e Social das Nações Unidas, disponível em [www.un.org/en/ecosoc](http://www.un.org/en/ecosoc), “14. All interactions described in these Guidelines should be conducted in a child-sensitive manner in a suitable environment that accommodates the special needs of the child, according to his or her abilities, age, intellectual maturity and evolving capacity. They should also take place in a language that the child uses and understands.”

Também com interesse neste domínio, veja-se Mouraz Lopes, “O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para ‘memória futura’, cit., pág. 19, concluindo que “a abordagem do problema do abuso sexual à criança vítima exige, por isso, no interrogatório, para além de alguma preparação prévia, a utilização de uma linguagem sexual explícita e adequada, bem como uma atitude que permita à criança sentir-se à vontade para enfrentar a questão” e, na mesma revista, o texto de Cristina Soeiro, “O abuso sexual de crianças : contornos da relação entre a criança e a justiça, págs. 21-29.

Entre nós, embora não seja frequente que tal aconteça, nada obsta que a diligência antecipada de prova tenha lugar em local distinto do tribunal, até porque o juiz designa, não apenas o dia e hora mas também o local da prestação do depoimento (n.º3 do artigo 271.º).

Prevê-se ainda a assistência do menor por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento<sup>178</sup>, previamente designado para o efeito<sup>179</sup>.

---

<sup>178</sup> Como bem observa António Gama, “Reforma do Código de Processo Penal”, cit., pág. 405 “...o depoimento para memória futura ganha se for precedido da perícia do art. 131.º, n.º 3, nada obstando, parecendo-nos até aconselhável que o técnico que o acompanhe seja o que realizou a perícia.”

Refira-se que já a Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa R (85) 4, sobre violência familiar relativa à posição da vítima no processo penal, recomendava aos governos dos Estados-Membros “16. de prévoir les mesures nécessaires afin que la déposition des membres de la famille dans les affaires de violence au sein de la famille soit mise à l’abri de toute pression extérieure. S’agissant notamment de mineurs, ils devraient être assistés d’un conseil approprié. Par ailleurs, la valeur probatoire de ces dépositions ne devrait pas être affaiblie par les règles concernant le serment”.

Por seu turno, a Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa R (85) 11 relativa à posição da vítima no processo penal, no que respeita ao interrogatório da vítima, recomendava aos governos dos Estados-Membros que “ 8. Dans toutes les phases de la procédure, l’interrogatoire de la victime devrait se faire dans le respect de sa situation personnelle, de ses droits et de sa dignité. Dans la mesure du possible et dans les cas appropriés, les enfants et les malades ou handicapés mentaux devraient être interrogés en présence de leurs parents ou de leur tuteur ou de toute autre personne qualifiée pour les assister”.

Também de acordo com a Anexo à Recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa Rec. (2005) 5 sobre a protecção das mulheres contra a violência se recomendou aos governos dos Estados-Membros que devem “46. assegurar que os/as menores sejam acompanhados/as, quando de qualquer audição, pelo seu representante legal ou, se for caso disso, pela pessoa maior de idade da sua escolha, salvo se houver decisão contrária do tribunal, devidamente fundamentada, relativamente a essa pessoa”.

De forma mais genérica, a Decisão-Quadro n.º 2001/220/JAQL, do Conselho da União Europeia relativa ao estatuto da vítima em processo penal, prevê que “Cada estado-Membro assegura às vítimas particularmente vulneráveis a possibilidade de beneficiar de um tratamento específico, o mais adaptado possível à sua situação”(artigo 2.º, n.º2).

De acordo com as “Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l’Europe sur une justice adaptée aux enfants”, adoptadas pelo Comité des

O CPP italiano prevê igualmente que o juiz recorra a uma “*strutture specializzate di assistenza*”, mas vai ao ponto de permitir que, na falta daquela estrutura, a tomada de declarações possa ser realizada na habitação da pessoa interessada na antecipação da prova.

Em Espanha, a *Ley Organica 8/2006*, de 4 de Dezembro, que modificou o artigo 448.º, último párrafo, da LECrim (fase de instrução) e o artigo 707.º, parágrafo 2º, da LECrim (fase de julgamento), estatui expresamente que: “*La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba*”<sup>180</sup>.

---

Ministres em 17-11-2010, “58. Les enfants devraient pouvoir être accompagnés par leurs parents ou, le cas échéant, par un adulte de leur choix, sauf décision contraire motivée prise à l’égard de cette personne.”

Na mesma linha o n.º2 do artigo 15.º da Directiva 2011/36/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de Abril de 2011, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas, prevê que “Sem prejuízo dos direitos de defesa, os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que na investigação criminal e no processo penal relativos a qualquer das infracções referidas nos artigos 2.º e 3.º: (...) f) A criança vítima seja acompanhada pelo seu representante legal ou, caso seja necessário, por um adulto à sua escolha, salvo decisão fundamentada em contrário relativamente a essa pessoa”

Não obstante o direito português não prever expressamente a assistência dos pais dos menores, tratando-se de crianças de tenra idade essa presença é altamente recomendável e pode fundar-se no disposto no n.º 4 do artigo 87.º. Se no momento em que as declarações para memória futura forem realizadas o inquérito se encontrar sujeito a segredo de justiça é claro que os pais que acompanharam o filho se encontram vinculados a segredo de justiça (artigo 86.º, n.º8).

<sup>179</sup> Segundo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 687, a assistência por um técnico especialmente habilitado para o acompanhamento do menor deve ser afastada nos casos do menor não carecer de tal assistência, “pois a imposição poderia até ser contraproducente e prejudicar a espontaneidade e a sinceridade das respostas. Portanto, o juiz deve atender à vontade do menor e afastar o técnico da diligência se o menor expressamente rejeitar a sua assistência.”

<sup>180</sup> A este respeito é ilustrativo o seguinte excerto da sentença do Tribunal Supremo de Espanha de 10-3-2010 (sección 1ª): “Consta en las actuaciones que para su práctica - como correctamente se refiere en la Sentencia - una

Entre nós, a matéria relativa à audição de menores constitui, claramente, um domínio onde muito há a fazer, não só a nível legislativo, mas sobretudo ao nível do apetrechamento dos tribunais com as necessárias infraestruturas<sup>181</sup>.

#### 4. Documentação

O acto processual (declarações para memória futura) deve ser documentado, sendo obrigatoriamente reduzido a auto (artigo 275.º, n.º2)<sup>182</sup>.

---

psicóloga se desplazó al lugar habilitado, separado de la sala destinada a la exploración por un cristal de amplias dimensiones que permitía la visión de las personas que estaban en el local adjunto y donde estaban instalados aparatos dispuestos para la grabación del interior de la sala de exploración conectada mediante señal de audio con la sala adjunta. Desde la sala de exploración el cristal tenía la apariencia de un espejo, de modo que la niña no podía ver que en el local adjunto estaban las personas que intervendrían y presenciarían la exploración. Estas personas intervinientes fueron: El Magistrado Juez de Instrucción, el Secretario Judicial, el letrado del imputado – ahora condenado recurrente-, la letrado de la acusación particular, y el Ministerio Fiscal. La diligencia de exploración consistió en un prolongado diálogo entre la niña y la psicóloga que fue llevando la conversación hacia la narración de los hechos sucedidos. Esta psicóloga anotó e hizo a la niña cuantas preguntas interesaron las personas presentes en el local adyacente a la exploración, de modo que todas las partes pudieron pedir las precisiones que tuvieron por conveniente en relación con cuanto había manifestado la menor, e incluso después de esto la psicóloga se retiró al local adyacente en que estaban los demás y recogió la pregunta que interesó hacer el letrado del imputado, desplazándose de nuevo a la Sala de exploración y haciéndole la pregunta a la niña. Todo esto se filmó sin interrupción, se grabó con claridad y se recogió en el correspondiente soporte audiovisual. La diligencia así practicada fue en el día del Juicio Oral vista y escuchada por el Tribunal juzgador, con intervención de las partes”(sic).

<sup>181</sup> Entre nós, o único espaço que se conhece especialmente concebido para a audição de menores reside na denominada “Sala Diap Júnior”, instalada no Diap de Lisboa e inaugurada em 1-6-2010. Veja-se, a propósito, o interessante texto de Maria José Morgado, “Sala Diap Júnior – Construir a esperança para as crianças que sofrem”, in *PGR - Revista de Informação da Procuradoria-Geral da República*, n.º 3, Outubro-Dezembro 2011, págs. 12 e 13.

<sup>182</sup> Sobre o conteúdo do auto cfr. o artigo 99.º

Na sua versão originária o Código previa que as declarações fossem reproduzidas integralmente ou por súmula, conforme o juiz determinasse, tendo em atenção os meios disponíveis de registo e transcrição, nos termos do artigo 101.º (n.º5 do artigo 271.º).

Nos termos do n.º 6 do artigo 271.º, na redacção que lhe foi conferida pela Lei n.º 48/2007, é correspondentemente aplicável o disposto no artigo 363.º

Quer isto dizer que as regras da documentação da audiência se aplicam correspondentemente à diligência de declarações para memória futura.

Consequentemente, as declarações para memória futura são sempre documentadas integralmente, sob pena de nulidade.

Por outro lado, essa documentação é efectuada em regra, através de gravação magnetofónica ou audiovisual, sem prejuízo da utilização de meios estenográficos ou estenotípicos, ou de outros meios técnicos idóneas a assegurar a reprodução integral daquelas<sup>183</sup>.

---

<sup>183</sup> Num caso em que se procedeu em audiência à reprodução da gravação e, não obstante, o recorrente argumentara que as declarações para memória futura não poderiam ser valoradas a partir da evocação do princípio *quod non est in actis non est in mundo* por não terem sido reduzidas a auto, conforme o disposto nos artº 99.º, nº3 e 275.º, nº2 do CPP (!), o douto ac. da Rel. de Guimarães de de 9-11-2009, proc.º n.º 37107.8TAFAG1, rel. Fernando Ventura, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)., depois de pacientemente explicar a alteração legislativa operada em 2007, nomeadamente que a reprodução da gravação em audiência é permitida, como era a leitura do auto de declarações para memória futura, como emerge do disposto na al. a) do nº1, conjugada com o nº8 do artº 356.º do CPP, salientou que este último preceito, «assim como o artº 355.º, foram alterados pela Lei nº 48/2007, de 29/8, no sentido de contemplar não apenas a ‘leitura’ de actos processuais em audiência mas também a ‘visualização ou audição em audiência’, o que traduz a vontade de acolher exactamente o que aconteceu nos presentes autos, também por razões de maior celeridade processual. As mesmas razões presidiram à alteração do artº 296.º do CPP, em que se passou a admitir que todas as diligências de prova em instrução sejam gravadas, sem esquecer a possibilidade da sua utilização em audiência, no quadro do nº3 do artº 356.º do CPP e de melhor valoração das declarações prestadas, Paulo Pinto de Albuquerque, op. cit., pág. 705.»

Conforme a doutrina vem insistentemente salientando em matéria de audição de menores vítimas de crimes sexuais, o registo audiovisual para além de facilitar a comunicação, constitui um meio de protecção dos menores na medida em que pode evitar ou minimizar a vitimização secundária, evitando ou limitando as repetições traumáticas, e permite recolher informações de melhor qualidade, facilitando a percepção do testemunho da criança<sup>184</sup>.

---

<sup>184</sup> Estes ensinamentos têm vindo a ser incorporados nas legislações nacionais.

Assim, em França, o legislador, sensível à necessidade de protecção de menores vítimas de crimes sexuais, e em cumprimento dos compromissos internacionais assumidos com a Convenção dos Direitos da Criança, através da Lei n.º 98-468 de 17-6-1998 « relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs » (in *JORF* 18 juin 1998, p. 9255), consagrou no Título XIX du Livre Troisième do Code de procédure pénale (CPPF) um conjunto de regras processuais aplicáveis às infracções de natureza sexual e à protecção de vítimas menores (cfr., v.g., Claire Etrillard, “L’enregistrement audiovisuel des auditions de mineurs en France, *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique et Scientifique*, Genève, vol. 57, janvier-mars 2004, págs. 43-54).

Estas disposições legais, modificadas pela Lei n.º 2007-293, de 5-3-2007, “réformant la protection de l’enfance” (*JORF* 6 mars 2007, pág. 4215), preveem, nomeadamente, o registo audiovisual das audições das vítimas bem como a assistência da vítima durante as audições.

O artigo 706-52 do CPPF estatui que «au cours de l’enquête et de l’information, l’audition d’un mineur victime de l’une des infractions mentionnées à l’article 706-47 fait l’objet d’un enregistrement audiovisuel».

A este respeito é eloquente a justificação constante da Circular francesa de 20-4-1999, Circulaire de la direction des Affaires criminelles et des Grâces CRIM 99-04 F1/20-04-99 +. NOR : JUSD9930060C. Mineur, “Enregistrement audiovisuel ou sonore de l’audition des mineurs victimes d’infractions sexuelles” in [www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr).

“Le traumatisme subi par un mineur victime d’agressions sexuelles est toujours grave, car il est spécifiquement lié à la fragilité de sa structure psychologique et affective. Or, pour l’enfant plus que pour toute autre victime dans une procédure pénale, parler des faits c’est aussi les revivre. Invité à renouveler tout au long de la procédure judiciaire, parfois sept ou huit fois dans une procédure criminelle, un témoignage sur des faits qu’il aura déjà eu, souvent, les plus grandes difficultés à révéler, le mineur subit alors un nouveau préjudice.

Les résultats sur le comportement de l’enfant et les dangers de ces répétitions sont connus. L’enfant peut acquérir le sentiment que sa parole est mise en



---

doute, en concevoir une grande culpabilité et finir par douter de la sincérité de son témoignage.

C'est pour cette raison que l'article 706-52 du code de procédure pénale, introduit par la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, prévoit que l'audition d'un mineur victime d'une infraction sexuelle devra faire l'objet d'un enregistrement sonore ou audiovisuel. Un tel enregistrement est en effet de nature à limiter le nombre des auditions de la victime, mais aussi à faciliter l'expression de l'enfant tout en permettant d'y déceler les éléments non verbalisés et de les mémoriser pour la suite de la procédure." O registo audiovisual é decidido quer pelo o juiz de instrução quer pelo Procurador da República, se o interesse do menor o justificar.

A versão primitiva do texto exigia o consentimento do menor ou dos seus representantes legais o que, aliado a dificuldades técnicas várias, fez com que o preceito fosse raramente utilizado. Assim, no quadro no célebre caso d'Outreau em que tiveram lugar centenas de audições de menores apenas foram realizados sete registos audiovisuais e nenhum no âmbito judiciário.

Pela citada lei de 5 de Março de 2007 foi suprimida a necessidade do consentimento do menor ou dos seus representantes legais.

Por outro lado, quer o juiz de instrução quer o Procurador da República deixaram de se poder opor à realização daquele registo, que só excepcionalmente, quando o interesse do menor o justificar poderá ser substituído por um registo magnetofónico (sobre a evolução legislativa em França veja-se, com muito interesse, a tese de doutoramento de Bertrand Marrion, defendida em 26-6-2010, *Le mineur, son corps et le droit criminel*, págs. 163-167, disponível em [www.theses.fr/2010/NAN20004/document](http://www.theses.fr/2010/NAN20004/document) e, numa perspectiva sobretudo prática, o texto de Gérard Berthet e de Cyrille Monnot, "L'audition du mineur victime – recueil de la parole de l'enfant par la police", *Enfance & Psy*, 2007/3, n.º36, págs.80-92, também disponível em [www.cairn.info/revue-enfance-et-psy-2007-3-pages-80.htm](http://www.cairn.info/revue-enfance-et-psy-2007-3-pages-80.htm)).

A Cour de Cassation já decidiu, por acórdão de 12-9-2007, proc.º n.º 06-87498. que os juizes de julgamento que firmaram a sua convicção com base num registo audiovisual realizado ao abrigo do citado artigo 706-52 "(...) n'ont pas méconnu le principe du contradictoire, dès lors qu'une copie de cet enregistrement était jointe au dossier, laquelle pouvait être visionnée par les avocats des parties."

Na Bélgica, desde 2000, encontra-se igualmente previsto o registo audiovisual das declarações de menores no âmbito de crimes sexuais (cfr., v.g., Laetitia van Caloen, "L'utilisation et l'impact des auditions video-filmées des enfants présumés victimes d'abus sexuelles" in *JDJ*, n.º231, janvier 2004, págs. também disponível em [www.sdj.be](http://www.sdj.be) e Michel Franchimont, Ann Jacobs e Adrien Masset, *Manuel de procédure pénale*, Bruxelles, 2006, Larcier, págs. 296-297).

O ideal seria, por conseguinte, que o registo do acto fosse realizado mediante gravação audiovisual para posterior visionamento em audiência de julgamento, o que permite obter uma prova de maior qualidade do que a simples leitura do auto, mediante a audição do respectivo registo magnetofónico<sup>185</sup>.

A lei portuguesa já autoriza a gravação audiovisual (artigo 101.º, n.º1), mas os escassos meios ao dispor dos tribunais portugueses raramente permitem a sua realização.

Concluído o inquérito, o auto fica à guarda do Ministério Público ou é remetido ao tribunal competente para a instrução ou o julgamento (artigo 275º, n.º3)<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup> O próprio Tribunal Europeu dos Direitos do Homem já por diversas vezes expressou a sua preferência pelo registo audiovisual. Assim, conforme se salientou no ac. de 17 de Julho de 2007, *Kovac c. Croacia*: §30 (...) The Court notes that the applicant was not provided with an opportunity to observe the manner in which the child was questioned by the investigating judge. This could have been arranged, for instance, by the applicant watching M.V. giving her statement in another room via technical devices. Furthermore, because M.V.'s statement to the investigating judge was not recorded on videotape, neither the applicant nor the trial court judges were able to observe her demeanour under questioning and thus form their own impression of her reliability (see *Bocos-Cuesta v. the Netherlands*, no. 54789/00, § 71).”

<sup>186</sup> Ao contrário do que sucede em outros ordenamentos jurídicos, a lei portuguesa não reconhece ao Ministério Público o poder de optar entre a guarda do auto ou a sua remessa ao tribunal competente. Se o processo findar nos serviços do Ministério Público, compete-lhe a guarda do auto. Se o processo for remetido ao tribunal competente, o auto é obrigatoriamente remetido.

## VII - Outras questões processuais

### 1. Natureza urgente do procedimento

No âmbito do processo civil a produção antecipada de prova reveste natureza urgente, enquanto acto que se destina a evitar dano irreparável – artigo 143.º, n.º2 do Código de Processo Civil.

Por isso a produção antecipada de prova pode ter lugar em dias de encerramento dos tribunais e em férias<sup>187</sup>.

Em processo penal a matéria do tempo dos actos encontra-se expressamente prevista nos artigos 103.º e seguintes pelo que, na ausência de qualquer lacuna, não é lícito o recurso à aplicação subsidiária do processo civil.

Segundo o n.º 1 do referido artigo 103.º os actos processuais praticam-se nos dias úteis, às horas de expediente dos serviços de justiça e fora do período das férias judiciais.

Nos termos do artigo 103.º, n.º2, alínea f), exceptuam-se do disposto no n.º 1: “Os actos de mero expediente, bem como as decisões das autoridades judiciárias, sempre que necessário.”

Como assinala Pinto de Albuquerque, diferentemente do que se passa nos processos de arguidos presos ou detidos e nos processos sumários e abreviados, “nos processos comuns de arguidos soltos só há actos processuais urgentes declarados de *per si*”<sup>188</sup>.

---

<sup>187</sup> Neste sentido veja-se, v.g., Lebre de Freitas, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 2º, cit., pág. 415.

<sup>188</sup> *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 280.

Por isso, tratando-se de declarações para memória futura, a natureza urgente do procedimento não opera *ope legis*, devendo ser objecto de despacho judicial, o qual é recorrível<sup>189</sup>.

No que respeita à contagem dos prazos de actos processuais, o n.º2 do artigo 104.º estatui que correm em férias os prazos relativos a processos nos quais devam praticar-se os actos referidos nas alíneas a) a e) do n.º 2 do artigo anterior.

A lei omitiu, claramente, a menção à alínea f) do preceito anterior.

Como bem dá conta Pinto de Albuquerque “nos termos da Proposta de Lei n.º 109/X, os prazos relativos a processos nos quais se devessem praticar os actos previstos na alínea f) do n.º1 do artigo 103.º também corriam em férias. Na AR suprimiu-se a menção à alínea f) no artigo 104.º, n.º2, mas a supressão é inócua, pois a autoridade judiciária pode sempre ordenar que corram em férias os processos em que haja vantagem em que o acto processual tenha lugar, prossiga ou se conclua em férias”<sup>190</sup>.

Em resumo, toda a tramitação do incidente de declarações para memória futura, tal como regulado no Código de Processo Penal, pode revestir natureza urgente desde que assim seja ordenado, em sede de inquérito ou de instrução, pelo juiz de instrução.

O regime legal acabado de expor é, porém, excessivamente complexo e demasiado formalista.

Diferentemente, no âmbito da violência doméstica a natureza urgente do procedimento opera *ope legis* atento o disposto no artigo 28.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 280.

<sup>190</sup> *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 282.

<sup>191</sup> É o seguinte o teor do citado artigo 28.º:

“1. Os processos por crime de violência doméstica têm natureza urgente, ainda que não haja arguidos presos.

Por outro lado, a atribuição de natureza urgente aos “processos por crime de violência doméstica” implica que o prazos processuais não se suspendam durante as férias judiciais (artigo 144.º, n.º1, in fine, do Código de Processo Civil ex vi do artigo 104.º, n.º1 do CPP).

Por isso que se possa concluir que todos os prazos relativos aos processos por crime de violência doméstica correm durante os fins-de-semana, feriados e férias judiciais, sem necessidade de, a este respeito, ser proferido qualquer despacho<sup>192</sup>.

---

2. A natureza urgente dos processos por crime de violência doméstica implica a aplicação do regime previsto no n.º2 do artigo 103.º do Código de Processo Penal.”

<sup>192</sup> Todavia, devido à forma pouco clara como se encontram redigidos os citados artigos 103.º e 104.º e 28.º, têm-se suscitado alguns problemas escusados quanto à contagem de prazos no âmbito dos crime de violência doméstica, como a jurisprudência dá conta: cfr. Acs. da Rel. de Évora de 28-6-2011, proc.º n.º 1890/09.7PBFAR-A.E.1, rel. Jose Maria Martins Simão [“Todos os prazos relativos aos processos por crime de violência doméstica correm durante os fins-de-semana, feriados e férias judiciais, sem necessidade de ser proferido, a respeito, qualquer despacho] da Rel. do Porto de 19-1-2011, proc.º n.º779/09.4PIVNG.P1, rel. Eduarda Lobo [1. Os processos por crime de violência doméstica têm natureza urgente, ainda que não haja arguidos presos, pelo que os prazos correm durante os fins-de-semana, férias e feriados para todos os sujeitos e intervenientes processuais e para a secretaria] e despacho de 7-6-2010, reclamação n.º 75/08.4GHVNG-A.P1, rel. Élia São Pedro [I- Mantém a natureza urgente o processo em que, acusado e absolvido o arguido da prática de um crime de violência doméstica, em concurso com dois crimes de ofensa à integridade física, o MºPº, posto que conformado com a absolvição relativa àquele crime, pugna pela condenação relativamente aos crimes de ofensa à integridade física. II- Enquanto toda a decisão absolutória não transitar em julgado, fazem parte do objecto do processo todos os crimes constantes da acusação e sobre os quais a sentença se pronunciou], todos in [www.dgsi](http://www.dgsi).

A questão já foi, inclusivamente, suscitada e analisada ao nível da constitucionalidade, tendo o Ac. da Rel. do Porto de 16-3-2011, proc.º n.º 607/09.0PPPRT.P1, rel. Artur Oliveira, disponível na mesma base de dados, decidido que “Em processo por crime de violação doméstica não viola o direito de defesa do arguido o art. 28º da Lei nº 112/2009, interpretado, conjugadamente com os arts. 103º, nº 2, e 104º, nº 2, do Código de Processo Penal, no sentido de que não se suspende em férias o prazo de apresentação da contestação.”

A este respeito é bastante impressivo o seguinte excerto daquele douto acórdão:

## 2. Segredo de justiça e declarações para memória futura

A doutrina italiana tem salientado que o conhecimento das declarações anteriormente prestadas pelo declarante é imprescindível à realização eficaz da diligência de prova antecipada e, sobretudo, ao controlo da credibilidade do declarante<sup>193</sup>.

---

“12. Assim, a natureza urgente atribuída aos processos por crime de violência doméstica implica que os prazos processuais corram durante os fins-de-semana, férias e feriados para todos os sujeitos e intervenientes processuais e para a secretaria, mesmo que não hajam arguidos presos (como no caso presente). É o que decorre do disposto no artigo 103.º, n.º 2 – cujo âmbito de aplicação é extensivo aos crimes de violência doméstica por remissão expressa daquela norma – conjugado com o artigo 104.º, n.º 2, ambos do CPP.

13. Assim se tem pronunciado esta Relação [ver AcRP de 19/1/2011 (Eduarda Lobo) e decisão de Reclamação de 07/06/2010 (Vice-Pres. Élia São Pedro)] e o Supremo Tribunal de Justiça [v.g. AcSTJ de 29/1/2007 (Cons. Sousa Fonte)] — este realçando que tal interpretação tem sido julgada conforme pelo Tribunal Constitucional, designadamente por se entender que não viola os princípios da igualdade e das garantias de defesa [“(…) como o atestam os Acs. n.ºs 213/93, de 16-03-1993, Proc. n.º 404/91 - 2.ª, 47/95, de 02-02-1995, Proc. n.º 125/94 (onde se refere o anterior e o n.º 384/93) e 353/97, de 30-04-1997, Proc. n.º 127/97 - 2.ª (onde se referem os Acs. n.ºs 566/94 e 47/95” – todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)].

14. Compreende-se que assim seja. Desde logo, pela necessidade de acautelar a defesa de valores constitucionalmente relevantes como a celeridade e eficiência do sistema penal, a liberdade do arguido, o interesse punitivo do Estado e, particularmente no caso presente, a integridade moral e física da vítima de violência doméstica, assim como a sua segurança e tranquilidade. A Lei não retira ao arguido o direito praticar atos processuais em sua defesa: limita-se a, perante circunstâncias muito específicas e como forma de compatibilizar a tutela efetiva de diversos direitos e liberdades individuais, estabelecer uma regra própria de contagem de prazos que, ao contrário da regra geral [artigo 103.º, n.º 1, do CPP], não prevê a suspensão no período de férias judiciais.

15. Lembramos o que não pode ser ignorado: que os casos de violência doméstica atingem inquietantes índices de intensidade, gravidade e frequência. A benéfica visibilidade que, ultimamente, sobre eles tem recaído incitou o legislador a abranger os processos por crime de violência doméstica no regime excepcional de contagem de prazos de atos processuais — regime que, avisadamente, o recorrente observou, por exemplo, na interposição dos recursos seguintes.”

<sup>193</sup> Cfr., v.g., Aniello Nappi, *Guida al Codice di Procedura Penale*, cit., págs. 375-376, 379 e 382, Vincenzo Garofoli, *Diritto processuale penale*, cit., pág.

Efectivamente, de acordo com o CPP italiano, sobre o Ministério Público recai a obrigação de, antes da realização da diligência antecipada de prova, depositar o auto de declarações que a pessoa a inquirir já prestou perante a Polícia Giudiciária e o Ministério Público, cujo teor pode ser conhecido pelo arguido, seu defensor e pelo ofendido nos dois dias que antecedem a data designada para a produção da prova<sup>194</sup>.

No caso do incidente previsto no art. 392.º, 1-bis, relativo a crimes sexuais e análogos, o contraditório é tutelado de uma forma mais ampla na medida em que a lei italiana obriga a que o Ministério Público proceda ao depósito de todos os actos de inquérito já realizados - artigo 393.º, 2-bis<sup>195</sup>.

---

301, Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penal*, Milano, 2006, Giuffrè Editore, págs. 234 e ss, Ercole Aprile e Pietro Silvestri, *Strumenti Per La Formazione Della Prova Penale*, 2ª ed., Milano, 2009, Giuffrè Editore, pág. 456, e Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, cit., pág 505. Como impressivamente salienta este último autor: “La legge ha cercato di effettuare un temperamento tra le due esigenze contestanti, quella che tende a tutelare la segretezza dei risultati delle indagini e quella che vuole assicurare alla difesa la possibilità di controllare la credibilità e l’attendibilità del dichiarante in sede di assunzione anticipata della prova. Resta il fatto che il difensore può conoscere soltanto le precedenti dichiarazioni della persona a esaminare, mentre il pubblico ministero ha il quadro completo delle indagini espletate fino a quel momento” (ibidem).

<sup>194</sup> É a seguinte a redacção do artigo 398.º, n.º 3: “Il giudice fa notificare alla persona sottoposta alle indagini, alla persona offesa e ai difensori avviso del giorno, dell’ora e del luogo in cui si deve procedere all’incidente probatorio almeno due giorni prima della data fissata con l’avvertimento che nei due giorni precedenti l’udienza possono prendere cognizione ed estarre copia delle dichiarazioni già rese dalla persona da esaminare. Nello stesso termine l’avviso è comunicato al pubblico ministero.”

Segundo a jurisprudência italiana o transcrito artigo 398.º, 3 “riguarda gli atti dichiarativi volontari diretti all’autorità procedente o alle parti, e non il contenuto di conversazioni private intercettate dagli inquirenti o giunte comunque a loro conoscenza” - Cass. Pen., sez III, 27 maggio 2009, n.º 26249, apud Giulio Berri, Antonella Nespola e Guido Berri, *Formulario del processo penale. Commentato com la giurisprudenza*, cit., pág. 1012.

<sup>195</sup> “Com la richiesta di incidente probatorio di cui all’articolo 392, comma 1-bis, il pubblico ministero deposita tutti gli atti di indagini compiuti.”

Entre nós o problema pode colocar-se - e já se colocou<sup>196</sup> - quando a produção antecipada de prova ocorre em fase de inquérito

---

A doutrina e a jurisprudência italianas referem-se assim a uma “*discovery* completa” (“tutti gli atti di indagini compiuti), por contraposição a uma “*discovery* limitata” (“copia delle dichiarazioni già rese dalla persona da esaminare”).

Na sugestiva imagem dada por Sergio Lorusso o referido preceito consagra “una *discovery* antecipata completa che sposta all’indietro il baricentro del processo” – Sergio Lorusso e Adelmo Manna, *L’Abuso Sessuale Sui Minori: Prassi Giudiziarie e Novità Normative Introdotte Dalla Legge 38/2006 Sulla Pedopornografia*, Milano, 2007, Giuffrè Editore, pág. 122.

Este sistema de “*discovery* completa” deve ser conjugada com o regime previsto no artigo 190.º-bis no qual o legislador italiano retringiu o âmbito dos casos em que o menor ouvido em declarações para memória futura poderá ser novamente ouvido em audiência de julgamento.

Como a propósito bem salienta Katia La Regina “ Incidente Probatório”, in Giorgio Spangher, *Trattato di Procedura Penal - Indagini preliminari e udienza preliminar*, vol. 3, cit., págs 573-574 “Questa disciplina, se certamente consente di garantire le esigenze difensiva della persona indagata per reati tanto gravi e infamanti, sembra ampliare i confini del contraddittorio anche per rendere quanto più possibile esaustivo il compimento dell’atto in incidente probatorio.”

<sup>196</sup> Veja-se o Ac. da Rel. de Coimbra de 10-5-2006, proc.º n.º 1312/06, rel. Esteves Marques, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Estava em causa a tomada de declarações para memória futura a uma menor de 9 anos de idade alegadamente vítima de um crime de natureza sexual. Logo no início da diligência o defensor do arguido requereu que lhe fosse facultado para consulta o auto de declarações já prestadas pela ofendida em sede de inquérito, o que foi indeferido. Debruçando-se sobre o caso e face ao regime legal então em vigor (maxime artigos 89º, n.ºs 1 e 2 e 86º, n.º5) que analisou, o douto acórdão concluiu que “a tomada de declarações para memória futura não legitima a consulta pelo arguido de peças do inquérito em segredo de justiça e a que aquele não tem acesso nos termos gerais.” Quanto à alegada violação do princípio do contraditório o mesmo douto acórdão concluiu pela improcedência da argumentação do recorrente na medida em que considerou, louvando-se na lição do Ac. do STJ de 19-4-1991 (*BMJ* n.º 406, pág. 364), que quanto às declarações para memória futura, o contraditório observa-se com a presença facultativa do arguido, seu Advogado e Ministério Público, com a possibilidade de estes solicitarem ao Juiz a formulação de perguntas adicionais, e com a possibilidade de a prova assim conseguida ser impugnada e contraditada por quaisquer outras provas em julgamento.

Em face do novo regime emergente da revisão/reforma de 2007, operada pelo Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, quer quanto ao segredo de justiça quer



submetido a segredo de justiça o que implica a proibição para os sujeitos processuais de “tomada de conhecimento do conteúdo de acto processual a que não tenham o direito ou dever de assistir” - artigo 86.º, n.º8, alínea a)<sup>197</sup>.

Mas o proprio ordenamento jurídico possui as necessárias válvulas de escape.

De acordo com o disposto no n.º9 do artigo 86.º a autoridade judiciária pode, fundamentadamente, dar ou ordenar ou permitir que seja dado conhecimento a determinadas pessoas do conteúdo de acto ou de documento em segredo de justiça, se tal não puser em causa a investigação e se afigurar: a) conveniente ao esclarecimento da verdade ou; b) indispensável ao exercício de direitos pelos interessados.

Face ao regime actualmente vigente afigura-se-nos líquido que os sujeitos processuais participantes na produção antecipada de prova a realizar na fase de inquérito submetido a segredo de justiça, nomeadamente o defensor do arguido, devem poder consultar o auto ou autos de declarações que a pessoa a inquirir já prestou anteriormente perante órgãos de polícia criminal e/ou o Ministério Público<sup>198</sup>, por em regra tal se revelar indispensável ao exercício do

---

quanto às declarações para memória futura, a solução a dar ao caso seria hoje necessariamente distinta.

<sup>197</sup> Como vulgarmente sucederá em casos de tráfico de pessoas e de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual em que é previsível a exclusão da publicidade da audiência de julgamento, e em que o segredo de justiça também acautela ou garante os interesses das vítimas e das testemunhas que de outro modo poderiam ficar expostas a vingança ou pressões dos arguidos ou pessoas que lhe são próximas (sobre esta finalidade do segredo de justiça cfr., v.g., Souto Moura, “Comunicação Social e Segredo de Justiça Hoje”, in *Direito ao assunto*, Coimbra Editora, 2006, pág. 87, Frederico da Costa Pinto, “Segredo de Justiça e Acesso ao Processo”, in Maria Fernanda Palma (coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2004, Almedina, pág. 71 e Jónatas Machado, *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra Editora, 2002, pág. 560).

<sup>198</sup> Por força do estatuído no n.º3 do artigo 89.º os autos ou as partes dos autos a que o arguido, o assistente e as partes civis devam ter acesso “são

direito de participação activa na diligência de tomada de declarações para memória futura e, nessa medida à salvaguarda do seu direito de defesa.

Em caso de acareação, os sujeitos processuais, nomeadamente o defensor do arguido, devem também poder ter acesso ao auto ou autos de declarações que as demais pessoas a acarear já prestaram anteriormente perante órgãos de polícia criminal e/ou perante o Ministério Público<sup>199</sup>.

Note-se que em caso de oposição fundamentada por parte do Ministério Público, sempre o requerimento de consulta do processo ou de elementos dele constantes é presente ao juiz que decide por despacho irrecorrível (artigo 89.º, n.º 2).

### **3. Repetição, em inquérito ou instrução, das declarações para memória futura.**

Pinto de Albuquerque pronunciou-se expressamente no sentido de que “o juiz de instrução não tem competência para ordenar a repetição da prova anteriormente prestada em diligência para memória futura”<sup>200</sup>.

Pelo contrário, António Gama acentua que “está na competência do juiz de instrução criminal 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 Código de Processo Penal, a anterior tomada de declarações padeça de nulidade insanável, v.g., art. 119.º, als. b) do

---

depositados na secretaria, por fotocópia e em avulso, sem prejuízo do andamento do processo, e persistindo para todos o dever de guardar segredo de justiça.”

<sup>199</sup> Assim também para o direito italiano, Katia La Regina, “Incidente Probatório”, in Giorgio Spangher, *Trattato di Procedura Penal - Indagini preliminari e udienza preliminar*, vol. 3, cit., pág. 638, defendendo uma interpretação extensiva do artigo 398.º, 3 do CPP Italiano.

<sup>200</sup> *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., págs. 689 (anotação 27 ao art. 271.º) e 752 (anotação 4 ao artigo 294.º).

Código de Processo Penal [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’<sup>201</sup>.

O laconismo da afirmação de Pinto de Albuquerque e a sua quase total ausência de fundamentação não nos permite encarar directamente os casos ou situações que o ilustre comentador teria tido em mente, obrigando-nos a abordar a questão em três perspectivas distintas.

Assim, estando o processo em inquérito ou em instrução, no caso de as anteriores declarações para memória futura (realizadas em inquérito ou em instrução) padecerem de nulidade insanável por ausência do Ministério Público ou do defensor, não vislumbramos efectivamente qualquer obstáculo a que o juiz de instrução repita a produção de prova.

Essa repetição deverá igualmente ocorrer sempre que seja suscitada a nulidade sanável decorrente da falta de nomeação de intérprete quando no processo intervenha pessoa que não conhece ou domina a língua portuguesa [artigos 92.º, n.º2 e 120.º, n.º2, 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.

---

<sup>201</sup> “Reforma do Código de Processo Penal”, cit., págs. 403- 404.

Nas situações referidas, a repetição da prova está dependente da declaração da nulidade/irregularidade e da manutenção dos pressupostos dos n.ºs 1 e 2 do art. 271.º do Código de Processo Penal.

Se, no momento em que é decretada a nulidade/irregularidade, o processo continuar em fase de inquérito, a repetição deve ainda ser expressamente peticionada por quem tem legitimidade para requerer a produção de declarações para memória futura.

A questão pode, ainda, ser encarada numa outra perspectiva qual seja a de saber se em sede de instrução - e fora do campo das nulidades e irregularidades - pode ser ordenada a repetição da prova antecipada já produzida em sede de inquérito ou de instrução.

Também neste domínio não vislumbramos qualquer obstáculo legal à referida repetição se, mantendo-se os pressupostos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 271.º do Código de Processo Penal, a mesma for possível, se revelar “indispensável à realização das finalidades da instrução” (artigo 291.º, n.º3) e não puser em causa a saúde física ou psíquica do declarante.

Finalmente, e só nesta medida se poderá acompanhar Pinto de Albuquerque, o juiz de instrução não tem obviamente competência para ordenar que em audiência de julgamento seja repetida a prova anteriormente prestada em diligência para memória futura, por tal competência caber em exclusivo ao juiz de julgamento<sup>202</sup>.

---

<sup>202</sup> Terá sido certamente este o sentido que o ilustre Professor procurou imprimir à anotação 27 ao artigo 271.º (op. cit., pág. 689) atento o sumário denominado “A repetição da prova na audiência de julgamento (anotações 25 a 27)” constante de pag. 683. Mas o mesmo já não poderá dizer-se da anotação 4 ao artigo 294.º (op. cit., pág. 752) englobada no sumário denominado “As declarações para memória futura na instrução (op. cit., pág. 751).

## 4. Impedimento por participação no processo

Ao contrário do que sucedeu no ordenamento jurídico italiano, entre nós nunca se questionou a possibilidade de intervenção no debate instrutório ou no julgamento do juiz que, no mesmo processo, em fase de inquérito ou de instrução, participou no incidente de produção antecipada de prova, presidindo nomeadamente ao acto de recolha de declarações para memória futura<sup>203</sup>.

---

<sup>203</sup> Em Itália assistiu-se a uma evolução curiosa.

Em 1998, o artigo 34.º, bis do CPPI, na redacção que lhe foi conferida pela Lei n.º 51 de 19 de Fevereiro de 1998, passou a estatuir que “Il giudice che nel medesimo procedimento há esercitado funzione di G.I.P non può emettere il decreto penali di condanna, né tenere l’udienza preliminare.”

Desde 2000, porém, que inexistente o apontado impedimento (“incompatibilità”) por força da nova redacção conferida ao artigo 34, 2 quatter, aditado pelo DL n.º 82 de 7 de Abril de 2000, convertido pela Lei n.º 144 de 5-6-2000, segundo o qual “Le disposizione del comma 2 bis non si applicano inaltre al giudice che abbia provveduto all’assunzione dell’incidente probatorio o comunque adottato uno dei provvedimenti previsti dal titolo VII del libro quinto.”

Esta nova opção legislativa foi objecto de apreciações doutrinárias contraditórias. Assim, D. Chiara, *L’incompatibilità endoprocessuale del giudice*, Torino, G.Giappicheli Editore, 2000, págs. 227 e 228, apud Mouraz Lopes, *A Tutela da Imparcialidade Endoprocessual no Processo Penal Português*, cit., pág. 160, nota 25, alude à contradição num “sistema que de uma parte professa uma incompatibilidade absoluta no domínio do mesmo processo entre as funções de *giudice per l’indagine preliminari* e as sucessivas funções decisórias e de outra constroi, com o novo art. 34, comma 2-*quatter*, um salvo conduto de largo espectro para a hipótese em que o mesmo juiz pessoa, depois de ter participado na admissão de múltiplos elementos de prova na fase antecedente, se encontrar a desempenhar funções de juiz da audiência preliminar, do procedimento por decreto ou da fase de julgamento.”

O novo regime legal italiano parece, porém, colher a preferência de Paolo Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, cit., pág. 91, Idem, *Diritto processuali penale. Manuale breve*, cit., pág. 51, quando acentua que no âmbito do incidente probatório o juiz de instrução se limita a exercer funções de tipo não decisório e conclui : “In fatti, il giudice che si è limitato ad assistere all’assunzione della prove, in incidente probatorio, lungi dall’essere ‘prevenuto’ nei confronti dell’indagato, è un soggetto idoneo a pronunciarsi sul rinvio a giudizio (in udienza preliminare) o sulla colpevoleza (in dibattimento).”

É sabido que o artigo 40.º “tem em vista garantir a imparcialidade do juiz enquanto elemento fundamental à integração da função jurisdicional face a intervenções processuais anteriores que, pelo seu conteúdo e âmbito, considera como razão impeditiva de futura intervenção. O envolvimento do juiz no processo, através da sua directa intervenção enquanto julgador, através da tomada de decisões, o que sempre implica a formação de juízos e convicções, sendo susceptível de o condicionar em futuras decisões, assim afectando a sua imparcialidade objectiva, conduziu o legislador a impedi-lo de intervir nas situações em que a cumulação de funções processuais pode fazer suscitar no interessado, bem como na comunidade, apreensões e receios, objectivamente fundados”<sup>204</sup>.

Ora, o citado artigo 40.º não prescreve o impedimento da intervenção nem no debate instrutório nem no julgamento do juiz que, no mesmo processo, em fase de inquérito ou de instrução, tomou declarações para memória futura.

Na verdade, ao contrário do que sucede em outras intervenções jurisdicionais no inquérito ou em instrução, da intervenção do juiz de instrução que rejeita ou admite a prova antecipada e que intervem, enquanto entidade terceira, independente e imparcial, na

---

<sup>204</sup> Ac. STJ de 19-5-2010, proc.º n.º 36/09.6GAGMR.G1-A.S1, rel. Cons.º Oliveira Mendes, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Sobre o artigo 40.º veja-se Carlos Lopes do Rego, “Estrutura acusatória do processo penal: imparcialidade do Tribunal e impedimento do juiz por participação no processo” in *Revista do Ministério Público*, ano 17, n.º68, Out/Dez. 1996, págs. 139-154, Mário de Brito, “Impedimento do juiz por participação em processo: artigo 40.º, 2ª parte do Código de Processo Penal”, in *Revista do Ministério Público*, ano 19, n.º76, Out/Dez. 1998, págs. 25-39, Mouraz Lopes, *A Tutela da Imparcialidade Endoprocessual no Processo Penal Português*, cit., págs 103 e seguintes, Pedro Caro de Sousa, “Da imparcialidade dos magistrados judiciais face ao princípio do acusatório – uma análise do artigo 40.º do Código de Processo Penal, in *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora, 2007, págs. 1011- 1056, e as anotações de Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., págs.116-123 e de Víncio Ribeiro, *Código de Processo Penal-Notas e Comentários*, 2ª ed., págs. 85-89, ambas com amplas referências jurisprudenciais, inclusive do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

tomada de declarações para memória futura, em regime de contraditório e com observância das garantias de defesa, não decorre nem implica uma qualquer *valoração do conteúdo da hipótese acusatória*<sup>205</sup>, de tal modo que a sua intervenção possa fazer perigar a sua imparcialidade<sup>206</sup>.

Fica, porém, ressalvada a hipótese de recusa ou de escusa do juiz que tomou declarações para memória futura – artigo 43º, n.ºs 1, 2, 3 e 4.

---

<sup>205</sup> Esta terminologia é claramente inspirada na tese de mestrado de Mouraz Lopes, *A Tutela da Imparcialidade Endoprocessual no Processo Penal Português*, onde o autor, depois de passar em revista os diversos critérios que foram sendo propostos para a identificação “da fonte do prejuízo cuja autonomia é passível de sustentar um juízo de impedimento do tribunal por violação do princípio da imparcialidade”, nomeadamente os critérios do objecto do processo (págs. 118-121) e da intensidade, relevância e frequência da intervenção do juiz ( págs. 122-124), muito justamente conclui (conclusão 4ª) que “Na identificação dos impedimentos do juiz, apenas um critério substancial, identificado pela valoração do conteúdo da hipótese de acusação por ele proferido poderá responder inquévoca à garantia da tutela da imparcialidade endoprocessual do juiz” (pág. 186).

<sup>206</sup> Neste sentido, Mouraz Lopes, *A Tutela da Imparcialidade Endoprocessual no Processo Penal Português*, cit., pág. 162. Cfr. também, págs 128 e 186.

## **VIII - Ineficácia das declarações para memória futura e repetição da prova**

### **1. Ineficácia da prova antecipada**

A circunstância de ter sido admitida a antecipação da prova e de esta ter sido realizada não implica, necessariamente, que a mesma venha a ser valorada pelo tribunal, em audiência de julgamento, após a leitura do respectivo auto e subsequente debate contraditório.

Pode, na verdade, ocorrer uma multiplicidade de circunstâncias ou factores que conduza à ineficácia ou inutilização da prova antecipada produzida.

Por um lado, o desenrolar do inquérito pode tornar tais declarações irrelevantes para a decisão da causa, nomeadamente para a prova do crime ou crimes imputados ao arguido<sup>207</sup>.

Por outro lado, o processo pode não atingir a fase do julgamento (v.g. em caso de arquivamento, de suspensão provisória do processo, de despacho de não pronúncia, de extinção do procedimento criminal).

Mesmo havendo julgamento a prova antecipada poderá não ser utilizada.

---

<sup>207</sup> Também no âmbito do processo civil, Fernando Pereira Rodrigues destaca que “É suposto que a produção de prova antecipada recaia sobre factos que tenham interesse para a decisão da causa, que no caso de a acção já estar proposta serão os factos articulados, mas se mais tarde se verificar que afinal não tinham qualquer interesse, a prova recolhida fica, obviamente, sem utilização” - *A Prova em Direito Civil*, cit., pág. 214. Já anteriormente Alberto dos Reis, a propósito da produção antecipada de prova requerida antes da organização do questionário, sublinhara que “(...) produzida antecipadamente a prova, se mais tarde os factos respectivos não vieram a ser incluídos no questionário, a prova recolhida fica sem utilização” - *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, 3ªed., cit., pág. 334.



Como bem acentua Damiano da Cunha, a decisão de admissão da produção da prova assenta num juízo de prognose quanto à impossibilidade de produção (oral) de declarações em audiência de julgamento e ainda num juízo de prognose de tais declarações poderem configurar-se como relevantes para a descoberta da verdade. Falhando a prognose e verificando-se a possibilidade de presença do declarante, aquela produção antecipada perderá sentido por desnecessidade<sup>208</sup>.

## **2. A repetição da prova e a prova antecipada anteriormente produzida**

É neste contexto que se compreende a necessidade sentida pelo legislador de procurar regular as situações em que a testemunha (assistente, parte civil, perito ou consultor técnico) já antecipadamente ouvida poderá/deverá comparecer em julgamento ou, o que é o mesmo, em que situações deverá admitir-se a repetição da prova.

Assim, nos termos do n.º8 do artigo 271.º, introduzido pela Lei n.º 48/2007, a tomada de declarações para memória futura “não prejudica a prestação do depoimento em audiência de julgamento, sempre que ela for possível e não puser em causa a saúde física ou psíquica de pessoa que o deva prestar.”

Pese embora a sua aparente singeleza<sup>209</sup>, a aplicação prática desta norma é susceptível de colocar alguns problemas melindrosos.

A propósito das semelhanças e diferenças entre a prova antecipada e a prova preconstituída, o peruano Talavera Elguera destaca entre as primeiras o facto de se tratarem de meios subsidiários: “medios subsidiarios, pues si la fuente de prueba finalmente se encuentra

---

<sup>208</sup> “O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP)”, cit., pág. 410.

<sup>209</sup> Pinto de Albuquerque vai ao ponto de salientar que “O legislador afirma (...) uma evidência (...)”- *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 688.

disponible para su actuación en el juicio, se impone su práctica y ulterior valoración (situación de normalidad)<sup>210</sup>.

O regresso a esta “situação de normalidade” pode, na verdade, ocorrer no caso de o estado de saúde do declarante ter evoluído de forma muito favorável ou de, entretanto, ter regressado ao território nacional.

Mesmo no âmbito dos crimes do catálogo não é de excluir uma alteração de circunstâncias tal que torne possível e desejável a comparência da testemunha em audiência de julgamento.

Mas, por força das apertadas condições de que a lei faz depender a repetição da prova, este regresso à normalidade é sempre, por natureza, excepcional.

Na verdade, a repetição da prova não constitui a regra.

Em primeiro lugar, sem prejuízo dos poderes oficiosos do juiz de julgamento, a repetição da prova deve ser requerida pela parte interessada na sua produção<sup>211</sup>.

Em segundo lugar, a repetição da prova para ocorrer deve, naturalmente, ser considerada necessária para a descoberta da verdade (artigo 340.º, n.º1)<sup>212</sup>.

---

<sup>210</sup> *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual del derecho probatorio y de la valorización de las pruebas en el proceso penal común*, cit., pág. 73.

<sup>211</sup> Sobre a necessidade de requerimento pela parte interessada vejam-se os Acs. da Rel. de Guimarães de 9-11-2009, proc.º n.º 37107.8TAFAG1, rel. Fernando Ventura e da Rel. de Coimbra de 20-5-2009, proc.º n.º 5/02.7ZRCBR.C1, rel. Vasques Osório, ambos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). É esta expressamente a solução prevista no processo civil espanhol [artigo 295,4 da Ley de Enjuiciamiento Civil: “La prueba practicada anticipadamente podrá realizarse de nuevo si, en el momento de proposición de la prueba, fuera posible llevarla a cabo y alguna de las partes así lo solicitara. En tal caso, el tribunal admitirá que se practique la prueba de que se trate y valorará según las reglas de la sana crítica tanto la realizada anticipadamente como la efectuada con posterioridad].

Sem prejuízo dos poderes officiosos do juiz de julgamento, incumbe ao interessado na repetição da prova o ónus de indicar a razão ou razões da necessidade da reiteração do depoimento, as quais devem ser suficientemente concretizadas, não bastando a simples invocação genérica do interesse ou utilidade para a descoberta da verdade ou para a boa decisão da causa<sup>213</sup>.

No âmbito dos crimes sexuais e conexos envolvendo menores a lei italiana procurou especificar um pouco mais essa necessidade, explicitando que a repetição apenas é admitida se respeitar a factos ou circunstâncias diversas daqueles que foram objecto da precedente declaração ou se o juiz ou alguma das partes a considerarem necessária com fundamento em exigências específicas<sup>214</sup>.

---

<sup>212</sup> Cfr. Pinto de Albuquerque *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 688 e os Acs. da Rel. de Guimarães de 9-11-2009, proc.º n.º 37107.8TAFAG1, rel. Fernando Ventura, da Rel. do Porto de 1-7-2009, proc.º n.º 0848072, rel. Jorge Jacob e da Rel. de Coimbra de 20-5-2009, proc.º n.º 5/02.7ZRCBR.C1, rel. Vasques Osório, todos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>213</sup> Conforme informa Pinto de Albuquerque, “o juízo de repetição da prova em audiência de julgamento é recorrível, tendo o recurso efeito suspensivo da diligência e subindo de imediato e em separado (artigos 406, n.º2, 407, n.º1 e 408, n.º 3, *in fine* - *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág.688. No mesmo sentido cfr. 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., pág.131.

<sup>214</sup> Cfr. art. 190 bis do CPPI: “(...) l’esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze.”

Como sublinham Alessia Micoli e David Monti, *La Tutela Penale della Vittima Minore, Aspetti Sostanziali e Processuali*, Milano Cedam, 2010, a propósito da repetição de declarações de menores, “La regole base è quella di evitare, il più possibile, la reiterazione delle dichiarazioni del minore, quale elemento di usura, sia per la credibilità intrínseca, sia per il rischio di trauma che si possono determinare nella sua personalità, sia per la stessa garanzia della persona sottoposta ad indagini od imputato”(pág. 333).

O supremo tribunal italiano já teve oportunidade de frisar que “è necessario che (...) siano indicato specificamente le circostanze su cui dovrebbe vertere l’esame ai sensi dell’art. 190.º-bis c.p.c, non essendo sufficiente evidenziare genericamente l’utilità di assumerne la testimonianza” (Cass. Pen, sez.III, 3

Ao mesmo resultado chegou a jurisprudência portuguesa quanto à necessidade de repetição da inquirição de menor vítima de crime contra a autodeterminação sexual, ao afirmar que “só caso a caso pode ser aferida a presença de razões ponderosas que o justifiquem. Podem, por exemplo, as declarações prestadas ser omissas relativamente a parte do objecto do processo ou surgirem em julgamento elementos novos que a tanto aconselhem”(Ac. da Rel. de Guimarães de 9-11-2009)<sup>215</sup>.

Compreendem-se, assim, os especiais cuidados que devem rodear a tomada de declarações para memória futura por forma a evitar a necessidade de comparência do declarante em audiência, sobretudo tratando-se de menores<sup>216</sup>.

---

april 2008, N. 19728, apud Emília Anna Giordano e Mariella de Marsellia, *Violenza in Famiglia – Percursi giurisprudenziali*, Giuffrè, 2011, pág. 337 e Giulio Berri, Antonella Nespola e Guido Berri, *Formulario del processo penale. Commentato con la giurisprudenza*, Giuffrè, 2010, pág. 472).

<sup>215</sup> proc.º n.º 37107.8TAFAG1, rel. Fernando Ventura, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Também os “Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto”, *Código de Processo Penal - Comentários e notas práticas*, cit. pág. 683 referem que “(...) como compete ao Tribunal de julgamento apreciar toda a prova tendo em vista a decisão a proferir, é perfeitamente compreensível que, muitas vezes, haja a necessidade de, nomeadamente, esclarecer certos pontos conflituantes e decorrentes das declarações prestadas por uma testemunha ouvida em audiência de julgamento e as prestadas por outra que foi inquirida pelo juiz de instrução em sede de inquérito ou de instrução.”

Na mesma linha 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., págs. 130-131 salienta que “...o depoimento em audiência não deverá ter um carácter de mera repetição ou reprodução do acto para memória futura, pois, isso, por si só, mais não consubstanciará que uma atitude de ‘massacre descritivo’ (e psicológico) do menor a troco de ... muito pouco. Mas já justificará a nova audição se for crível supor que é essa a forma de esclarecer os pontos de facto essenciais entretanto postos em crise pelo decurso da produção probatória.”

<sup>216</sup> Como assinalam Emília Anna Giordano e Mariella de Marsellia, *Violenza in Famiglia – Percursi giurisprudenziali*, cit., pág. 335: “Evidente è, dunque, la necessita della completezza dell’esame del teste minori nel corso dell’incidente probatorio evitando di lasciare argomenti insoluti nella ricostruzione dei fatti, infatti, la presenza di eventuali lacune accresce il rischio di un’audizione

Em terceiro lugar, para além de necessária, a repetição tem de ser possível.

Na verdade, embora necessária, a repetição da prova pode tornar-se inviável porque impossível (v.g. agravamento da doença do declarante, paradeiro desconhecido, residência no estrangeiro, etc.).

Os requisitos da necessidade e da possibilidade, resultam claramente da conjugação do disposto no n.ºs 1 (parte final) e 8 do artigo 271.º do CPP.

«Porém - como bem se explicitou no citado Ac. da Rel. de Guimarães de 9-11-2009 - a conjugação desses segmentos normativos significa que o legislador procurou sublinhar o que sempre decorreria do princípio da investigação ou da verdade material, consagrado no artº 340.º do CPP, ou seja, que o tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade ou à boa decisão da causa. Também na limitação dessa reinquirição aos casos em que for possível nada se acrescenta ao que se dispõe na al. b) do nº4 do artº 340.º, pois, e até pela natureza das coisas, a produção de prova de “obtenção impossível” sempre estará votado ao fracasso.»

Finalmente, para além de necessária e possível, a repetição não pode colocar em causa a saúde física ou psíquica de pessoa que o deva prestar. Para o efeito e se necessária poderá ser ordenada a realização de prova pericial<sup>217</sup>.

---

dibattimentale del minore frustrando, così, proprio la finalità dell'incidente probatorio.”

<sup>217</sup> Veja-se a este respeito o seguinte excerto do Ac. da Rel. do Porto de 1-7-2009, proc.º n.º 0848072, rel. Jorge Jacob, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) : “É certo que o nº 8 do art. 271.º do Código de Processo Penal (diploma a que se reportam todas as demais disposições legais citadas sem menção de origem) deve, neste particular aspecto, ser complementado com o disposto no art. 131.º, nº 2, do mesmo diploma. Em regra, concluindo o juiz pela incapacidade da testemunha para prestar depoimento, deverá ordenar a realização de perícia que o confirme. Condição desse procedimento, como expressamente resulta da parte final do nº

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

Por isso, como bem salienta Pinto de Albuquerque, no caso de doença grave ou de vítima de crimes de catálogo, a repetição deve ser encarada “em casos excepcionais, em face da ratio protectora da diligência de declarações para memória futura da pessoa que o deva prestar”<sup>218</sup>.

É neste contexto que se compreende a anotação de Faria e Costa quando, depois de assinalar entre as “diversas e numerosas alterações” ao CPP, constantes do projecto de revisão que veio a

---

2 do art. 131.º, é que daí não resulte retardamento da marcha normal do processo. Mas tal procedimento deverá também ser recusado sempre que se apresente como inútil ou como expediente de carácter meramente dilatatório. Tal é, de resto, o caso dos autos, em que a testemunha já tinha prestado depoimento para memória futura e em que nenhuma questão concreta foi indicada como justificativa da repetição do meio de prova. Sendo assim, tomar-lhe novo depoimento traduzir-se-ia num acto inútil que, como tal, é proibido por lei, sendo conseqüentemente inútil também, num tal enquadramento, determinar a realização de perícia psicológica ou psiquiátrica, que implicaria necessariamente considerável retardamento do processo.”

<sup>218</sup> *Comentário ao Código de Processo Penal*, cit, pág. 688. De modo semelhante se pronunciaram os Acs. da Rel. do Porto de 1-7-2009, proc.º n.º 0848072, rel. Jorge Jacob e da Rel. de Coimbra de 20-5-2009, proc.º n.º 5/02.7ZRCBR.C1, rel. Vasques Osório, ambos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), o primeiro ao considerar que “tendo o arguido requerido a inquirição na audiência de julgamento de testemunha que prestara declarações para memória futura, não merece censura a decisão de indeferimento daquele requerimento, se o juiz, ouvindo preliminarmente a testemunha, conclui, pelas suas reacções, que não se encontrava em condições de prestar depoimento pelo previsível risco que daí resultaria para a sua saúde psíquica” e o segundo ao explicitar que “a tomada de declarações para memória futura não impede que a testemunha possa prestar o depoimento em audiência de julgamento, desde que o tribunal considere a repetição necessária para a descoberta da verdade, nos termos do art. 340.º, n.º1 do C. Processo Penal, officiosamente ou a requerimento, e desde que a repetição não ponha em causa a saúde da testemunha.”

culminar na Lei n.º 48/2007, que “As declarações para memória futura na fase de inquérito (art. 271.º CPP) passarão a ser regra nos casos de crimes de tráfico de pessoas ou de ofensa à liberdade e à autodeterminação sexual, com o pretendido objectivo de proteger vítimas e testemunhas”, conclui, em jeito de lamento, que “Sem desconsiderar a importância dos interesses das vítimas, tal restringirá o poder de apreciação directa do caso pelo Tribunal, destruindo nesse caso o imediatismo do julgamento, sempre que se invoque e aceite que a prestação de depoimento em julgamento não será possível por poder por em causa a saúde física ou psíquica da pessoa que o deva prestar”<sup>219</sup>.

No caso de se alterarem os pressupostos que fundamentaram a produção antecipada de prova, por v.g., o estado de saúde da testemunha possibilitar a sua audição ou por a mesma ter regressado ao território nacional, ou de, excepcionalmente, se revelar absolutamente necessária a reinquirição da vítima de crimes do catálogo, ocorre como que uma inutilidade superveniente das declarações para memória futura anteriormente prestadas<sup>220</sup>, devendo a testemunha ser convocada para prestar o seu depoimento em audiência de julgamento.

Nestes casos, de repetição da prova, em tese geral pode afirmar-se, com Miranda Estrampes, que “el anticipo probatório perde su eficacia e no puede sustituir la declaración del testigo en el juicio oral”<sup>221</sup>.

---

<sup>219</sup> “Os Códigos e a Mesmidade: O Código de Processo Penal de 1987”, in Escola de Direito da Universidade do Minho, Mário Ferreira Monte (dir), *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por Ocasão dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, cit., págs. 455-456.

<sup>220</sup> A estes casos deve equiparar-se a situação que ocorre no caso de a admissão da leitura não ser autorizada por desnecessária.

<sup>221</sup> *Juicio y Estrategia Probatoria del Ministerio Público*, cit., pág. 63.

É substancialmente distinta a solução vigente no processo civil espanhol. Segundo o artigo 295.4 da Ley de Enjuiciamiento Civil, “La prueba practicada anticipadamente podrá realizarse de nuevo si, en el momento de proposición de la prueba, fuera posible llevarla a cabo y alguna de las partes así lo solicitara. En tal caso, el tribunal admitirá que se practique la prueba de que se trata y valorará según las reglas de la sana crítica tanto la realizada

As declarações para memória futura anteriormente prestadas poderão, contudo, ser utilizadas quando a testemunha incorrer em contradições ou discrepâncias ou para reavivar a sua memória [artigo 356.º, n.º3, als. a) e b)]<sup>222</sup>.

---

anticipadamente como la efectuada con posteridad.” Como sublinham os advogados Carlos Manuel Martín Jiménez e Juan José Martín Jiménez, *Teoría y Práctica del Ejercicio de las Acciones Civiles. Comentarios y Formularios*, cit., pág 77, “Lo importante es que la nueva práctica de la misma prueba no tiene ningún efecto sobre la prueba anticipada, no la borra, no la elimina, no la hace perder valor.”

No processo civil português, não obstante a ausência de norma expressa a este respeito, afigura-se-nos que o problema deverá mercer solução idêntica à prevista na legislação espanhola, atento o disposto no artigo 655.º do CPP.

<sup>222</sup> Cfr. neste sentido, Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime e o que se disse antes do Julgamento, Estudos sobre a Prova no Processo Penal Português, à Luz do Sistema Norte-Americano*, pág. 599 ao destacar que «Sendo a fonte de prova ouvida em julgamento, a reprodução das suas anteriores declarações processuais apenas é admitida quando prestadas perante juiz e para “avivamento da memória de quem declarar na audiência que já não recorda certos factos”, ou quando da sua leitura decorre a existência de “contradições” ou “discrepâncias”». No mesmo sentido, perante o direito dominicano e peruano, cfr., respectivamente, Miranda Estrampes, *Juicio y Estrategia Probatoria del Ministerio Público*, cit., pág. 63 e H. Quinones Vargas, “La prueba en el Proceso Penal”, in Escuela Nacional de la Judicatura, *Derecho procesal Penal*, Santo Domingo, 2006, pág. 258.

Tratando-se de contradições ou discrepâncias, a doutrina portuguesa que primeiramente se debruçou sobre este preceito legal (cfr. Damião da Cunha, “O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts.356.º e 357.º do CPP)”, cit., págs. 417-418, Sandra Oliveira e Silva, *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, cit., págs. 247-248 e nota 289), à semelhança de alguma doutrina espanhola (Gómez Orbaneja, in Gómez Orbaneja - Herce Quemada, *Derecho Procesal Penal*, 10ªed, Madrid, 1987, Agesa, págs. 256-257, Vicente Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2004, Colex, pág. 662, Perfecto Andrés Ibanez, “Sobre prueba y motivación”, in *Jueces para la democracia*, n.º 59, 2007, págs. 80-94, Lorena Winter Bachmaier, *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*, Madrid, 2008, Marcial Pons, pág. 40) e italiana (Ferrua, in *Il giusto processo*, pág. 10, apud Sandra Oliveira e Silva, *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, cit., pág. 248, nota 484), sublinha que a leitura visa apenas uma mera prova crítica das declarações efectivamente prestadas em audiência, não podendo as declarações precedentes ser valoradas como prova na reconstrução dos factos. No fundo, as contradições ou discrepâncias decorrentes da leitura de declarações anteriores, visam apenas provocar uma explicação por parte da



---

testemunha, constituindo um elemento para a valoração do que foi afirmado em julgamento e só disso.

O Prof. Germano Marques da Silva, in “Produção e Valoração da Prova em Processo Penal”, cit., pág. 42, parece também perfilhar esta linha de orientação na medida em que considera que “a leitura de declarações prestadas nas fases anteriores do julgamento só é admitida, e com restrições, como auxiliar de memória e para apurar da credibilidade das fontes da prova pessoal (art. 356.º, n.º3)”.

Diferentemente, alguma prática jurisprudencial portuguesa, ao nível da 1ª instância, sempre sustentou que os depoimentos prestados em inquérito ou em instrução, lidos nos termos do artigo 356º, n.º3, são parte integrante da prova complexa produzida em julgamento de que o julgador se pode socorrer na formação da sua convicção.

Bernardo Marques Vidal, *A leitura em audiência das declarações das testemunhas proferidas durante o inquérito*, 7-1-2011 (tese de mestrado), in [run.unl.pt/bitstream/10362/6901/1/Vidal\\_2011.Pdf](http://run.unl.pt/bitstream/10362/6901/1/Vidal_2011.Pdf), diverge do entendimento perfilhado por Damião da Cunha, salientando que as declarações em causa “podem ser a base de aplicação de medidas de coacção ao arguido, podendo levar inclusivamnete à privação da liberdade. A não valoração destas declarações pode também conduzir a juízos de prognose sobre a eficiência da sua inclusão na acusação por parte das entidades investigadoras, levando a uma maior generalização do recurso a métodos mais invasivos da intimidade do arguido (como as escutas telefónicas). É de notar ainda que, numa análise aos antecedentes históricos desta disposição, sempre foi permitida a leitura destas declarações e a sua consequente valoração., sem que esta tivesse sido questionada mesmo já durante o período democrático”(pág. 66). Mais decisivamente, o mesmo autor conclui que “Tendo estes argumentos em conta, não podemos deixar de anotar que acima deles está a lógica interna do CPP que em parte alguma limita a valoração da prova adquirida de forma legal e reproduzida (ou examinada) em audiência. A preclusão da utilização deste material probatório à apreciação do juiz não é enquadrável no âmbito dos meios de de protecção do arguido. Os direitos de defesa do arguido encontram-se constitucionalmente estatuídos numa perspectiva de garantia de utilização de todos os meios possíveis para a comprovação da sua inocência e não como forma de obstar à descoberta da verdade material” (*ibidem*).

Também Dá Mesquita, *A Prova do Crime e o que se disse antes do Julgamento, Estudos sobre a Prova no Processo Penal Português, à Luz do Sistema Norte-Americano*, cit., págs 602-603, nota 271, conclui que “A conjugação das disposições dos arts. 355.º e 356.º do CPP parece permitir a conclusão que, por via da ressalva do n.º 2 do art. 355.º do CPP, tais provas valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do Tribunal...”

Finalmente, foi esta a posição recentemente assumida pelo Tribunal colectivo do 2ª juízo do Tribunal Judicial de Lousada no seu acórdão de 22-2-2011,

---

proferido no conhecido caso do “desaparecimento do menor Rui Pedro”, disponível in [www.asjp.pt](http://www.asjp.pt): “Esta foi, de facto, a orientação adoptada, no caso particular da testemunha António S..., por se entender que o que deve ser valorado e antes disso descortinado pelo Tribunal quando ouve uma testemunha é o seu efectivo conhecimento sobre uma determinada realidade, desde que respeitado o princípio do contraditório, as garantias de defesa e formalidades legais, cuja violação não foi sequer apontada.”

Em Espanha é esta também a posição de alguma doutrina [v.g., Manuel Ramos Ortells, “Eficacia Probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730º y 714º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, in *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, n.º4, 1977, pág. 245, Eduardo Font, “Delimitación práctica del concepto de testigo y perito”, in *Aportaciones del Profesor Eduardo Font a la doctrina jurídica*, Madrid, 2004, Ministerio de Justicia, pág. 261 e, por razões práticas, Vegas Torres, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993, Editorial La Ley, págs. 247-248 e 252, reconhecendo que o resultado do entendimento contrário, na medida em que pode levar à impunidade do crime, “tendria, probablemente, un coste difícil de soportar para la sociedad” (pág. 252)] e da jurisprudência maioritária. Como o Tribunal Supremo espanhol vem sublinhando, “Cuando un testigo o acusado declara en el juicio oral en un sentido diverso a lo manifestado en la instrucción, el tribunal, como una expresión más del principio de la apreciación conjunta de las pruebas, puede tener en cuenta cualquiera de tales declaraciones, total ou parcialmente, assumindo, en su caso, las precedentes al juicio, com tal de que en la diligencia de instrucción se hayan observado las formalidades y requisitos exigidos por la ley”(STS 377/1997, de 20 de Março; cfr. no mesmo sentido as sentenças n.º 58/2008, de 25-1-2008, 303/2007, de 10-4-2007, 75/2006, de 3-2-2006; cfr. ainda a demais jurisprudência citada em Carlos Climent Durán, *La Prueba penale*, cit., págs. 222-227, Jaime Alemán Cano, *La Prueba de Testigos en el Proceso Penal*, cit., pág. 254, Diaz Cabiale, *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Madrid, 1991, Consejo General del Poder Judicial, págs. 260-265) e a sentença n.º 31/1981 do Tribunal Constitucional espanhol.

Do mesmo modo se pronunciou a Casación Argentina, Sala IV, na sua sentença n.º 4290, de 20- 8-2004, quando conclui que “...debe repararse en la suficiente libertad que debe tener e juzgador para elegir la declaración más creíble y verosímil cuando entre ellas existe contradicción” e, na jurisprudência peruana, a Ejecutoria Suprema Vinculante de 24-11-2004, no Recurso de Nulidade n.º3044- 204/Lima, FJ Quinto, ambas citadas na sentença de 7-4-2009 do Tribunal Supremo (Corte Suprema) do Perú que condenou a 25 anos de prisão o ex presidente Alberto Fujimori, disponível, v.g., in [www.pj.gob.pe](http://www.pj.gob.pe), que perfilhou igualmente esta posição e onde esta e outras questões, nomeadamente de direito probatório, são analisadas com grande rigor e profundidade.

Trata-se de um tema muito delicado cujo tratamento extravasa o objecto deste estudo. Apenas se dirá que na prática judiciária sempre seguimos a segunda

---

orientação, a qual sai reforçada no caso específico e excepcional de as declarações anteriores terem sido proferidas para memória futura, não apenas perante um juiz mas ainda com observância do princípio do contraditório e das garantias de defesa, em moldes tendencialmente semelhantes àqueles que regem a produção de prova em audiência de julgamento.

No mesmo sentido se pronunciou Bargis, com o aplauso de Luigi Fadalti (*La testimonianza nel giudizio penale*, Milano, 2008, Giuffrè, pág. 226): “Il giudice puo reputare più attendibile la dichiarazione resa nell’incidente rispetto a quella resa nelle dibattimento, poiché puré la prima dichiarazione è stata assunta nel rispetto del contraddittorio e com le forme stabilite per la fase dibattimentale.”

Mesmo a doutrina espanhola que, em caso de contradições, nega a possibilidade de valoração das declarações anteriormente prestadas perante o juiz de instrução na reconstrução dos factos, tem sempre o cuidado de ressaltar os casos excepcionais de prova preconstituída e antecipada.

Embora a matéria da leitura de declarações do arguido assuma contornos especiais, importa reter que o STJ já por diversas vezes se pronunciou sobre as contradições ou discrepâncias entre as declarações do arguido feitas em audiência e feitas anteriormente perante o juiz - artigo 357.º, n.º1, al. b) - considerando que “(...) ao contrário do alegado pelo arguido, não se verifica proibição de valoração no que tange às declarações por si prestadas perante o juiz de instrução, declarações que, obviamente, são livremente valoradas pelo tribunal, no sentido de que o tribunal fica livre para atribuir credibilidade às declarações que entender, ou seja, às prestadas em audiência ou às anteriormente prestadas”- Ac. STJ de 11 de Julho de 2007, proc.º n.º 07P1610, rel. Oliveira Mendes, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Já o Ac. do STJ de 20 de Janeiro de 1998, proc.º n.º 1087/97, sublinhara que “Permitindo o art. 357.º do CPP a leitura de declarações anteriormente feitas pelo arguido perante o juiz, quando houver contradições ou discrepâncias sensíveis entre elas e as feitas em audiência - que não possam ser esclarecidas de outro modo - , e tendo o colectivo respeitado o formalismo exigido pelo n.º8, do art.º356.º, não constitui qualquer violação, maxime deste último preceito, a circunstância de o tribunal ter valorado o teor das declarações de um deles, em sede de primeiro interrogatório judicial” e o Ac. do STJ de 24 de Junho de 1998, proc.º n.º 416/98 referira que “As declarações do arguido prestadas em primeiro interrogatório judicial podem ser lidas em fase de julgamento se houver contradições ou discrepâncias sensíveis entre elas e as feitas em audiência que não possam ser esclarecidas de outro modo – art.º artigo 357.º, n.º1, al. b), do CPP. Mas ainda assim o tribunal fica livre para optar entre as discrepâncias, sem qualquer vinculação às declarações anteriores – art.º 127.º, do mesmo Código”, ambos mencionados no citado Ac. de 11 de Julho de 2007 e transcritos no Ac. do STJ de 25 de Março de 2004, proc.º n.º 04P725, rel. Santos Carvalho, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

## **IX - Valoração das declarações para memória futura**

### **1. Nas fases preliminares do processo**

Como parece evidente, a prova antecipada produzida pode e deve ser valorada nas fases preliminares do processo.

Por outras palavras, as declarações para memória futura poderão ser valoradas em inquérito ou em instrução, para os mais diversos fins (v.g., medidas de coacção, despacho de acusação ou de arquivamento, suspensão provisória do processo, decisão instrutória, etc)<sup>223</sup>.

Mas, como também é bom de ver, não é essa a sua finalidade primeira, nem é ela que justifica que, ao contrário da demais prova produzida em inquérito, a sua produção esteja sujeita a requisitos apertados, seja produzida perante um juiz e com observância das garantias de defesa.

---

<sup>223</sup> Assim também o Ac. da Rel. de Guimarães de 9-11-2009, proc.º n.º 37107.8TAFAG1, rel. Fernando Ventura, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), ao aludir ao “significado indiciário para efeitos do despacho final de inquérito e da decisão instrutória.” No mesmo sentido se pronuncia a doutrina e jurisprudência italianas relativamente às medidas de coacção – cfr., v.g., Giuseppe Casaccia in Giorgio Lattanzi e Ernesto Lupo, *Codice di Procedura Penale-Rassegna di Giurisprudenza e di dottrina (Indagini Preliminari)*, vol. IV, cit., págs. 321-322, Elvira Nadia La Roca, in Alfredo Gaito (dir), *La Prova Penale*, vol. I, cit., págs. 239, Aniello Nappi, *Guida al Codice di Procedura Penale*, 10ªed., cit., pág. 384, Katia La Regina, “Incidente Probatório”, in Giorgio Spangher, *Trattato di Procedura Penal - Indagini preliminari e udienza preliminar*, vol. 3, Torino, 2009, Utet, pág. 642 e segs, Ercole Aprile e Pietro Silvestri, *Le indagini preliminare e l'archiviazione*, cit., pág. 696 e Luigi Grilli, *Procedura Penale. Guida pratica*, vol. I, Padova, 2009, Cedam, pág. 945. Segundo este último autor, “(...) prima del dibattimento, e in special modo nel corso dell'indagini preliminare (si pensi, per esempio, alla emissione di una misura cautelare) quelle prove sono efficaci anche nei confronti di terzi, cioè di persone i cui difensori non erano presenti”(ibidem).

Na verdade, a prova antecipada é produzida, como o seu próprio nome logo inculca, para que “*possa, se necessário, ser tomado em conta em julgamento*” (art. 271.º, n.º1).

Vejamos em que condições aquela prova pode ser tomada em conta em julgamento

## **2. Na fase do julgamento.**

### **2.1. As declarações para memória futura prévias à constituição de arguido**

Sobretudo no âmbito de processos por crimes por lenocínio, de auxílio à imigração ilegal e de angariação de mão-de-obra ilegal, em que são tomadas declarações para memória futura às vítimas de nacionalidade estrangeira e em situação irregular no território nacional, o arguido alega invariavelmente que as declarações para memória futura prestadas nos autos são nulas porque efectuadas antes da sua constituição de arguido e sem respeito pelo princípio do contraditório.

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

A questão, da maior relevância prática e que tende a generalizar-se devido à “perda de automaticidade do constituição de arguido”<sup>224</sup>,

---

<sup>224</sup> António Gama, “Reforma do Código de Processo Penal”, cit., págs. 399-400 e 402.

Recorda-se que, procurando evitar a banalização da constituição de arguido dada a estigmatização social e a eventual limitação de direitos que envolve, de acordo com a nova redacção dos artigos 58.º, n.º1, al. a) e 272º, n.º1, conferida pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, a constituição de arguido quando, correndo inquérito contra pessoa determinada esta prestar declarações perante qualquer autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal, só é obrigatória em

não tem merecido uma resposta uniforme por parte da doutrina e da jurisprudência nacionais.

Na doutrina portuguesa, ao que julgamos saber, terá sido Damião da Cunha quem primeiro se debruçou sobre este tema, ao referir, em 1997, que:

“(…) uma vez que a aquisição antecipada da prova supõe o respeito pelo princípio do contraditório, parece que só se pode recorrer a ele existindo já uma pluralidade de sujeitos processuais (com especial relevo para a existência de um arguido); não pode, pois, o Ministério Público a ele recorrer (através de requerimento) se não existir já um arguido. De resto, a finalidade desta diligência visa a audiência de julgamento, o que supõe já a constituição de uma pessoa como arguido”<sup>225</sup>.

Mais tarde, em 2003, Mouraz Lopes refere expressamente que “não pode lançar-se mão do instituto sem que previamente tenha sido constituído arguido no processo.” Segundo este autor, “A necessidade de assegurar que as declarações para memória futura não colidam com a estrutura acusatória, que subjaz ao processo penal, obriga ao rigoroso cumprimento dos requisitos a que se alude no artigo 271.º. Assim se concretiza o princípio do contraditório traduzido na presença de arguido e do defensor, bem como na possibilidade de se solicitar ao juiz a formulação de perguntas

---

relação a ela se houver “suspeita fundada de prática de crime.” Sobre o alcance desta alteração legislativa veja-se Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., págs. 171-180 e 679-690, Vinício Ribeiro, *Código de Processo Penal- Notas e Comentários*, 2ª ed., cit., pág. 120, “Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto”, *Código de Processo Penal - Comentários e notas práticas*, cit., págs. 132- 138, 685-686, Manuel Simas Santos e Manuel Leal-Henriques, *Código de Processo Penal Anotado*, vol. I, cit., págs. 387-388, Rodrigo Santiago, “Reflexões sobre a 15ª alteração ao Código de Processo Penal: o arguido e o defensor”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 18º, n.ºs 2 e 3, Abril-Setembro 2008, págs. 320-321 e, na jurisprudência, o Ac. da Rel. de Coimbra de 26-1-2011, proc.º n.º 45/07.0GASJP.c1, rel. Elisa Sales, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>225</sup> “O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP) (Algumas reflexões à luz de uma recente evolução jurisprudencial)”, cit., pág. 409.

adicionais à testemunha, efectivando-se o exercício das garantias de defesa essenciais a um processo justo”<sup>226</sup>.

Em 2004, Joaquim Malafaia sustentou, igualmente, a impossibilidade de as declarações para memória futura poderem ser obtidas antes de o arguido estar constituído como tal. Segundo este autor: “Estas declarações [para memória futura] são recolhidas, com base na necessidade, é certo, com o fito primordial de poderem ser valoradas na audiência de discussão e julgamento. O processo penal é por força do comando constitucional acusatório, estrutura essa que se mantém durante todo o processo. Por isso, as declarações para memória futura, não podem ser obtidas antes do arguido, sujeito processual estar como tal e poder contraditar o depoimento, ou seja de participar na definição do direito a aplicar no seu caso”<sup>227</sup>.

Mais recentemente, Vinício Ribeiro ao analisar a remodelação do artigo 271.º efectuada pelo Dec-Lei n.º 48/2007 e depois de reproduzir o pertinente excerto da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 109/X conclui:

“O legislador de 2007 pretendeu garantir em plenitude o contraditório; passou a considerar obrigatória a comparência do Ministério Público e do defensor (cfr. com o equivalente n.º2 da versão anterior) e a permitir que a inquirição de testemunhas seja feita directamente (na versão anterior a inquirição era, em regra, feita através do juiz, embora este pudesse autorizar a formulação directa de perguntas-n.º3 da versão revogada).

Em suma, em face da nova disciplina traçada no presente normativo, as declarações para memória futura são tramitadas em ambiente com as regras de um autêntico julgamento.

Ora, não há julgamento sem acusação e arguido. Daí que, em face do regime vigente não pareça ser defensável a possibilidade de

---

<sup>226</sup> “O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para memória futura”, cit., pág. 16. Na sua obra subsequente, *A Tutela da Imparcialidade Endoprocessual no Processo Penal Português*, cit., o autor omitiu esta referência à constituição prévia de arguido no processo, desconhecendo-se se alterou a sua posição.

<sup>227</sup> “O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos actos de instrução e nas declarações para memória futura”, cit., págs. 532-533.

levar a cabo declarações para memória futuro caso de ainda não haver arguido constituído”<sup>228</sup>.

Na jurisprudência podem mencionar-se, neste sentido da impossibilidade de as declarações para memória futura poderem ser obtidas antes de o arguido estar constituído como tal, os acórdãos da Relação de Évora de 29 de Março de 2005 (rel. José Magalhães)<sup>229</sup> e da Relação do Porto de 18 de Abril de 2001 (rel. Manso Rainho)<sup>230</sup>.

No primeiro daqueles arestos entendeu-se “que nos casos em que o inquérito ainda corra apenas contra desconhecidos ou incertos, como é o caso, torna-se legalmente impossível tomar às testemunhas declarações para memória futura, nos termos do art. 271.º do CPP, pois para se poder proceder a tal diligência e como consta expressamente dessa disposição legal, é necessário notificar para ela, entre outros o arguido e o seu defensor, que, em tais casos e como é evidente, nem sequer estão identificados.”

A referida impossibilidade legal decorreria, por conseguinte, da impossibilidade de exercer o princípio do contraditório.

O segundo daqueles arestos não se afasta desta ideia matriz embora lhe introduza um elemento especializador:

“(…) se quanto aos suspeitos que ainda não estão constituídos arguidos (...) a antecipação da prova não é admissível nem produz efeitos, já o mesmo se não pode dizer quanto ao suspeito que já foi interrogado e constituído arguido (...).

(…) no tocante aos sujeitos em relação aos quais não pode ser efectivado o contraditório, a prova antecipadamente produzida é proibida e de nada vale (não é operante, não pode ser valorada), confinando-se a respectiva leitura em audiência ao apuramento da responsabilidade do arguido que foi oportunamente chamado a contraditá-la.”

---

<sup>228</sup> *Código de Processo Penal - Notas e Comentários*, 2ªed., cit, pág.724.

<sup>229</sup> *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXX, tomo 2, págs. 269-271.

<sup>230</sup> *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXVI, tomo 2, págs.229-230.



Pelo contrário, Paulo Pinto de Albuquerque pronunciou-se, sinteticamente, no sentido de que as declarações para memória futura podem ser tomadas mesmo quando no processo não há, ainda, suspeitos constituídos arguidos, ou até quando não se conhece a identidade do(s) suspeito(s)<sup>231</sup>.

No mesmo sentido se pronunciou António Miguel Veiga<sup>232</sup> e, mais desenvolvidamente, António Gama<sup>233</sup> e Bernardo Marques Vidal<sup>234</sup>.

A jurisprudência claramente maioritária inclina-se também no sentido de que é possível a recolha de declarações para memória futura mesmo que o inquérito não corra contra pessoa determinada<sup>235</sup>.

Embora desiguais e nem sempre claramente enunciados, são vários os argumentos invocáveis a favor desta última posição, que claramente perfilhamos, no sentido de que a prestação de declarações para memória futura não supõe a prévia constituição de arguido.

---

<sup>231</sup> *Comentário do Código de Processo Penal*, 2.<sup>a</sup> edição actualizada, cit., pág. 702.

<sup>232</sup> “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., pág.117.

<sup>233</sup> “Reforma do Código de Processo Penal”, cit., págs. 398-403, na linha do Ac. da Rel. do Porto de 13-07-2005, proc. n.º 0540595, de que fora relator.

<sup>234</sup> *A leitura em audiência das declarações das testemunhas proferidas durante o inquérito*, cit., pág. 59.

<sup>235</sup> Neste sentido, podem mencionar-se os seguintes arestos: Acs do STJ de 25-3-2009, proc.º n.º 09P0486, rel. Fernando Fróis, de 22-9-2005, citado no anterior acórdão, de 16-6-2004, proc.º n.º 049721, rel. Henriques Gaspar, da Rel. do Porto de 1-02-2006, proc. n.º 0515949, rel. Jorge França, de 12-10-2005, proc. n.º 0544648, rel. Pinto Monteiro, de 13-07-2005, proc. n.º 0540595, rel. António Gama, da Rel. de Coimbra de 29-09-2010, proc.º n.º 380/08.0TACTB-C.C1, rel. Abílio Ramalho, da Rel. de Lisboa de 7-2-2012, proc.º n.º 3610/10.4TAALM.L1.5, rel. Luís Gominho, de 22-3-2011, proc.º n.º 432/06.0JDLSB.L1.5, rel. Neto de Moura e da Rel. de Évora de 7-7-2011, proc.º n.º 100/11.1YREVR, rel. Vaz Pato, com excepção do segundo, todos disponíveis in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Antes do mais, a letra da lei.

Como vimos, os pressupostos constantes do artigo 271.º para a prestação de declarações para memória futura são, apenas três: doença grave ou deslocação para o estrangeiro que previsivelmente impeça a testemunha (assistente, parte civil, perito ou consultor técnico) de ser ouvida em julgamento e crimes do catálogo. Nestes casos pode ocorrer a produção antecipada da prova, com a garantia da sua jurisdicionalização através da obrigatória intervenção do juiz de instrução.

De entre os pressupostos para a prestação de declarações para memória futura mencionados no artigo 271.º não consta, por conseguinte, a exigência de que já tenha havido lugar à constituição de arguido ou sequer de que o inquérito corra contra pessoa determinada<sup>236</sup>.

---

<sup>236</sup> Cfr. António Gama, “Reforma do Código de Processo Penal”, cit., págs. 400 e 401 e Acs. do STJ de 25-3-2009, proc.º n.º 09P0486, rel. Fernando Fróis e da Rel. do Porto de 13-07-2005, proc. n.º 0540595, rel. António Gama.

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

No Ac. da Rel. do Porto de 1-02-2006, proc. n.º 0515949, rel. Jorge França conclui-se, ainda: “ A urgência que subjaz à norma pode levar a que a prova antecipada tenha lugar numa ocasião em que não existe ainda arguido constituído, seja porque ocorre incompatibilidade temporal e de oportunidade, dada a iminência da ausência ou dos efeitos da doença, seja porque o agente é pura e simplesmente desconhecido, seja porque o agente, sendo embora conhecido, não é localizável.”

Em segundo lugar e quanto ao elemento sistemático, importa referir que do n.º 3 do art.º 271.º do Cód. Proc. Penal não decorre que a prestação de declarações para memória futura depende da existência de arguidos constituídos no processo para que possam estar presentes no acto e exercer, logo aí, o contraditório, mas sim que, havendo arguidos constituídos, os respectivos defensores (tal como o Ministério Público) têm de estar presentes no acto.

Por outras palavras, o facto de o art. 271.º do C. P. Penal, nos seus n.ºs 2 e 3, impor que aos arguidos sejam comunicados o dia, a hora e o local do depoimento, para que possam estar presentes e de poderem formular perguntas adicionais, não significa que as declarações para memória futura não possam ser tomadas mesmo que não haja arguidos constituídos<sup>237</sup>.

---

No domínio da protecção de testemunhas, o art.º 28.º da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho estatui que os depoimentos das designadas testemunhas especialmente vulneráveis, durante o inquérito, deverão ter lugar “o mais brevemente possível após a ocorrência do crime” e deve ser evitada a repetição da audição dessas testemunhas. Por isso, como bem se assinala no Ac. da Rel. de Lisboa de 22-3-2011, proc.º n.º 432/06.0JDLSB.L1.5, rel. Neto de Moura “pode dizer-se que, sendo a determinação legal cumprida, em regra, as declarações dessas pessoas (que poderão ser para memória futura) serão prestadas quando ainda não há arguido(s) constituído(s).”

Idêntica conclusão pode igualmente formular-se no âmbito da violência doméstica, onde o n.º2 do artigo 23º da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro estatui que “A vítima não residente em Portugal beneficia ainda da possibilidade de prestar declarações para memória futura imediatamente após ter sido cometida a infracção, bem como da audição através de videoconferência e de teleconferência.”

Bernardo Marques Vidal, *A leitura em audiência das declarações das testemunhas proferidas durante o inquérito*, cit., págs. 63-64, vai ao ponto de afirmar que “Esta imposição legal [n.º2 do artigo 271.º] implica a audição do ofendido, mesmo quando ainda não esteja constituído arguido, o que implica uma excepção à contraditoriedade na produção da prova, aceite pela lei processual penal.”

<sup>237</sup> Cfr. Acs da Rel. do Porto de 12-10-2005, proc. n.º 0544648, rel. Pinto Monteiro e da da Rel. de Lisboa de 22-3-2011, proc.º n.º 432/06.0JDLSB.L1.5, rel. Neto de Moura.

Como também se salientou no Ac. do STJ de 16-4-2004, proc.º n.º 049721, rel. Henriques Gaspar, num caso em que as declarações para memória futura foram recolhidas numa fase em que ainda não tinha havido constituição de arguido: “Por isso, o recorrente não teria de ser notificado da realização do acto de

Em terceiro lugar, a expressão “*antecipação parcial do julgamento*”, constante da exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 109/X, por mais impressiva que seja não deve ser tomada ao pé da letra.

As declarações para memória futura não podem ser configuradas como um “julgamento parcial”<sup>238</sup>, ainda que antecipado. Por outras palavras, embora a produção antecipada de prova constitua um “enxerto jurisdicional” na fase de inquérito, uma “*antecipação do contraditório na produção da prova*”<sup>239</sup>, não pode ser configurada como um verdadeiro julgamento antecipado parcial.

Como vimos, a circunstância de a antecipação da prova ter sido realizada não implica, necessariamente, que a mesma venha a ser valorada pelo tribunal, em audiência de julgamento (o desenrolar do inquérito pode tornar tais declarações irrelevantes para a decisão da causa, nomeadamente, para a prova do crime ou crimes imputados ao arguido, o processo pode não atingir a fase do julgamento e mesmo havendo julgamento a prova antecipada poderá não ser utilizada)<sup>240</sup>, sendo que a sua valoração está dependente da sua leitura em audiência e subsequente sujeição ao contraditório<sup>241</sup>.

Por outro lado, na produção da prova antecipada registam-se importantes desvios às regras que imperam em audiência de julgamento<sup>242</sup>.

---

tomada de declarações para memória futura. Nesta perspectiva, que é a adequada, a questão não tem a ver com a invocação de alguma falta de notificação.”

<sup>238</sup> Como lhe chamou o Ac. da Rel. do Porto de 29-10-2008, proc.º n.º 0814505, rel. Francisco Marcolino, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>239</sup> A expressão é da autoria de Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime e o que se disse antes do Julgamento, Estudos sobre a Prova no Processo Penal Português, à Luz do Sistema Norte-Americano*, cit., pág. 599. O Autor fala também em “antecipação do contraditório” (pág. 339, nota 219), em “contraditoriedade antecipada” (pág. 609), em “actos (...) de antecipação da prova” (“*Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, cit., pág. 78).

<sup>240</sup> Cfr. *supra* VIII - 1.

<sup>241</sup> Cfr. *infra* IX - 2-2.

<sup>242</sup> Cfr. *supra* VI - 2.2.

Em quarto lugar, no caso de o inquérito correr contra pessoa ainda não determinada, quando o agente é pura e simplesmente desconhecido, pode até dizer-se que não faz qualquer sentido falar-se em violação do princípio do contraditório. Como o Tribunal Constitucional Italiano (Corte Costituzionale) já afirmou, “*per definizione, nessun contraddittorio poteva essere nei loro confronti assicurato*”<sup>243</sup>.

---

<sup>243</sup> Sentença n.º 181, de 9-5-1994, depositada em 16-5-1994, disponível in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Como ali se refere: “Ed infatti, come questa Corte ha costantemente rilevato, nel processo penale, prima che esista una notizia di reato e che essa si soggettivizzi nei confronti di una determinata persona, non può esistere un problema di tutela del diritto di difesa (sentenze nn. 236 del 1988; 29 e 104 del 1977; 300 del 1974; 179 del 1971; 2 del 1970; 149 del 1969; ordinanza n. 655 del 1988), posto che all'indagato o al coindagato "ignoto" non è assicurato alcun tipo di difesa tecnica. Un tale principio, affermato alla luce dell'art. 24 Cost. con riferimento al previgente ordinamento processuale, non può che essere ribadito nel nuovo, non ponendo il codice del 1988, sotto questo riguardo, diverse problematiche.”

Também a jurisprudência macaense, confrontada com o mesmo problema, tem decidido que:

- “A tomada de declarações para memória futura quando ainda não há arguido constituído não prejudica o seu direito de defesa, pois tal prova não tem o valor absoluto e o futuro arguido pode sempre apresentar contra-prova para sua defesa. Até a lei permite a leitura em audiência de declarações prestadas perante o juiz ou o Ministério Público, mesmo sem revestir a forma de declarações para memória futura, se o declarante não puder comparecer por falecimento, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade duradoura (art. 337.º, n.º4 do CPP), casos em que o arguido e o seu defensor não assistem, em princípio, à tomada destas declarações. Assim, a validade das declarações para memória futura em causa não é afectada pela ausência de arguido e defensor”- Ac. do TUI (Tribunal de Última Instância) de 22-7-2011, proc.º n.º 29/2011, rel. Chu Kin, in [www.court.gov.mo](http://www.court.gov.mo);

- “Comecemos pela questão relativa à nulidade das declarações para memória futura a fls. 65 dos autos e invalidade da prova por elas produzidas, por falta de nomeação de defensor oficioso. Sobre isto, se é verdade que não foi nomeado qualquer defensor, não é menos verdade que nesse momento ainda não fora constituído arguido, donde a nomeação de um defensor se afiguraria virtual. O defensor visa defender alguém no processo, tornar viva e actuante a voz do defendido, exercer o contraditório. Ora, se não existe ainda defendido, como se pode dar essa voz, desconhecendo as razões e motivações do defendente? Mas as coisas não são assim tão lineares. Imaginemos, como é o caso, que alguém identifica o agressor ou autor dos factos de que o declarante se diz vitimizado e com base nessas declarações o visado é constituído arguido. Não é justo que

Naquele caso, como nos demais em que ainda não houve lugar à constituição de arguido, “o contraditório deve ser exercido no decurso do processo, com a apresentação, no momento oportuno, na instrução ou na audiência de julgamento, de provas que possam contrariar os depoimentos ou a credibilidade das testemunhas que prestaram declarações para memória futura. Assim, se eventualmente tais declarações forem tidas em conta no julgamento, sempre ali as pessoas visadas poderão exercer o contraditório”<sup>244</sup>.

Em quinto lugar, mesmo encarando a questão do contraditório e das garantias de defesa numa perspectiva distinta, importa não olvidar que “a Constituição (...) remete para o legislador a responsabilidade de determinar quais os actos, além do julgamento, que estão subordinados ao princípio do contraditório, assim como os casos em que, assegurados os direitos de defesa, dispensa a presença do arguido.”

“A faculdade de o arguido estar presente, prevista no art.º 271.º n.º 2 do Código Processo Penal é, e consubstancia indiscutivelmente, um momento relevante do contraditório. Agora o que é preciso lembrar é que o processo penal é um espaço de conflito e de compatibilização de interesses. As finalidades primárias a cuja

---

ele deva ter a oportunidade de contraditar o reconhecimento? E a situação tanto mais se agrava quando esse vem a ser o único elemento de prova para condenar o arguido em sede de julgamento. Não foi, assim, no entanto, com esta dramaticidade que as coisas se passaram. Outros elementos sobrevieram e foram relevantes para a convicção do Colectivo de Juizes. Esta dificuldade resulta da constatação da discussão existente no âmbito do Processo penal sobre a possibilidade de declarações para memória futura sem constituição do arguido. Havia quem entendesse que não era possível, quem entendesse que sim. Considerando no entanto que a nossa versão se aproxima da versão anterior portuguesa, em que não se seguem exactamente as regras de um julgamento, em que o juiz tem um papel preponderante na condução e modo de inquirir, dadas as particularidades específicas da RAEM, resultantes da grande volatilidade das pessoas que por aqui passam, aqui podem cometer crimes ou ser alvo deles, afigura-se ser de admitir tal possibilidade. Nesta conformidade, somos a concluir pela regularidade de tais declarações para memória futura”- Ac. do TSI de 26-2-2009, proc.º n.º 7/2009, rel. João Gil de Oliveira, disponível na mesma base de dados.

<sup>244</sup> Ac. do STJ de 16-4-2004, proc.º n.º 049721, rel. Henriques Gaspar.

realização o processo penal se dirige são, de uma parte, a realização da justiça e a descoberta da verdade, como formas necessárias de conferir efectividade à pretensão punitiva do Estado; de outra parte a protecção face ao Estado dos direitos fundamentais das pessoas, nomeadamente do arguido. Ora esta conflitualidade deve ser resolvida, partindo do caso concreto, através da tarefa de operar a concordância prática das finalidades em conflito, optimizando os ganhos e minimizando as perdas axiológicas [F Dias, Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1998 do Código Processo Penal, RPCC, 8º Fasc. 2, pág. 202]”<sup>245</sup>.

Neste contexto, o interesse na realização da justiça e a descoberta da verdade tem como consequência que, mesmo na hipótese de o inquérito correr contra pessoa ainda não determinada, ou contra agente conhecido mas não localizável, tenha lugar e se leve a cabo a produção de prova para memória futura <sup>246</sup>.

---

<sup>245</sup> Ac. da Rel. do Porto de 13-07-2005, proc. n.º 0540595, rel. António Gama.

<sup>246</sup> Cfr. António Gama, “Reforma do Código de Processo Penal”, cit., págs. 400-401 e Acs. da Rel. do Porto de 13-07-2005, proc. n.º 0540595, rel. António Gama e de 12-10-2005, proc. n.º 0544648, rel. Pinto Monteiro, da Rel. de Lisboa de 22-3-2011, proc.º n.º 432/06.0JDLSB.L1.5, rel. Neto de Moura e da Rel. de Coimbra de 29-09-2010, proc.º n.º 380/08.0TACTB-C.C1, rel. Abílio Ramalho.

Como se refere no Ac. do STJ de 22-9-2005, “As declarações para memória futura constituem um incidente processual admissível mesmo no caso de à data da diligência não haver ainda arguido constituído. Doutro modo poder-se-ia frustrar a utilidade do acto processual como aconteceria, p. ex, no caso de a testemunha (que poderia até ser a única que assistiu à prática do crime) sofrer de doença com a previsibilidade dum período de vida curta e o suspeito não ser localizado.”

Também o Ac. do STJ de 25-3-2009, proc.º n.º 09P0486, rel. Fernando Fróis destaca:

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

Atente-se, ainda, na seguinte síntese constante do citado Ac. da Rel. de Coimbra de 29-09-2010:

De outro modo, na síntese de Bernardo Marques Vidal, “a exigência radical do contraditório na produção da prova impede o próprio contraditório sobre a prova e pode constituir-se numa forte limitação formal do princípio da descoberta da verdade, desvirtuando os fins do processo penal. Teríamos um processo formal e respeitador do contraditório, mas que limitaria de forma desproporcionada o acesso aos factos do processo e impediria a descoberta da verdade. O processo visaria o respeito do contraditório mas não a descoberta da verdade, ou seja, traduzir-se-ia num ritual destituído de sentido”<sup>247</sup>.

Nesta perspectiva, o que é essencial para a validade dessa prova é que logo nesse acto se assegurem todas as garantias de defesa, o que vale por dizer que a presença de advogado é sempre obrigatória<sup>248</sup>.

---

“É um caso nítido de contraposição de dois valores conflitantes: dum lado um pleno contraditório; doutro a necessidade de recolha e produção antecipada de prova.

Este - em função da inexistência de arguido constituído - deve, porém, claramente prevalecer, com o mínimo de constrangimento do direito ao *contraditório*, com um patamar aceitável da respectiva compressão.

E isso manifestamente se verifica quando, não havendo arguido formalmente constituído, a diligência é presidida por juiz e se encontra presente um defensor nomeado ao(s) suspeito(s), potencial(ais)/virtual(ais) arguido(s).”

<sup>247</sup> *A leitura em audiência das declarações das testemunhas proferidas durante o inquérito*, cit., pág. 59.

<sup>248</sup> Cfr. Acs. da Rel. do Porto de 13-07-2005, proc. n.º 0540595, rel. António Gama e de 01-02-2006, proc. n.º 0515949, rel. Jorge França, da Rel. de Coimbra de 29-09-2010, proc.º n.º 380/08.0TACTB-C.C1, rel. Abílio Ramalho e da Rel. de Évora de 7-7-2011, proc.º n.º 100/11.1YREVR, rel. Vaz Pato. Na doutrina, veja-se Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de processo Penal*, cit., pág. 685, 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., pág. 117, nota 29 e António Gama, “Reforma do Código de processo Penal”, cit., págs. 401-402. Sobre a função do defensor nestes casos, cfr. *supra* nota 163.

Curiosamente, à mesma conclusão chegou o Tribunal Supremo de Justicia da Venezuela que, por “sentencia vinculante” de 4 de Novembro de 2002, determinou que quando se procede à realização de uma prova antecipada sem que exista arguido individualizado, se deve citar o Defensor Público de Presos, a fim de controlar a prova.



O respeito pelo princípio do contraditório não exige a constituição de arguido antes da prestação das referidas declarações para memória futura, nem impede que as mesmas venham a ser valoradas, exige, sim, a nomeação de defensor, mesmo que não esteja identificado qualquer suspeito.

Em sexto e último lugar, esta interpretação encontra acolhimento no direito comparado e não é desconforme com os princípios elaborados pela jurisprudência de Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) a respeito do artigo 6.º, §§ 1 e 3, alínea d), da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

Antes de nos debruçarmos sobre esta jurisprudência impõe-se, porém, uma advertência.

Como vimos, a prestação das declarações para memória futura não exige a prévia constituição de arguido e a prova antecipada produzida pode ser valorada contra um arguido apenas constituído após a sua realização.

Correndo inquérito contra pessoa determinada em relação à qual haja suspeita fundada da prática de crime é obrigatório interrogá-la

---

Também o artigo 318.º do *Código Procesal Penal* da Guatemala, na redacção que lhe foi conferida pelo artigo 20º do Decreto Número 17-2009, estatui:

“ Artículo 318. (Urgencia). Cuando se ignore quién ha de ser el imputado o cuando alguno de los actos previstos en el artículo anterior sea de extrema urgencia, el Ministerio Público podrá requerir verbalmente la intervención del juez y éste practicará el acto con prescindencia de las citaciones previstas en el artículo anterior, designando un defensor de oficio para que controle el acto.

Cuando existiere peligro inminente de pérdida de elemento probatorio, el juez podrá practicar, aun de oficio, los actos urgentes de investigación que no admitan dilación. Finalizado el acto, remitirá las actuaciones al Ministerio Público. En el acta se dejará constancia detallada de los motivos que determinaron la resolución.

En los actos de anticipo de prueba testimonial que sena de extrema urgencia, cunado el caso lo amerite y justifique se recibirá la declaración del testigo por videoconferencia u otro medio electrónico com la presencia del defensor de oficio.”

como arguido, salvo se não for possível notificá-la (artigos 58.º n.º1 al. a) e 272.º, n.º1).

O juízo sobre a decisão de constituição de arguido compete à autoridade que dirige o inquérito<sup>249</sup>.

Verificadas as circunstâncias previstas no n.º 1 do artigo 272.º o interrogatório é obrigatório.

A falta de interrogatório como arguido, no inquérito de pessoa determinada contra quem o mesmo corre, sendo possível a notificação, constitui a nulidade prevista no artigo 120.º, n.º 2, alínea d) do CPP- Acórdão n.º 1/2006, de 22-11-2005<sup>250</sup>.

Mas, conforme é entendimento dominante, a lei não consagra o dever de realização imediata do interrogatório de pessoa determinada contra quem corre inquérito<sup>251</sup>.

Por outras palavras, “a injunção legal de interrogatório de pessoa determinada contra quem corre inquérito não compreende uma directriz sobre o tempo do interrogatório do suspeito, que deve ser

---

<sup>249</sup> Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República n.º 77/96, rel. Henrique Gaspar, in Procuradoria Geral da República, *Pareceres*, Lisboa, 1998, vol. V, págs. 151-171, também disponível in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>250</sup> In *Diário da República*, 1ª série-A, n.º1, de 2 de Janeiro de 2006.

<sup>251</sup> Cfr. Pinto de Albuquerque, *Comentário ao Código de Processo Penal*, cit, pág. 690 (“a definição do momento da realização desse interrogatório é uma questão tática, que cabe no âmbito da discricionariedade do MP”), Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Código de Processo Penal- Comentários e notas práticas*, cit., págs. 685-686, Paulo Dá Mesquita, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, cit., pág. 105-110, António Barreiros, “O estatuto jurídico processual do arguido: alguns dos seus direitos, in Manuel Valente Guedes (coord.), *I Congresso de Processo Penal, Memórias*, Coimbra, 2005, Almedina, pág. 164 e Ac. da Rel. de Lisboa de 15-4-2010, proc.º n.º 56/06.2TELSB-B.L1-9, rel. Fátima Mata-Mouros in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), também publicado na *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XXXV, tomo 2, págs. 146-151.

decidido no quadro da estratégia definida em concreto para o *inquérito como actividade*”<sup>252</sup>.

Mas, sem grave quebra do princípio da lealdade, nem o Ministério Público, nem o órgão de polícia criminal, podem cair na tentação de omitir a constituição de arguido, retardando-a com o único propósito ou objectivo de, por este meio ardiloso, o arguido e o seu defensor (que aquele tem o direito de escolher - art. 32.º, n.º3 da Constituição da República) serem afastados da produção antecipada de prova, escudando-se no facto de a lei não impor a notificação da realização da diligência aos suspeitos ainda não constituídos arguidos que, por isso, não devem ser notificados<sup>253</sup>.

---

A posição de Leal-Henriques e Simas Santos, *Código de Processo Penal Anotado*, vol. I, 3ªed., Lisboa, 2008, Rei dos Livros, pág. 387, não é muito esclarecedora: “(...) como muito bem salienta Gil Moreira dos Santos, se ‘a situação jurídico processual se aproxima da de fundada suspeita de autoria’, o suspeito, independentemente do momento ou da fase em que o processo de inquérito se encontra, tem de ganhar o ‘estatuto de arguido’(O Direito Processual Penal, 153).

<sup>252</sup> Paulo Dá Mesquita, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, cit., págs. 105-106 (itálico no original).

<sup>253</sup> Sobre o princípio da lealdade veja-se Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, vol. I, cit., págs. 66-69, Pinto de Albuquerque, *Comentário ao Código de Processo Penal*, cit, págs. 47-48, Figueiredo Dias, “Anotação ao ac. do STJ 5/94; Do princípio de objectividade ao princípio da lealdade do comportamento do ministério público no processo penal”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 128º (1995-1996), pág. 332 e ss e Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime e o que se disse antes do Julgamento, Estudos sobre a Prova no Processo Penal Português, à Luz do Sistema Norte-Americano*, págs. 343-355.

Na jurisprudência nacional cfr., v.g., Ac. n.º 2/2011, de 16-12-2010 (in *Diário da República*, n.º 19, Série I, de 27-1-2011), o qual, com cinco votos de vencido, procedeu ao reexame da jurisprudência constante do Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º5/94 de 27/10/1994 (in *Diário da República* n.º 289, Iª Série-A, de 16-12-1994, págs. 7261- 7269) e decidiu que “Em face das disposições conjugadas dos artigos 48º a 53º, e 401º, do Código de Processo Penal o Ministério Público não tem interesse em agir para recorrer de decisões concordantes com a sua posição anteriormente assumida no processo”, tendo a discussão incidido sobre a aplicabilidade em processo penal dos princípios da boa fé, da proibição do abuso do direito, do venire contra factum proprium e do princípio da lealdade. Vejam-se, ainda, os Acs. do STJ de 23-11-2011, proc.º n.º 550/09.3GBPMS.C1. S1, rel. Cons.º Santos Cabral, de 3-3-2004, proc.º

Situação com a qual já por mais de uma vez nos deparámos<sup>254</sup>.

---

n.º03P4421 e de 24-9-2003, proc.º n.º 03P243, ambos relatados pelo Cons.º Henriques Gaspar, todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (o terceiro também na *Colectânea de Jurisprudência-Acs do STJ*, ano XI, tomo 3, pág. 177) e, na jurisprudência constitucional, v.g., os Acs do TC n.º429/95, 39/2004, 44/2004, 159/2004 e 722/2004, todos in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

Na inabarcável doutrina estrangeira, nomeadamente de língua francesa, veja-se, v.g., Pierre Bouzat, “La Loyauté dans la Recherche des Preuves”, in *Problèmes Contemporains de Procédure Pénale*, Paris, 1964, Sirey, Cristina De Valkeneer, *La tromperie dans l’administration de la preuve pénale: Analyse en droits belge et international complétée par des éléments de droit français et néerlandais*, Bruxelles, 2000, Larcier, Marie-Emma Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Paris, 2003, Dalloz-Sirey, e M. Pascal Lemoine, “La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle)”, in *Rapport Anuelle 2004 de la Cour de Cassation*, Paris, La Documentation Française, págs. 141-152, também disponível em [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).

<sup>254</sup> Como refere José Lobo Moutinho, *Arguido e Imputado no Processo Penal Português*, Lisboa, 2000, Universidade Católica Editora, pág. 184 “o iter de constituição do arguido foi estruturado com o fim de assegurar de imediato a possibilidade efectiva de exercício dos direitos do arguido a começar pela prestação de declarações como acto de defesa e por isso a sua omissão ou irregularidade não pode, sem fraude à lei e perversão do seu sentido e função, ser utilizada como argumento ou ‘explicação’, para justificar qualquer diminuição dos direitos do imputado.” Por isso, como conclui aquele autor, o imputado não pode ver-se privado de quaisquer direitos pela indevida omissão da constituição de arguido. “Pode deles estar facticamente, mas não juridicamente impedido. O mais - remata aquele autor - seria um insuportável *venire contra factum proprium*.” Embora a tese deste autor, segundo a qual seria obrigatório o interrogatório do arguido logo que contra ele corresse inquérito, se possa considerar ultrapassada, esta ideia do *venire contra factum proprium* enquanto modalidade de quebra da boa-fé e da necessária lealdade aplicada ao caso parece-nos um dado importante a reter.

## 2.1.2 A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Vale a pena dedicar alguma atenção à jurisprudência do TEDH<sup>255</sup> sobre esta matéria, até porque por vezes ela tem sido incorrectamente compreendida ou aplicada.

Como é sabido, o n.º 3 do artigo 6.º da CEDH “consagra uma série de direitos ao acusado, concretizações não exaustivas do princípio geral enunciado no n.º1 do direito a um processo equitativo em matéria penal”<sup>256</sup>.

Entre esses direitos conta-se, precisamente, o de “Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação” [n.º3, al. d)]<sup>257</sup>.

---

<sup>255</sup> Disponível em [www.ech.coe.int](http://www.ech.coe.int).

<sup>256</sup> Irineu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, 1995, Aequitas, Editorial Notícias, pág. 114, com numerosas referências jurisprudenciais. Cfr., ainda, v.g., os Acs de 18-3-1997, *Foucher c. França*, §30, de 23-4-1997, *Van Mechelen e outros c. Países Baixos*, §49, de 27-7-2000, *Pisano c. Itália*, §21, de 31-10-2001, *Solokov c. República da Macedónia*, §56 e de 15-12-2011, *Al-Khawaja et Tahery c. Reino Unido*, §118. Como se sintetizou no Relatório da Comissão de 15-10-1987, no caso *Bricmont c. Bélgica*, “Il est de jurisprudence constante que les garanties du par. 3 de l'article 6 (art. 6) de la Convention représentent des aspects particuliers de la notion de procès équitable contenus dans le par. 1 (voir notamment Cour eur.D.H., arrêt Unterpertinger précité, série A, N°110, p. 14, par. 29). Le terme "notamment" indique clairement que les droits énumérés au paragraphe 3 ne constituent pas une liste limitative et qu'un procès pourrait ne pas remplir les conditions générales d'un procès équitable alors même que les droits minima garantis par le paragraphe 3 auraient été respectés (Nielsen c/Danemark, rapport Comm. 15.3.61, par. 52, annuaire 4, pp. 495-549 ; Jespers c/Belgique, rapport Comm. 14.12.81, par. 54, D.R. 27, p. 71 ; Cour eur. D.H., arrêt Artico du 13 mai 1980, Série A n° 37, p. 15, par. 32)” (§125).

<sup>257</sup> Segundo Franklin Kutu, *Justice pénale et procès équitable*, vol. 2, Bruxelles, 2006, Larcier, págs. 427-428, a finalidade desta disposição é dupla: “D’une part, elle est au service de l’établissement de la vérité. Le principe du contradictoire doit permettre l’examen approfondi des dépositions du témoin et vise à compléter les informations qu’il fournit. Les démarches du prévenu pour

O termo testemunha constante do citado artigo 6.º, n.º3, al. d) é objecto de uma interpretação autónoma<sup>258</sup>, não coincidente com o sentido técnico que lhe é dado pelas ordens jurídicas internas (no direito português cfr. artigos 128.º e seguintes), abrangendo qualquer pessoa, independentemente da sua veste processual, que presta declarações em qualquer fase do processo e cujo depoimento é utilizado pelo tribunal para fundamentar a sua decisão, mesmo que não seja presencialmente ouvida em tribunal<sup>259</sup>: não apenas a testemunha, mas também as partes civis<sup>260</sup>, os peritos<sup>261</sup> e os co-

---

tenter déprouver la fiabilité d'un témoignage et la crédibilité de son auteur peuvent améliorer la qualité de l'information que ce dernier est appelé à donner. D'autre part, le droit du prévenu d'interroger les témoins assure sa participation active au procès. Il constitue une manifestation importante du rôle actif qu'il est appelé à jouer dans le procès pénal.”

Veja-se, em termos muito semelhantes o artigo 14.º, n.º 3 al. e) do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Ambas as normas foram claramente inspiradas pelo direito anglo americano, cfr. Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, vol. III, 3ªed., cit., pág. 248 e Sandra Oliveira e Silva, *A protecção de testemunhas no processo penal*, cit., pág. 252, nota 492.

Também o artigo 48.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia corresponde ao n.ºs 2 e 3 do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (por força do estatuído no n.º3 do artigo 52º da mesma Carta). Cfr. a anotação constante do documento CHARTE 44487/99 CONVENT 50, em António Vitorino, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Lisboa, Cascais, 2002, Principia, pág. 105, em *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Corpus Iuris Gentium Conimbrigae, 2, 2001, Coimbra Editora, págs. 149-150, e em Araceli Mangas Martín (dir), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 2009, págs. 767-769.

<sup>258</sup> Sobre a noção e significado da interpretação autónoma de alguns conceitos da CEDH veja-se Jean Pradel e Gert Corstens, *Droit pénal européen*, Paris, 1999, Dalloz, n.ºs 262-263, págs. 284-286. Sobre o conceito de testemunha veja-se, desenvolvidamente, Franklin Kutty, *Justice pénale et procès équitable*, vol. 2, cit., págs. 432 e seguintes e, entre nós, Sandra Oliveira e Silva, *A Protecção de Testemunhas em Processo Penal*, cit., pág. 23.

<sup>259</sup> cfr. v.g., Acs. de 24-11-1986, *Unterpertinger c. Áustria*, de 20-11-1989, §§30 a 33, *Kostovski c. Países Baixos*, §40, de 28-8-1990, *Windish c. Áustria*, §23, de 26-4-1991, *Ash c. Áustria*, §25, de 24-4-2007, *B. c. Finlândia*, §42 e de 27-1-2009, *A.L. c. Finlândia*.

<sup>260</sup> Cfr. Ac. de 7-7-1989, *Bricmont c. Bélgica*.

arguidos<sup>262</sup>. Na verdade, do ponto de vista dos direitos de defesa é irrelevante a posição ou estatuto processual do declarante<sup>263</sup>.

Em traços muito gerais e na perspectiva que releva para a matéria que nos preocupa, a jurisprudência do TEDH sobre este último preceito convencional<sup>264</sup>, pode ser condensada do seguinte modo:

---

<sup>261</sup> Cfr. v.g. os Acs. de 6-5-1985, *Bönisch c. Áustria* [§32. On comprend aisément que des doutes surgissent, en particulier chez l'"accusé", sur la neutralité d'un expert dont le rapport a précisément provoqué l'exercice de l'action publique. En l'espèce, les apparences rapprochaient plutôt le directeur d'un témoin à charge. En soi, son audition pendant les débats ne se heurtait pas à la Convention, mais le principe de l'égalité des armes découlant de la notion de procès équitable (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Delcourt du 17 janvier 1970, série A no 11, p. 15, par. 28) et illustré par le paragraphe 3 d) de l'article 6 (art. 6-3-d) ("dans les mêmes conditions" - voir, mutatis mutandis, l'arrêt Engel et autres du 8 juin 1976, série A no 22, p. 39, par. 91) exigeait un équilibre entre cette audition et celle des personnes qui, à un titre quelconque, étaient ou pouvaient être entendues à la demande de la défense] e de 28-8-1991, *Brandstetter c. Áustria*, §§60, 61, 110 e 111.

<sup>262</sup> cfr. Acs. de 9-1-2007, *Gossa c. Polónia*, §56, de 27-2-2001, *Luca c. Itália*, §41 e de 7-8-1996, *Ferranteli e Santangelo c. Itália*, §§51 e 52 e a decisão de 17-11-2005, *Haas c. Alemanha*.

<sup>263</sup> Também no âmbito da protecção de testemunhas, o conceito de testemunha assume contornos muito abrangentes. Assim, ao nível da União Europeia e segundo a Resolução do Conselho de 23 de Novembro de 1995, relativa à protecção ds testemunhas no âmbito da luta contra o crime organizado internacional (95/C 327/04), in JOCE C 327, de 7-12-1995, entende-se por testemunha qualquer pessoa, seja qual for a sua situação jurídica, que detenha dados ou informações que a autoridade competente considere importantes num processo penal e susceptíveis de pôr a pessoa em perigo se esta as divulgar. No âmbito do Conselho de Europa, segundo o anexo à Recomendação N° R (97) 13 sobre intimidação de testemunhas e direitos da defesa, de 10 de Setembro de 1997, «'témoin' s'entend de toute personne qui, indépendamment de sa situation au regard des textes régissant la procédure pénale nationale, dispose d'information en rapport avec une affaire pénale. Cette définition s'applique également aux experts et aux interprètes.» A nível interno, de acordo com a definição constante da alínea a) do artigo 2.º da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, considera-se "a) Testemunha: qualquer pessoa que, independentemente do seu estatuto face à lei processual, disponha de informação ou de conhecimento necessários à revelação, percepção ou apreciação de factos que constituam objecto do processo, de cuja utilização resulte um perigo para si ou para outrem, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo anterior."

a) A matéria da admissibilidade e da necessidade da prova releva, antes de mais, das regras de direito interno dos Estados membros, competindo às jurisdições nacionais apreciar os elementos de prova recolhidos<sup>265</sup>.

Conforme o TEDH vem sublinhando, não lhe incumbe examinar *in abstracto* a legislação e práticas pertinentes em matéria de produção de provas<sup>266</sup>, a necessidade e pertinência de uma determinada prova, se as provas foram ou não valoradas correctamente, nem muito

---

<sup>264</sup> Veja-se, v.g., Franklin Kuty, *Justice pénale et procès équitable* cit., pág. 427 e seguintes, S. Trechel, “L’administration de la preuve. Quelques réflexions sur l’article 6, §3, d, de la Convention européenne des droits de l’Homme”, in *Les droits de l’Homme au seuil du 3ème millénaire, Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, págs. 907-926, a anotação ao artigo 6º constante de Pieter Dijk e G.J.von Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 3ªed., The Hague, 1998, Kluwer Law International, págs. 473-477, o comentário da autoria de Jean Claude Soyer e de Michel Salvia, in Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux e Pierre-Henri Imbert (dir), *La Convention Européenne des Droits de l’Homme, commentaire article para article*, Paris, 1995, Economica, págs. 239 e ss, em especial, págs 275-277, Elvira Nadia La Roca, “La prova nell’ottica della giurisprudenza europea”, in Alfredo Gaito (dir), *La Prova Penale*, cit., págs 161-191 e Juan José López Ortega, “Prueba y proceso equitativo. Aspectos actuales de la jurisprudencia europea”, in *La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 259-287.

Na bibliografia portuguesa veja-se, v.g., a anotação ao artigo 6º da Convenção feita por Irineu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, cit., págs.120-122, Irineu Cabral Barreto, “Os Direitos da Criança – na Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, in *Direitos da Criança*, Corpus Iuris Gentium Conimbrigae 3, Coimbra Editora, 2004, págs. 85-88, Maria do Carmo Silva Dias, *Crimes Sexuais com Adolescentes*, Coimbra, 2006, Almedina, nota 580, págs. 321-323 e Paulo Pinto de Albuquerque, “O estatuto das vítimas de crimes à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, in *Vítimas e Mediação*, Lisboa, 2008, págs. 91-101, também disponível in [www.apav.pt](http://www.apav.pt). e Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime e o que se disse antes do Julgamento, Estudos sobre a Prova no Processo Penal Português, à Luz do Sistema Norte-Americano*, cit., págs. 421- 459.

<sup>265</sup> Cfr., v.g., o Ac. de 1-6-2010, *Gäfgen c. Alemanha* §162.

<sup>266</sup> Cfr., v.g., a decisão (sobre a admissibilidade) de 12-1-1999, *S.E. c. Itália* e os Acs de 26-2-1993, *Padovani c. Itália*, §24, e de 24-5-1989, *Hanscholdt c. Dinamarca*, §45.



menos pronunciar-se sobre a culpabilidade ou inocência dos arguidos<sup>267</sup>.

A tarefa do Tribunal, segundo a Convenção, não é a de se pronunciar sobre a admissibilidade de certos elementos de prova, nomeadamente sobre provas obtidas de forma ilegal em face do direito interno, não é a de decidir se as declarações de uma determinada testemunha foram ou não regularmente admitidas, se eram ou não necessárias, antes consiste em examinar se o processo, no seu conjunto, incluindo o modo como foi produzida e apresentada a prova, reveste ou não um carácter equitativo, sancionando toda a recusa abusiva ou arbitrária<sup>268</sup>.

---

<sup>267</sup> Cfr., v.g., os Ac. de 22-4-1992, *Vidal c. Bélgica* [“Il n’entre certes pas dans les attributions de la Cour d’exprimer une opinion sur l’intérêt de l’offre de preuve écartée de la sorte, ni plus généralement sur la culpabilité ou l’innocence de M. Vidal, (...) §34] e de 27-7-2000, *Pisano c. Itália*, §21.

<sup>268</sup> Para além da jurisprudência citada por Irineu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, cit., pág. 121, nota 322, vejam-se, v.g., os Acs do TEDH de 13-10-2005, *Bracci c. Itália*, §51, de 20-12-2001, *P.S. c. Alemanha*, §19, de 27-2-2001, *Luca c. Itália* §38, de 23-4-1997, §38, *Van Mechelen e outros c. Países Baixos*, §50, de 16-12-1992, *Edwards c. Reino Unido*, §34 e de 26-4-1991, *Asch c. Áustria*, §26. Como se conclui no Ac. de 28-9-2010, *A.S. c. Finlândia*, “It is therefore not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, evidence obtained unlawfully in terms of domestic law – may be admissible or, indeed, whether the applicant was guilty or not. The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair. This involves an examination of the “unlawfulness” in question and, where a violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found (see, among other authorities, *Khan v. the United Kingdom*, n.º 35394/97, § 34, ECHR 2000-V; *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, n.º. 44787/98, § 76, ECHR 2001-IX; *Heglas v. the Czech Republic*, n.º 5935/02, §§ 89-92, 1 March 2007; *Allan v. the United Kingdom*, n.º 48539/99, § 42, ECHR 2002-IX; and *Bykov*, cited above, § 89)” (§ 51).

Conforme salientado no Ac. de 15-12-2011, *Al-Khawaja et Tahery c. Reino Unido*: “§118 (...) lorsqu’elle examine un grief tiré de l’article 6 § 1, la Cour doit essentiellement déterminer si la procédure pénale a revêtu, dans son ensemble, un caractère équitable (voir, parmi les arrêts récents, *Taxquet c. Belgique* [GC], no 926/05, § 84, 16 novembre 2010, avec les références qui y sont citées). Pour ce faire, elle envisage la procédure dans son ensemble et vérifie le respect non seulement des droits de la défense mais aussi de l’intérêt

Esta orientação já foi criticada por representar uma concepção "globalisante finalement moins protectrice de l'accusé qu'on aurait pu l'espérer"<sup>269</sup>.

As questões da admissão e da necessidade da prova podem, porém, assumir uma relevância convencional quando possam pôr em causa a equidade do próprio julgamento, como, por exemplo, na admissão de prova de um agente provocador<sup>270</sup> ou na rejeição do depoimento de uma testemunha sobre o paradeiro do arguido no momento do crime<sup>271</sup>, ou na rejeição do depoimento das testemunhas no tribunal de recurso quando este condena depois de o tribunal recorrido ter absolvido<sup>272</sup>.

---

du public et des victimes à ce que les auteurs de l'infraction soient dûment poursuivis (Gäfgen c. Allemagne [GC], no 22978/05, § 175, CEDH 2010-....) et, si nécessaire, des droits des témoins (voir, parmi bien d'autres arrêts, Doorson, précité, § 70).”

<sup>269</sup> A. Huet et R. Koering-Joulin, *Droit pénal international*, 1<sup>a</sup> ed., Paris, 1994, PUF, n.º 174, p. 274.

<sup>270</sup> Cfr. Ac. de 9-6-1998, *Teixeira de Castro c. Portugal*, cuja decisão está publicada, com anotação crítica de António Henriques Gaspar, na *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 10, pág. 145 e foi também comentada por Maia Costa, “Agente provocador - Validade das provas”, na *Revista do Ministério Público*, Ano 21, Jan. Mar. 2000, n.º 81, págs. 155-174 e David Ormerod e Andrew Roberts, «The trouble with Teixeira: Developing a principled approach to entrapment», in *The International Journal of evidence of proof*, vol. 6, n.º 1, pp. 38 e segs. Veja-se também a anotação de Mário Ferreira Monte ao relatório da Comissão, “A Relevância da actuação dos agentes infiltrados ou provocadores no Processo Penal” in *Scientia Iuridica*, tomo XLVI, n.ºs 265/267, Janeiro/Junho, 1997, págs. 183-202 e Joaquim Loureiro, *Agente infiltrado? Agente provocador! : reflexões sobre o 1.º acórdão do T.E.D. Homem – 9 Junho 1998 : condenação do estado português* Coimbra, 2007, Almedina.

<sup>271</sup> Cfr. Ac. de 13-7-2006, *Popov c. Rússia*.

<sup>272</sup> Cfr. Acs de 19-2-1996, *Botten c. Noruega*, de 27-6-2000, *Constantinescu c. Roménia*, e de 18-5-2004, *Destrehem c. França*.

b) As provas devem normalmente ser produzidas em audiência pública, na presença do acusado, tendo em vista um debate contraditório<sup>273</sup>.

Assim, a prova testemunhal deve revestir um carácter contraditório, concedendo-se à defesa a possibilidade de contestar todo o elemento de prova produzido perante o tribunal e invocado por este para fundamentar a sua decisão, de modo a poder combater eficazmente as acusações que lhe são feitas.

A audição oral, em audiência, garante não só o carácter contraditório dos debates e a possibilidade de o arguido questionar a credibilidade de uma testemunha<sup>274</sup>, como também permite ao juiz examinar o comportamento das testemunhas durante a sua inquirição a fim de formar uma opinião pessoal sobre a sua credibilidade<sup>275</sup>.

Pode, porém, haver excepções a este princípio, desde que salvaguardados os direitos de defesa, “*in particular whether the applicant has given the opportunity of challenging the authenticity of the evidence and of opposing its use*”<sup>276</sup>.

---

<sup>273</sup> Cfr., v.g., os Acs. de: 6-12-1988, *Barberà, Messegué e Jabardo c. Espanha*, §78; 19-12-1990, *Delta c. França*, § 36; 26-4-1991, *Ash c. Áustria*, §27; 15-6-1992, *Lüdi c. Suíça*, §49; 23-4-1997, *Van Mechelen e outros c. Países Baixos*, §54; 14-12-1999, *A. M. c. Itália*, §25; 27-2-2001, *Luca c. Itália*, §39; 17-7-2001, *Sadak e outros c. Turquia*, §64; 20-12-2001, *P.S. c. Alemanha*, §21; 31-10-2001, *Solakov c. República da Macedónia*, §57; 19-10-2006, *Majadalla c. Itália*, §37; 24-4-2007, *W.C. c. Finlândia*, §43; 28-9-2010, *A.S. c. Finlândia*, §53.

Na síntese do Relatório de 12-10-1989, apresentado pela Comissão no caso *Delta c. França*, “Sauf circonstances exceptionnelles, appellant des justifications précises, les témoins doivent être entendus en la présence de l’accusé, lors du débat contradictoire qui, mené sous le contrôle qu’organise la publicité de l’audience, constitue une garantie concrète de l’équité de la procédure”(§40).

<sup>274</sup> Cfr. Ac. de 19-12-1990, *Delta c. França*, §37.

<sup>275</sup> Cfr. Acs. de 19-6-2003, *Hulki Gunes c. Turquia*, §95, de 19-12-1990, *Delta c. França*, §37 e de 20-11-1989, *Kostovski c. Países Baixos*, §43.

<sup>276</sup> Ac. de 28-9-2010, *A.S. c. Finlândia*, §52.

Por um lado, podem existir várias razões, nomeadamente a protecção de testemunhas ou de vítimas, que justifiquem que uma testemunha seja ouvida fora da presença da pessoa contra a qual presta o seu depoimento, desde que o defensor desta esteja presente e a possa interrogar<sup>277</sup>.

---

<sup>277</sup> Cfr., v.g. Acs de 26-3-1996, *Doorson c. Países Baixos* e de 4-11-2003, *Bellerín c. Espanha*.

De acordo com a jurisprudência do TEDH, o princípio do contraditório não exige que o arguido esteja presente durante a inquirição da testemunha desde que concorram razões que justifiquem aquela ausência. O mesmo princípio não exige, igualmente, que o arguido seja autorizado a inquirir directamente a testemunha, sempre que tenha tido a possibilidade de a inquirir através do seu defensor. Na síntese do Ac. de 28-9-2010, *A.S. c. Finlândia*: “All the evidence must normally be produced at a public hearing, in the presence of the accused, with a view to adversarial argument. There are exceptions to this principle, however. As a general rule, paragraphs 1 and 3(d) of Article 6 cannot be interpreted as requiring in all cases that questions be put directly by the accused or his lawyer, whether by means of cross-examination or by any other means, but rather that the accused must be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when he makes his statements or at a later stage (see *W.S. v. Poland*, cited above, § 55 with further references). The statement of a witness does not always have to be made in court and in public if it is to be admitted as evidence; in particular, this may prove impossible in certain cases (see *Asch v. Austria*, cited above, § 27). In any event, paragraph 1 of Article 6 taken together with paragraph 3 requires the Contracting States to take positive steps, in particular to enable the accused to examine or have examined witnesses against him. Such measures form part of the diligence which the Contracting States must exercise in order to ensure that the rights guaranteed by Article 6 are enjoyed in an effective manner (see *Sadak and Others v. Turkey*, nos. 29900/96, 29901/96, 29902/96 and 29903/96, § 67, ECHR 2001-VIII)” (§53).

No campo específico dos crimes sexuais envolvendo menores, a decisão de 20-1-2005 (n.º30598/02), *Accardi e outros c. Itália*, considerou que “The Court has regard to the special features of criminal proceedings concerning sexual offences. Such proceedings are often conceived of as an ordeal by the victim, in particular when the latter is unwillingly confronted with the defendant. These features are even more prominent in a case involving a minor. In the assessment of the question whether or not in such proceedings an accused received a fair trial, account must be taken of the right to respect for the private life of the alleged victim. Therefore, the Court accepts that in criminal proceedings concerning sexual abuse certain measures may be taken for the purpose of protecting the victim, provided that such measures can be reconciled with an adequate and effective exercise of the rights of the defence

Por outro lado, se em regra os elementos de prova devem ser produzidos em audiência pública tendo em vista um debate contraditório tal não impede a utilização das provas recolhidas na fase de instrução do processo sempre que exista uma causa legítima<sup>278</sup> que impeça a declaração em audiência e que sejam respeitados os direitos de defesa, isto é, que seja dada ao arguido a oportunidade adequada para confrontar e interrogar a testemunha no momento em que esta presta declarações, ou em momento posterior.

---

(see *S.N. v. Sweden*, cited above, § 47, and *Lemasson and Achat*, cited above). In securing the rights of the defence, the judicial authorities may be required to take measures which counterbalance the handicaps under which the defence labours (see *Doorson v. the Netherlands*, judgment of 26 March 1996, *Reports* 1996-II, p. 471, § 72, and *P.S. v. Germany*, n.º33900/96, § 23, 20 December 2001).”

No caso em apreço, os arguidos e os seus advogados puderam seguir o interrogatório das vítimas numa divisão separada por um vidro da sala onde se encontrava o juiz que inquiriu os menores com o auxílio de um perito, tendo então tomado conhecimento das perguntas e das respostas e observado o comportamento dos menores. Os advogados dos arguidos tiveram possibilidade de, por meio do juiz, colocar todas as questões que considerassem relevantes para a defesa. As autoridades procederam ao registo audiovisual das inquirições o qual pôde ser examinado pelo tribunal de julgamento que pôde observar o comportamento das testemunhas e os arguidos tiveram oportunidade de se pronunciar. O pedido foi considerado manifestamente infundado.

<sup>278</sup> Por a audição da testemunha em audiência não ser possível (por a testemunha ter falecido no decurso do processo – Acs. de 5-12-2002, *Craxi c. Itália*, de 7-8-1996, *Ferrantelli e Santangelo c. Itália*, §52 e decisão de 27-1-2009, *Mika c. Suécia*), não ser desejável (segurança do declarante no âmbito de um processo contra organizações mafiosas – Ac. 27-2-2001, *Luca c. Itália*, §40; protecção de menor, testemunha de sevícias traumatizantes de que foi vítima - Ac. de 20-12-2000, *P.S c. Alemanha*, §28), ou não ser útil (testemunha domiciliada no estrangeiro).

Como bem observa Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime e o que se disse antes do Julgamento, Estudos sobre a Prova no Processo Penal Português, à Luz do Sistema Norte-Americano*, cit., pág. 426, nota 36, “O TEDH tem referido de forma persistente que a utilização das declarações anteriores pode ocorrer ‘em determinadas circunstâncias’, embora sem uma pré-definição de parâmetros claros e previsíveis sobre as condições exigidas.”

Esta importante regra foi explicitada pela primeira vez no Ac. do TEDH de 20-11-1989, *Kostovski c. Países Baixos*, nos seguintes termos:

“Les éléments de preuve doivent normalement être produits devant l’accusé en audience publique, en vue d’un débat contradictoire. Il n’en résulte pourtant que la déclaration d’un témoin doit toujours se faire dans le prétoire et en public pour servir de preuve; en particulier, cela peut se révéler impossible dans certains cas.

Utiliser de la sorte des dispositions remontant à la phase de l’instruction préparatoire ne se heurte pas en soi aux §3 d) et §1 de l’article 6, sous réserve du respect des droits de la défense. En règle générale, ils commandent d’accorder à l’accusé une occasion adéquate et suffisante de contester un témoignage à charge et d’en interroger l’auteur, au moment de la déposition ou plus tard” (§41)<sup>279</sup>.

---

<sup>279</sup> Cfr. também Acs do TEDH de 27-9-1990, *Windish c. Áustria*, §26, de 19-12-1990, *Delta c. França*, §36, de 19-1-1991, *Isgrò c. Itália*, §34, de 26-4-1991, *Asch c. Áustria*, §27, de 15-6-1992, *Lüdi c. Suíça*, §49, de 20-9-1993, *Saidi c. França*, §43, de 23-4-1997, *Van Mechelen c. Países Baixos*, §51, de 14-12-1999, *A. M. c. Itália*, §25, de 27-2-2001, *Luca c. Itália*, §§40 e 43, de 17-7-2001, *Sadak e outros c. Turquia*, §§ 65 e 66, de 20-12-2001, *P.S. c. Alemanha*, §§21, 29 e 30, de 2-7-2002, *S.N. c. Suécia*, §44, de 31-10-2002, *Solakov c. Macedónia*, §57, Decisão de 17-11-2005, *Haas c. Alemanha*, de 13-4-2006, *Vaturi c. França*, §50, de 20-4-2006, *Carta c. Itália*, §49, de 27-4-2007, *B. c. Finlândia*, §41, e de de 27-1-2011, *Krivoshapkin c. Rússia*, §54.

Já anteriormente, em 1986, embora com uma formulação ainda embrionária, o TEDH por via do seu ac. de 24-11-1986, *Unterpertinger c. Áustria*, afirmou que a utilização como prova da condenação de depoimentos prestados sem que a defesa os pudesse contraditar, nomeadamente sem que tivesse tido qualquer possibilidade de formular perguntas não constitui uma violação do direito de interrogar ou de fazer interrogar as testemunhas de acusação, desde que a utilização das mesmos como elemento de prova respeite os direitos de defesa (sobre este caso cfr. Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime e o que se disse antes do Julgamento, Estudos sobre a Prova no Processo Penal Português, à Luz do Sistema Norte-Americano*, cit., págs. 423-424, atribuindo-lhe, porém, o qualificativo de “leading case na matéria”).

Como o TEDH frisou: “§31. Ne pouvant donc entendre Mme Unterpertinger et Mlle Tappeiner - ni d’ailleurs prendre connaissance des dépositions de la première devant le juge de Kufstein -, le tribunal puis la cour d’appel ont dû en

É, precisamente, o que sucede entre nós com as declarações para memória futura quando realizadas num momento em que o arguido ainda não fora constituído como tal.

A admissibilidade desta prova antecipada não viola, por conseguinte, o disposto no artigo 6.º, n.º1 e n.º3, al. d) da CEDH, porquanto, embora o arguido não tenha tido oportunidade de confrontar e interrogar a testemunha no momento em que esta presta declarações, teve essa oportunidade posteriormente, pelo menos em audiência de julgamento, após a leitura do respectivo auto e a sua submissão a debate contraditório<sup>280</sup>.

---

revanche, à la demande du parquet, donner lecture de leurs déclarations à la gendarmerie (paragraphe 19 ci-dessus).

En soi, pareille lecture ne saurait passer pour incompatible avec l'article 6 §§ 1 et 3 d) (art. 6-1, art. 6-3-d) de la Convention, mais encore faut-il que son utilisation comme élément de preuve ait lieu dans le respect des droits de la défense, dont la protection constitue l'objet et le but de l'article 6 (art. 6). Il en va spécialement ainsi lorsque l' "accusé", à qui l'article 6 § 3 d) (art. 6-3-d) reconnaît le droit d' "interroger ou faire interroger" les témoins à charge, n'a eu à aucun stade de la procédure antérieure l'occasion de questionner les personnes dont les déclarations sont lues à l'audience.»

Considerando, porém a essencialidade que para a condenação revestiram aquelas declarações prestadas na fase da investigação em face das quais os direitos de defesa do arguido se encontraram “sensivelmente reduzidos”, o TEDH condenou a Áustria por violação do processo equitativo:

«§33 (...) Il ressort toutefois de l'arrêt du 4 juin 1980 que, pour l'essentiel, la cour d'appel a fondé la condamnation du requérant sur les déclarations de Mme Unterpertinger et de Mlle Tappeiner à la gendarmerie, considérées non comme de simples renseignements, mais comme preuve de l'exactitude des accusations que les intéressées avaient portées à l'époque. Sans doute lui appartenait-il d'apprécier les diverses données recueillies, de même que la pertinence de celles dont le prévenu souhaitait la production; il n'en demeure pas moins que M. Unterpertinger a été reconnu coupable sur la base de "témoignages" en face desquels ses droits de défense se trouvaient sensiblement réduits.

Dès lors, le requérant n'a pas bénéficié d'un procès équitable et il y a eu violation du paragraphe 1 de l'article 6 (art. 6-1) de la Convention, combiné avec les principes inhérents au paragraphe 3 d) (art. 6-3-d).»

<sup>280</sup> Entre nós é a este respeito emblemático o Ac. STJ 16-6-2004, proc.º n.º 049721, rel. Henriques Gaspar, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), do qual se transcrevem os seguintes excertos:

“Na verdade, se os elementos de prova devem, em princípio, ser produzidos perante o arguido em audiência pública, em vista de um debate contraditório,

O TEDH admite, deste modo, que circunstâncias particulares, nomeadamente quando esteja em risco a vida, liberdade ou segurança do declarante ou em situações em que estejam em causa interesses protegidos pelo artigo 8.º da CEDH, possam impedir o contraditório em audiência de julgamento e que possam ser utilizadas declarações prestadas na fase preliminar do processo, desde que salvaguardado os direitos de defesa os quais podem exigir a adopção de medidas compensatórias.

Nestes casos, porém, para além de estes procedimento apenas ser admissível na medida do estritamente necessário, o TEDH exigia que a convicção do tribunal não podia fundar-se, exclusivamente, ou em grau decisivo, no depoimento de uma pessoa que o arguido não confrontou nem teve oportunidade de confrontar, quer durante a investigação, quer em julgamento<sup>281</sup>.

---

este princípio, comportando excepções, apenas as pode aceitar sob reserva da protecção dos direitos de defesa, que impõem que ao arguido seja concedida uma oportunidade adequada e suficiente para contraditar uma testemunha de acusação posteriormente ao depoimento; sendo apenas os direitos da defesa limitados de maneira incompatível com o respeito do princípio sempre que uma condenação se baseie, unicamente ou de maneira determinante, nas declarações de uma pessoa que o arguido não teve oportunidade de interrogar ou fazer interrogar, seja na fase anterior, seja durante a audiência. São estes os princípios elaborados pela jurisprudência de Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a respeito do artigo 6º, §§ 1 e 2, alínea d), da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (cfr., v. g., acórdãos CRAXI c. Itália, de 5 de Dezembro de 2002, e S. N. c. Suécia, de 2 de Julho de 2002).

Em certas circunstâncias, com efeito, pode ser necessário que as autoridades judiciais recorram a declarações prestadas na fase do inquérito ou da instrução, nomeadamente quando a impossibilidade de reiterar as declarações é devida a factos objectivos, como sejam a ausência ou a morte; 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.”

<sup>281</sup> Cfr., v.g., Acs de 24-11-1986, *Unterpertigen c. Áustria*, §§31-33, de 28-8-1990, *Windish c. Áustria*, §31, de 19-2-1991, *Isgrò c. Italia*, de 15-6-1992, *Lüdi c. Suíça*, de 20-9-1993, *Saïdi c. França*, §§43-44, de 26-3-1996, *Doorson c. Países Baixos* [“even hen ‘counterbalancing’ procedures are found to compensate sufficiently the handicaps under wich the defense labours, a



---

conviction should not be based either solely or to decisive extent on anonymous statements” (§76)] de 7-8-1996, *Ferrantelli e Santangelo c. Italia*, de 23-4-1997, *Van Mechelen e outros c. Países Baixos*, §55, de 14-12-1999, *A. M. c. Itália*, §25, de 13-4-2006, *Vaturi c. França*, §50, de 19-10-2006, *Majadallah c. Itália*, e de 27-1-2011, *Krivoshapkin c. Rússia* [“...the conviction must not rest solely, or in a decisiv manner, on the depositions of a witness whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined either during the investigation or at trial...” (§55)], de 17-2-2011, *Kononenko c. Rússia* [“...where a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6 (see *Lucà v. Italy*, no. 33354/96, § 40, ECHR 2001-II; *Makeyev v. Russia*, no. 13769/04, § 35, 5 February 2009; and *Samoshenkov and Stokov*, cited above, § 75)” (§63)].

Como justamente conclui Giulio Ubertis, *Argumenti di procedura penale*, Giuffrè, 2011, vol. III, pág. 138, “La Corte europea dei diritti dell’uomo, dunque, richiede soltanto, quale requisito mínimo, che la fonte di prova determinante utilizzata in sentenza sia comunque inscritta nel circuito del contraddittorio: esige cioè, *un contraddittorio almeno differito sulla fonti di prova.*”

Esta regra tem particular aplicação no âmbito das testemunhas anónimas. Sobre a problemática das testemunhas anónimas cfr. v.g. Renato Stanziola Vieira, “Testemunha Anónima e paridade de armas na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: Encontros e Desencontros”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 20.º, n.º3 (Jul-Set.2010), págs. 415-449, Juana del Carpio Delgado, “Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de los Tribunales Penales Internacionales ‘ad-hoc’”, *Revista Penal*, n.º 19, 2007, págs. 35-51, Sandra Oliveira e Silva, *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, cit., especialmente págs. 295-330, Natacha Fauveau, “La protection des témoins et les droits de la défense dans le cadre de la justice pénale internationale: un compromis entre sécurité des personnes et l’égalité des armes”, in *Era-Forum* 2004, n.º4, págs. 562-580, Muriel Guerrin, “Le témoignage anonyme au regard de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l’homme”, *Revue Trimestrielle de Droits de L’Homme*, 2002, págs. 45-68, Jean Pradel e Geert Corstens, *Droit pénal européen*, cit., n.º 359, págs. 377-381, e Raymond Legeais, “L’utilisation de témoignages sous forme anonyme ou déguisée dans la procédure des juridictions répressives”, *Revue internationale de droit comparé*, ano 1998, vol. 5, n.º3, págs. 711-718.

Neste domínio, a jurisprudência do TEDH tem suscitado severas críticas e reticências por parte da doutrina e jurisprudência do Reino Unido, cfr. Ian Dennis, “The Right to Confront Witnesses: Meanings, Myths and Human

---

Rights”, in *Criminal Law Review*, 4, 2010, págs. 255-274, também disponível em <http://agc.-wopac.agc.gov.my.>, as quais se atenuaram substancialmente após o Ac. de 15-12-2011, *Al-Khawaja et Tahery c. Reino Unido*. Esta regra faz-se sentir igualmente no campo específico dos crimes sexuais envolvendo menores.

Como se salientou no Ac. de 20-12-2001, *P.S. c. Alemanha*:

“22. In appropriate cases, principles of fair trial require that the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify, in particular where life, liberty or security of person are at stake, or interests coming generally within the ambit of Article 8 of the Convention (see the Doorson judgment cited above, p. 470, § 70).

23. However, only such measures restricting the rights of the defence which are strictly necessary are permissible under Article 6. Moreover, in order to ensure that the accused receives a fair trial, any difficulties caused to the defence by a limitation on its rights must be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities (*ibid.*, p. 471, § 72).

24. Where a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6 (see the van Mechelen and Others judgment cited above, p. 712, § 55; the Doorson judgment cited above, p. 472, § 76; and the Windisch v. Austria judgment of 27 September 1990, Series A n.º 186, p. 11, § 31).”

Sobre este importante acórdão veja-se a recensão feita por António Henriques Gaspar, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 12º, n.º2, Abril-Junho 2002, págs. 296-297 e o desenvolvido comentário do professor argentino Luis M. Garcia, *El derecho a interrogar a los testigos de cargo en caso de abuso sexual sobre niños. Nota al caso “P.S. v. Alemania*, publicado originariamente em *La Ley*, T 2002-F, 15.

Também no Ac. de 28-9-2010, *A .S. c. Finlândia*, as declarações do menor vítima de crime sexual, as quais foram decisivas para a condenação, foram prestada no decurso de uma entrevista feita pelo psicólogo hospitalar, com registo audio-visual, o qual foi examinado em audiência. O arguido não teve, porém, qualquer oportunidade de colocar questões ao menor, nem no decurso daquela entrevista à qual não lhe foi dada possibilidade de assistir, nem posteriormente. Por isso o Tribunal concluiu pela violação do disposto no artigo 6º, n.ºs 1 e 3, da CEDH.

Sobre a aplicação do artigo 6º, n.º3, al. d) da CEDH em casos de crimes sexuais envolvendo menores, veja a seguinte jurisprudência do TEDH: decisão de 12-1-1999 (n.º 36686/97), *S.E. c. Itália*; Ac. de 14-12-1999, *A.M. c. Itália*; Ac. de 20-12-2001, *P.S. c. Alemanha*; de 2-7-2002, *S.N. c. Suécia*; decisão de 14-1-2003 (n.º 49849/99), *Lemasson e Achat c. França*; decisão de 20-1-2005 (n.º30598/02), *Accardi e outros c. Itália*; Ac. de 10-11-2005, *Bocus-Cuesta c. Países Baixos*; Ac. de 24-4-2007, *W. c. Finlândia*; Ac. de 24-4-2007, *B. c.*

Note-se que foi esta jurisprudência do TEDH que esteve claramente na génese do artigo 19.º, n.º2 da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho (Lei de protecção de testemunhas) segundo a qual “Nenhuma decisão condenatória poderá fundar-se, exclusivamente, ou de modo decisivo, no depoimento ou nas declarações produzidas por uma ou mais testemunhas cuja identidade não foi revelada.”<sup>282</sup>

Recentemente, porém, o TEDH por via do seu acórdão de 15-12-2011, *Al-Khawaja et Tahery c. Reino Unido*<sup>283</sup>, parece ter inflectido a sua orientação anterior, na medida em que considerou que a regra da prova única ou determinante não é uma regra absoluta cuja violação implique automaticamente a violação do processo equitativo<sup>284</sup>.

---

*Finlândia*; Ac. de 19-6-2007, *W.S. c. Polónia*; Ac. de 17-7-2007 *Kovac c. Croácia*; e Ac. de 28-9-2010, *A.S. c. Finlândia*.

<sup>282</sup> Sobre algumas questões suscitadas pela interpretação desta norma e bem assim da jurisprudência do TEDH que a inspirou, veja-se Sandra Oliveira e Silva, *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, cit., especialmente págs. 295-330 e Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime e o que se disse antes do Julgamento, Estudos sobre a Prova no Processo Penal Português, à Luz do Sistema Norte-Americano*, cit págs. 447-453.

<sup>283</sup> Para uma primeira leitura deste importante aresto vejam-se os comentários de Eric Metcalfe, “Time for the UK supreme court to think again on hearsay”, *The Guardian*, 15-12-2011, do *Solicitor’s Journal* de 15-12-2011, de Carl Gardner “Al-Khawaja & Tahery v. UK: Lord Irvine vindicated”, in *Head of Legal* de 15-12-2011, disponível em [www.headoflegal.com](http://www.headoflegal.com), de Conor Gearty, “Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom”, in UK Constitutional Law Group, 9-1-2012, disponível em <http://ukconstitutionallaw.org>, de Nicolas Hervieu, “Admissibilité des preuves par oui-dire et droit de contre-interrogatoire en matière pénale”, in *Lettre Actualités Droits-Libertés* du CREDORF, 18-12-2011, disponível em [combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr](http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr), e de Francesco Zacchè, “Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti (working paper)”, in *Diritto Penale Contemporaneo* de 17-1-2012, disponível em [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>284</sup> “§147. En bref, si l’admission à titre de preuve d’un témoignage par oui-dire constituant l’élément à charge unique ou déterminant n’emporte pas automatiquement violation de l’article 6 § 1, lorsqu’une condamnation repose exclusivement ou dans une mesure déterminante sur les dépositions de témoins absents, la Cour doit soumettre la procédure à l’examen le plus rigoureux. Etant donné les risques inhérents aux témoignages par oui-dire, le caractère unique ou déterminant d’une preuve de ce type admise dans une affaire est, pour reprendre les mots de Lord Mance dans R. v. Davis (paragraphe 50 ci-

## 2.2 A necessidade da leitura em audiência

Quer a doutrina, de forma praticamente unânime<sup>285</sup>, quer um importante sector jurisprudencial, claramente maioritário ao nível das Relações<sup>286</sup>, têm exigido que as declarações para memória

---

dessus), un facteur très important à prendre en compte dans l'appréciation de l'équité globale de la procédure et il doit être contrebalancé par des éléments suffisants, notamment par des garanties procédurales solides. Dans chaque affaire où le problème de l'équité de la procédure se pose en rapport avec une déposition d'un témoin absent, il s'agit de savoir s'il existe des éléments suffisamment compensateurs des inconvénients liés à l'admission d'une telle preuve pour permettre une appréciation correcte et équitable de la fiabilité de celle-ci. L'examen de cette question permet de ne prononcer une condamnation que si la déposition du témoin absent est suffisamment fiable compte tenu de son importance dans la cause.”

<sup>285</sup> Simas Santos, Leal-Henriques e Borges de Pinho, *Código de Processo Penal*, vol. II, Lisboa, 1996, Rei dos Livros, pág. 312, Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, vol. III, 2ªed., 2000, Verbo, págs. 236 e 256, Damião da Cunha, “O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP)”, cit., pág. 417, Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 874, Mouraz Lopes, *A Tutela da Imparcialidade Endoprocessual no Processo Penal Português*, cit., pág. 877., Sandra Oliveira e Silva, *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, cit., pág. 246, Joaquim Malafaia, “O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos actos de instrução e nas declarações para memória futura” cit., pág., 537, Paulo Dá Mesquita, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, cit., pág. 78, nota 75, Idem, *A Prova do Crime e o que se disse antes do Julgamento, Estudos sobre a Prova no Processo Penal Português, à Luz do Sistema Norte-Americano*, pág. 608 e pág. 612, nota 286 e 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., pág. 119.

<sup>286</sup> Cfr. Ac. do STJ de 22-09-2005, proc.º n.º 2239/05-5ª, rel. Arménio Sottomayor, sum.º in [www.pgdlisboa.pt](http://www.pgdlisboa.pt), Ac. da Rel. do Porto de 18-4-2001, (rel. Manso Rainho), *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXVI, tomo 2, pág. 228, Ac. da Rel. do Porto de 4-7-2001 (rel. Conceição Gomes), *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXVI, tomo 4, pág. 222, Acs. da Rel. do Porto de 17-11-2004, proc.º n.º 0414002, rel. Élia São Pedro, de 22-3-2006, proc.º n.º 0544312, rel. António Gama, ambos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Ac. da Rel. de Coimbra de 6-4-2005, *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXX, tomo 2, pág. 44, os Acs da Rel. de Guimarães de 29-1-2007, proc.º n.º 2232/06-2ª secção, rel. Maria Augusta Fernandes (não publicado), de 9-11-2009, proc.º n.º

futura, para que possam ser valoradas, sejam efectivamente lidas<sup>287</sup> em audiência e, conseqüentemente, submetidas a debate contraditório.

Segundo uma outra orientação sobretudo jurisprudencial, a leitura em audiência de julgamento de declarações prestadas para memória futura não é absolutamente indispensável para que possam ser consideradas válidas e valoradas pelo Tribunal, designadamente para fundamentar a convicção relativamente à matéria de facto, desde que aquelas sejam prestadas com respeito pela estrutura acusatória do processo e seja assegurado um processo equitativo, com igualdade de armas, e respeito pelos princípios do contraditório e da imediação da prova<sup>288</sup>.

---

37107.8TAFAG1, rel. Fernando Ventura [que se refere à “opção legislativa de introduzir a prova no conhecimento do(s) julgador(es) e sujeitos processuais através da sua leitura e reprodução”] e de 7-2-2011, proc.º n.º 224/07.OGAPTL, rel. Luísa Arantes e Ac. da Rel. de Lisboa de 22-3-2011, proc- n.º 423/06.OJDLSB.L1-5, rel. Neto Moura, os três últimos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). O Ac. da Rel. do Porto de 29-10-2008, proc.º n.º 0814505, rel. Francisco Marcolino, na mesma base de dados, pronuncia-se igualmente sobre a necessidade de leitura mas introduz-lhe uma fortíssima “nuance”: essa necessidade só existiria se as declarações para memória futura tivessem sido tomadas sem integral respeito pelo contraditório ao abrigo do disposto no artigo 271.º na redacção anterior à que lhe foi conferida pela Lei n.º 48/2007. Salvo o devido respeito, esta posição é insustentável pois confunde o contraditório na recolha das declarações para memória futura com o exame contraditório de tais declarações em sede de audiência de julgamento.

<sup>287</sup> Na sequência da revisão de 2007, à leitura é equiparada a audição do registo magnetofónico e a visualização do registo audiovisual (artigos 364.º e 356.º, n.º8). Por comodidade de exposição, utilizaremos apenas o vocábulo “leitura”.

<sup>288</sup> Representada pelo Ac. do STJ de 23-3-1994, proc.º n.º 46218, pelos Acs do STJ de 25-3-2009, proc.º n.º 486/09-3ª, rel. Fernando Frois, e de 7-11-2007, proc.º n.º 07P3630, rel. Henriques Gaspar, ambos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), o último dos quais também in *Colectânea de Jurisprudência - Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, tomo 3, pá. 242, pelo Ac. da Rel. de Lisboa de 19-2-2008, proc.º n.º 7877/07-5, rel. Filomena Lima, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), pelo voto de vencido do actual Cons.º Manuel Joaquim Braz ao Ac. da Rel. do Porto de 17-11-2004 acima citado, e por Vinício Ribeiro, *Processo Penal - Notas e Comentários*, cit, pág. 540.

De acordo com esta segunda corrente, que julgamos ser minoritária, as declarações para memória futura podem ser lidas em audiência, mas não têm necessariamente que ser lidas para serem validamente utilizadas. A possibilidade de valoração daquelas declarações decorre, deste modo, da simples possibilidade de poderem ser lidas<sup>289</sup>.

A não exigência da leitura em audiência afigura-se-nos plenamente válida para documentos constantes do processo, nomeadamente para transcrições de escutas telefónicas, para relatórios periciais, relatórios de exames periciais, ou para autos de exame directo, como o STJ tem uniformemente afirmado<sup>290</sup>, como o aval do Tribunal Constitucional<sup>291</sup>, pese embora a oposição continuada do Prof. Germano Marques da Silva<sup>292</sup>.

Já quanto a depoimentos e declarações de intervenientes processuais, reduzidas a escrito, afigura-se-nos ser absolutamente necessária a sua leitura pública.

---

<sup>289</sup> A este respeito é paradigmático o voto de vencido do actual Cons.º Manuel Joaquim Braz ao citado Ac. da Rel. do Porto de 17-11-2004:

“- O art.º 356.º n.º 2, alínea a) do CPP não impõe a leitura na audiência das declarações tomadas para memória futura; apenas a permite.

- E, nos termos do art.º 355.º, n.ºs 1 e 2, do mesmo Código, as declarações cuja leitura é permitida na audiência valem como prova, mesmo que não sejam aí lidas.

- Logo, as declarações tomadas à testemunha (...) ao abrigo do art.º 271.º do CPP, apesar de não terem sido lidas na audiência, valem como prova.”

<sup>290</sup> Cfr., v.g., a numerosa jurisprudência citada por Simas Santos, Leal-Henriques e Borges de Pinho, *Código de Processo Penal*, vol. II, cit., págs. 313-316, Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal Anotado e Comentado*, 15ª ed., Coimbra, 2005, Almedina, pág. 685-687 e Vinício Ribeiro, *Código de processo Penal - Notas e Comentários*, cit., págs. 726-728. A única excepção conhecida reside no Ac. do STJ de 11-3-1993, proc.º n.º 42994, apud Simas Santos, Leal-Henriques e Borges de Pinho, *Código de Processo Penal*, vol. II, cit., pág. 314.

<sup>291</sup> Acs. do Tribunal Constitucional n.º 87/99 (*Diário da República*, II série, de 1 de Julho de 1999) e n.º 110/2011 (*Diário da República*, II série, n.º 68, de 6 de Abril de 2011) também disponíveis in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>292</sup> *Curso de Processo Penal*, vol. III, 2ªed, cit., págs. 252-254; Idem, “Produção e Valoração da Prova em Processo Penal”, cit., págs. 45-46.

Como o STJ já teve oportunidade de salientar, “o julgamento implica a obrigação de examinar e atender, de harmonia com a lei, a todas as provas existentes no processo, sem necessidade da sua leitura pública, apenas exigível para os depoimentos ou declarações dos intervenientes reduzidos a auto”<sup>293</sup>.

Curiosamente aquela posição jurisprudencial que não exige a leitura em audiência, bastando-se com essa possibilidade, tem sido também perfilhada por alguma jurisprudência espanhola de 1ª instância, invariavelmente revogada pelos tribunais superiores espanhóis que lhe assaca o vício de confundir prova documental com prova documentada, ou com “reflejo documental”<sup>294</sup>.

---

<sup>293</sup> Ac do STJ de 2 de Julho de 1998, proc.º n.º 98P490, rel. Sousa Guedes, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) que cita, em seu apoio, os Acs. do STJ de 15 de Novembro de 1993 (proc.º n.º 44685) e de 10 Novembro de 1993 (proc.º n.º 45477). Sobre a necessidade da leitura de declarações anteriormente prestadas pelo arguido no processo vejam-se os Acs. do STJ de 13 de Fevereiro de 2000, rel. Virgílio de Oliveira, apud, Vinício Ribeiro, *Código de Processo Penal - Notas e Comentários*, cit., págs 727-728, e de 25 de Março de 2004, proc.º n.º 04P725, rel. Santos Carvalho, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Conforme se conclui neste último aresto “(...) não podem ser valoradas pelo tribunal, para formação da sua convicção no julgamento, as declarações do arguido produzidas em sede de primeiro interrogatório de detido e cuja leitura não foi ordenada, nos termos do art. 357.º, n.º1, al. b) do CPP, se esse arguido está presente na audiência e prestou aí declarações que evidenciam contradições ou discrepâncias com aquelas e que não podem ser esclarecidas de outro modo. Outra interpretação que não esta seria inconstitucional, por violação dos n.ºs 1, 5 e 6 do artigo 32.º da CRP, uma vez que afrontaria gravemente os princípios da imediação das provas e do contraditório em julgamento.”

<sup>294</sup> Na verdade, para efeitos do disposto no artigo 356.º a prova documental, com o seu regime processual específico (artigos 164.º e seguintes) é uma coisa totalmente distinta da documentação de actos processuais.

Neste sentido veja-se o importante Ac da Rel. de Lisboa de 18-05-2011, proc. 199/07.5GHSNT 3ª Secção, rel. Carlos Almeida, cujo texto integral se encontra disponível in [www.pgdlisboa.pt](http://www.pgdlisboa.pt), assim sumariado:

«I. De acordo com o n.º 1 do artigo 164.º do Código de Processo Penal, «é admissível prova por documento, entendendo-se por tal a declaração, sinal ou notação corporizada em escrito ou qualquer outro meio técnico, nos termos da lei penal». II. A esta luz, reveste, nomeadamente, a natureza de documento toda a declaração corporizada num escrito, inteligível para a generalidade das pessoas, que, permitindo reconhecer o emitente, seja idónea a provar um facto juridicamente relevante. III. Se para a definição do conceito de documento se



---

atendesse apenas ao indicado n.º 1 do artigo 164.º do Código de Processo Penal e às alíneas a) e b) do artigo 255.º do Código Penal, para que aquele remete, qualquer auto lavrado num processo, contivesse ou não declarações, seria um documento e, como tal, poderia ser valorado para a formação da convicção do tribunal nos termos e nas circunstâncias enunciadas no artigo 355.º daquele Código. IV. Uma tal conclusão entraria em claro confronto, para além do mais, com o disposto nos artigos 356.º e 357.º do Código de Processo Penal, disposições que impedem, por regra, a valoração, para a formação da convicção do tribunal, de diligências de prova realizadas nas fases preliminares do processo, nomeadamente a valoração de autos de inquérito que contenham declarações do assistente. V. Para delimitar os conceitos processuais de prova documental e de auto (artigo 99.º do Código de Processo Penal), deve partir-se da ideia de que o objecto representado pelo documento é necessariamente um acto realizado fora do processo ao qual ele vem a ser junto. VI. Se, pelo contrário, o objecto representado é um acto do processo em causa, qualquer que ele seja, então estamos perante um auto que é nele lavrado e que está sujeito a um regime diferente do reservado à prova documental. VII. Um auto não pode, nomeadamente, ser valorado para a formação da convicção do tribunal a não ser nos apertados limites traçados pelos artigos 356.º e 357.º do Código de Processo Penal.»

Em sentido contrário, o Ac. da Rel. de Coimbra de 6-7-2011, proc.º n.º 2157/04.PCCBR.C1, rel. José Eduardo Martins, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), decidiu que “A carta rogatória [de audição de testemunha], uma vez junta aos autos, é considerada um documento (à semelhança do que acontece com as cartas precatórias) pelo que a sua leitura em audiência não é obrigatória (considera-se “examinada” e produzida em audiência independentemente de nesta ter sido feita a respectiva leitura e menção em acta, sendo, contudo, a respectiva leitura permitida, à semelhança do que acontece com as cartas precatórias pois comungam da mesma natureza - cfr artigo 356.º, nº 2, al. c), do CPP).”

Esta distinção entre prova documental e prova documentada, vulgar na jurisprudência espanhola e em alguma jurisprudência latino americana e que entre nós foi referida no Ac. da Rel. de Guimarães de 7-2-2011, proc.º n.º 224/07.OGAPTL, rel. Luísa Arantes, veio, curiosamente, a ser perfilhada em diversos códigos de processo penal de estados mexicanos (cfr. Hesbert Benavente Chorres, *La Prueba Documentada en el Nuevo Sistema de Justicia Penal Mexicano*, in *Ius et Praxis* ano 16, n.º1, 2010, disponível em [www.scielo](http://www.scielo)).

Sobre esta distinção são significativos os seguintes excertos da sentença salvadorenha de 5-3-2007, do Tribunal de Sensuntepeque, Departamento de Cabañas (PS 14011707), disponível em [www.jurisprudencia.gov.sv](http://www.jurisprudencia.gov.sv):

«5.- No hay que confundir como normalmente se hace, la prueba documental con aquella prueba de procedencia procesal e incorporada al juicio, ya que esta última a contrario de la primera, se origina en el interior del proceso y tiene por finalidad dejar constancia escrita de los actos de investigación y de prueba que



Em face das disposições conjugadas dos artigos 355.º, n.º 2 e 356.º, n.º 2, alínea a), afigura-se-nos, pois, que para o efeito de as declarações para memória futura poderem ser tomadas em conta em julgamento se revela absolutamente necessário que em audiência de julgamento se efective a leitura integral de tais declarações cujo conteúdo poderá, depois, ser confrontado com as demais declarações dos intervenientes em julgamento, que as podem contraditar<sup>295</sup>.

---

no tienen el carácter de documental, pero que han sido practicados durante las diversas fases procesales, entre estas tenemos la prueba testimonial anticipada, que se realiza de manera excepcional y de igual forma se incorpora al juicio mediante su lectura como lo señala el art. 330 N.º 1 Pr.Pn, sin perjuicio que el tribunal exija su comparecencia personal, cuando sea posible; por lo tanto la forma de ofrecimiento al juicio, no es el documento en si, sino su declaración como testigo, para que sea apreciada en su sentido directo por el tribunal, quien es al final, quien valora la prueba. Lo anterior no quiere decir que se ha generado una transmutación de conversión de la prueba testimonial a documental, ya que sigue siendo una prueba testimonial documentada en acta, por consiguiente, atendiendo a los principios lógicos del pensamiento, de acuerdo al principio de contradicción, no pueden existir dos juicios afirmativos ciertos, ya que es imposible que algo sea y no sea al mismo tiempo y en el mismo sentido, por lo tanto se reafirma que la prueba documentada de un acto procesal de anticipo de prueba testimonial no es prueba documental como fuente de prueba.

6.- Tal como consta en el romano V del dictamen acusatorio y auto de apertura a juicio, la parte fiscal desde un inicio ofertó como prueba documental un acto procesal de prueba anticipada testimonial del testigo identificado con el indicativo de WILBER, confundiendo lo que es una prueba documental con una prueba testimonial anticipada documentada procesalmente, lo cual estos juzgadores previeron al momento de recibirse la presente causa y se plasmó en el auto del por recibido del expediente de fs. 110, señalando "que se recibe sobre cerrado conteniendo identificación del testigo clave, sin embargo éste no ha sido ofertado como testigo en el dictamen acusatorio, ni oficiosamente lo ha incorporado el Juez Instructor, por lo que solo se agregará al expediente", advertencia que no fue atendida por el ente fiscal, luego de su notificación.»

<sup>295</sup> Assim também no ordenamento jurídico italiano (artigo 511.º do CPP). Como se informa no *Códice di Procedura Penale-Rassegna di Giurisprudenza e di dottrina* (dir. Giorgio Lattanzi e Ernesto Lupo), vol. VI, Milano, 2008, Giuffrè, pag. 167, "In dottrina, si è osservato che l'istituto delle letture serve a trasfondere nella pubblicità e nella corralità del dibattito quelle resultanze, probatoriamente rilevanti, che sono emersi al di fuori del suo svolgimento, e produce l'effetto di far confluire l'atto scritto tra il materiale utilizzabile ai fini della decisione." Assim também, v.g., Paolo Tonini, *Manuale di Procedura*

---

*Penale*, cit., pág. 506 e Barbe, *Deroghe al contraddittorio e all'oralità nella formazione della prova*, cit. pág. 82, este último acentuando que “Solo attraverso lo strumento della lettura, quindi, il giudice inserisce all'interno del dibattimento una prova di cui, di regola, non potrebbe tenerne conto, e la mera leggibilità o utilizzabilità astratta dell'atto si traniute in utilizzabilità concreta, in conoscenza ufficiale.”, salientando, ainda, que “il meccanismo della lettura rappresenta, nella sua dimensione pubblicistica, un chiaro strumento per la corretta ricostruzione dei fatti, mientras, come garanzia per l'imputato consente il recupero del contraddittorio nel senso della verifica di un atto, il verbale, ché si è formato in via unilaterale.”

Em Espanha, quer a doutrina quer a jurisprudência têm sublinhado a necessidade da leitura efectiva das declarações prestadas antecipadamente, não sendo suficiente o emprego da fórmula retórica ou de estilo de as ter por reproduzidas (“que equivale a tener por hecho lo que no se há realizado, es decir, considerar suplido lo no efectuado”- STC 161/1990, de 19 de Outubro), nem sequer com o consentimento do arguido (assim, também entre nós o Ac. da Rel. de Guimarães de 7-2-2011, proc.º n.º 224/07.OGAPTL, rel. Luísa Arantes), devendo ainda a leitura ser feita de forma integral, não podendo ser substituída pela leitura de uma súmula ou de um apontamento das mesmas (cfr. v.g., Miguel Angel Montañés Pardo, *La presunción de inocencia. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*, Pamplona, 1999, Aranzadi, pág. 98, M. Isabel Huertas Martín, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, cit., págs. 103-104, M.ª Angels Vila Muntal, “La Declaración del Testigo”, in Pedro Martín García e outros, *La Prueba en El Proceso Penal*, cit., págs. 249-250, Carlos Climent Durán, *La Prueba penale*, cit., págs. 253-261 e 271, Jaime Aleman Cano, *La Prueba de Testigos en el Proceso Penal*, cit., págs. 194-195 e 253. Na síntese de Gimeno Sendra, in Vicente Gimeno Sendra, Victor Moreno Catena e Valentín Cortés Domínguez, *Derecho Procesal Penal*, 2.ª ed., Madrid, 1997, Colex, pág. 378, “La finalidad de dicha lectura consiste, de un lado, en posibilitar la contradicción por las propias partes y, de outro, impedir que, a través del principio de exame de oficio de la prueba documental, pueda introducirse, en calidad de prueba, todos los actos de investigación que naturalmente quedan plasmados en las oportunas actas.”

Na sua importante e inovadora sentença 96/2009, de 10 de Março de 2009, o Tribunal Supremo reafirmou que a leitura da prova pré-constituída ou antecipada embora não seja uma exigência expressamente prevista na letra da lei “es de cumplimiento necesario por elemental observância de los principios de inmediación, publicidad, y contradicción.”

Quer a doutrina quer a jurisprudência espanholas foram fortemente marcadas pelo Ac. do TEDH de 6-12-1988, no caso *Barberà, Messegué e Jabardo c. Espanha*, que por dez votos contra oito, considerou, nomeadamente, que “89. Eu égard au transfert tardif des requérants de Barcelone à Madrid, au changement inopiné dans la composition du siège aussitôt avant l'ouverture des débats, à la brièveté de ceux-ci et, surtout, à la circonstance que des éléments

---

de preuve très importants ne furent pas produits et discutés de manière adéquate à l'audience, en présence des accusés et sous le contrôle du public, la Cour conclut que la procédure en cause, considérée dans son ensemble, n'a pas répondu aux exigences d'un procès équitable et public. Il y a donc eu violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1)." No caso em apreço, não obstante o número de arguidos e a complexidade do processo, a audiência começou na manhã de 12 de Janeiro de 1982 e completou-se à tarde do mesmo dia. Com o consentimento da acusação e da defesa, toda a prova constante do dossier da instrução com cerca de 1600 páginas e nos quais se incluíam várias declarações prestadas em fases anteriores foi considerada como "por reproduzida", pelo que não foi necessário ler em voz alta as referidas 1600 páginas. Sobre este caso cfr., v.g., Víctor Fairén Guillén, "Sentencia del caso 'Barberá, Messegué y Jabardo': Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 1988", in *Revista de derecho procesal*, 1989, n.º2, págs. 295-352, Fanny Castro-Rial Garrone "Consideraciones a la sentencia del TEDH en el asunto Barberá, Messegué y Jabardo c. España", in *Revista de Instituciones Europeas*, vol.16, n.º3, 1989, págs. 789-808 e Dannis P. Riordan, "The Rights to a Fair Trial and to Examine Witness under the Spanish Constitution and the European Convention on Human Rights", in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 26, págs. 373-418.

A exigência da leitura consta igualmente da maioria dos modernos códigos de processo penal da América Latina de língua espanhola, a maioria dos quais adoptou o modelo acusatório de tipo ou tendência adversarial: Chile [artigos 296.º e 331.º, al. a)], Perú [artigo 383º, n.º1, al. a)], República Dominicana [artigo 312.º, 2)], S. Salvador (artigo 330.º), Honduras (artigo 311.º), Venezuela (artigo 341.º) Bolívia (artigo 333.º), Costa Rica [artigo 334º, al. a)], códigos de diversos estados mexicanos, etc.

Parece ser esta, também, a posição da jurisprudência macaense, como emerge do seguinte excerto da Ac. do TSI de 28-9-2006, proc.º n.º 314/2006, rel. João Gil de Oliveira, in [www.court.gov.mo](http://www.court.gov.mo): "As declarações de testemunha, desde que sejam prestadas nos termos do artigo 253.º do CPPM e lidas em audiência, podem ser tomadas em conta pelo tribunal para efeitos de formação da sua convicção, donde não se estar perante uma prova proibida, sendo livre a sua apreciação pelo tribunal"(itálicos nossos).

Curiosamente, em dois países lusófonos as declarações para memória futura não carecem obrigatoriamente de ser lidas em audiência, podendo ser utilizadas "mesmo que não tenham sido examinadas em audiência por falta de quem o requeresse" [artigo 242.º, n.º2 e alínea a) do Código de Processo Penal da Guiné-Bissau e artigo 266.º, n.º2 e alínea a) do Código de Processo Penal de Timor-Leste].

Compreende-se, perfeitamente, que assim seja já que só mediante a leitura efectiva poderá ser conhecido o conteúdo das declarações e de forma pública.<sup>296</sup>

Na verdade, na síntese de Damião da Cunha, a admissão do meio de prova dá-se com a leitura das declarações a qual, depois de submetida a um debate contraditório (assunção do meio de prova) pode ser valorado pelo tribunal, para efeitos de formação da sua convicção quanto ao objecto (aquisição do meio de prova)<sup>297</sup>.

Na sugestiva formulação de Cordero, “a comunicação oral assinala o momento a partir do qual uma mera possibilidade probatória se converte em efectiva aquisição. Antes de lidas publicamente, aqueles documentos representam uma matéria prima que contém algumas sementes de prova: coisas mudas até que o juiz extraia as ressonâncias de que são capazes”<sup>298</sup>.

A leitura das declarações para memória futura, em audiência, visa suprir a ausência da pessoa declarante e é, assim, uma exigência inelutável dos princípios da imediação, do contraditório e da publicidade<sup>299</sup>.

---

<sup>296</sup> No douto Ac. da Rel. de Guimarães de 29-1-2007, proc.º n.º 2232/06-2ª secção, rel. Maria Augusta Fernandes (não publicado), chama-se também a atenção para um argumento de natureza literal, que se não vê referido na demais jurisprudência: «Cremos resultar do n.º1, parte final, do artigo transcrito [artigo 271.º] que para poder ser tomado em consideração o depoimento para memória futura tem que ser lido no julgamento. Só assim se compreende que a lei refira ‘ser tomado em conta no julgamento’ em vez de ‘ser valorada na decisão da causa’».

<sup>297</sup> “O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP)”, cit., pág. 417.

<sup>298</sup> Apud Sandra Oliveira e Silva, *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, cit., págs. 246-247, nota 479.

<sup>299</sup> A este respeito é particularmente significativo o seguinte excerto do douto Ac. da Rel. do Porto de 4-7-2001 (rel. Conceição Gomes), *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXVI, tomo 4, pág. 224:

“ (...) uma coisa é a produção de prova antecipada, perante um juiz, e com obediência ao princípio do contraditório, outra coisa é o exame dessa prova na audiência de julgamento. E esse exame, pressupõe que, se as pessoas que prestaram antecipadamente o seu depoimento não puderem estar presentes na audiência, tais declarações têm de ser lidas publicamente na audiência de

A leitura das declarações para memória futura tanto pode ser requerida pelo requerente da prova antecipada como por qualquer outro sujeito processual, distinto do requerente, que delas pretenda fazer uso em audiência de julgamento<sup>300</sup>.

---

juízo, de forma a que os sujeitos processuais tenham conhecimento de que o tribunal examinou em audiência de julgamento essa prova produzida antecipadamente, e que na sua convicção levou em conta tais depoimentos.

Com efeito, no decurso da audiência são produzidas as provas oferecidas pela acusação (art.º 283.º, n.º3) e pela defesa, na contestação (art.º 315.º), sendo que aos sujeitos processuais é conferido o direito à prova, não só no sentido de oferecerem os elementos de prova em que fundamentam as suas alegações de facto, mas também no sentido de poderem impugnar, contraditar, através de quaisquer outras provas, a prova contra si oferecida.

Daí que o tribunal, caso as pessoas que prestaram antecipadamente o seu depoimento, em declarações para memória futura, estejam impedidas de estar presentes na audiência, proceda à leitura pública de tais depoimentos na audiência de julgamento, de forma a que os sujeitos processuais, possam controlar tal prova contra si oferecida, impugnado-a, contraditando-a por outras provas no sentido de ser abalada, se assim o entenderem.”

Noutras paragens, injustificadamente pouco frequentadas pelos juristas nacionais, Hesbert Benavente Chorres, *La Prueba Documentada en el Nuevo Sistema de Justicia Penal Mexicano*, in *Ius et Praxis* ano 16, n.º1, 2010, pág. 215, disponível em [www.scielo](http://www.scielo), salienta igualmente que a “leitura “(...) asegura la observancia de los siguientes principios procesales:

a) Con el principio de inmediación, porque el desahogo de la prueba exige el contacto directo entre el Juez o Tribunal del Juicio Oral con el respectivo órgano de prueba. En presencia del juzgador la prueba debe ser actuada o desahogada; si bien, se ve limitada por la ausencia física de aquellos testigos, peritos o imputados, la lectura o reproducción de aquellas actas o registros debe darse ante los sentidos del juez.

b) Con el principio de contradicción, porque luego de la lectura o reproducción de aquellas actas o registros, las partes tienen el derecho de examinar lo leído o reproducido; formular observaciones y precisiones que permitan contextualizar lo desahogado en aras de sus respectivas teorías del caso.

c) Con el principio de publicidad, porque la lectura o reproducción de aquellas actas o registros debe realizarse en la audiencia del juicio oral, en presencia del público asistente, salvo que se configure alguna excepción prevista en la ley que justifique una sesión privada.”

<sup>300</sup> Assim também Siracusano, Galati, Tranchina, Zappalà, *Diritto processuale penale*, vol II, cit., pág. 321.

A referida leitura pode, ainda, ser ordenada oficiosamente pelo tribunal<sup>301</sup>.

Finalmente, acrescenta Damião da Cunha, a admissão da leitura está ainda sujeita às regras gerais de produção de prova em audiência de julgamento. Assim, pode estar sujeita a regras de admissibilidade [artigo 340.º, n.º3 e 4, als. a) e c)] e a leitura deve corresponder à ordem de produção de prova prevista no artigo 341.º<sup>302</sup>.

O despacho que ordena, defere ou indefere a leitura, audição ou visualização das declarações para memória futura é recorrível. O recurso sobe nos próprios autos com o que vier a ser interposto da decisão que puser termo à causa (artigos 406.º, n.º1 e 407.º, n.º3)<sup>303</sup>.

A permissão da leitura e a sua justificação devem ser documentadas em acta, sob pena de nulidade (artigo 356.º, n.º8)<sup>304</sup>.

---

<sup>301</sup> Cfr., neste sentido, Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., págs. 78, 874 e 875, Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime e o que se disse antes do Julgamento, Estudos sobre a Prova no Processo Penal Português, à Luz do Sistema Norte-Americano*, pág. 616 e, na doutrina italiana, v.g., Siracusano, Galati, Tranchina, Zappalà, *Diritto processuale penale*, vol II, cit., pág. 321: “Mancando l’impulso della parte può intervenire *ex officio* il giudice, in base ad una scelta che, nel rispetto del tema di prova, mira a completare la piattaforma probatória.”

Entre nós, a propósito das contradições ou discrepâncias entre as declarações anteriormente feitas pelo arguido perante o juiz e as prestadas em audiência e que não possam ser esclarecidas de outro modo, o STJ já se pronunciou no sentido de que “(...) é dever do tribunal mandar proceder à leitura das que constam do processo, nos termos do art. 357.º, n.º1, al. b) do CPP (...)”- Ac. de 25-3-2004, proc.º n.º 04P725, rel. Santos Carvalho, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>302</sup> “O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP)”, cit., pág. 410.

<sup>303</sup> Veja-se, neste sentido, Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., págs. 875.

<sup>304</sup> Trata-se de uma nulidade sanável (artigo 120º). Neste sentido cfr., v.g., Acs. do STJ de 12-3-1992, *BMJ* n.º 415, pág. 464, e de 3-3-1994, proc.º n.º 45864, Simas Santos, Leal Henriques e Borges de Pinho, *Código de Processo Penal*, cit., 2º vol., pág. 319, Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal*, 15ª ed., Coimbra, 2005, Almedina, pág. 689 e Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 875.

No caso de as declarações para memória futura terem sido valoradas sem terem sido lidas e submetidas a debate contraditório, o tribunal valorou prova não produzida nem examinada em audiência de julgamento fora do âmbito das excepções previstas no artigo 356.º.

Ocorre, deste modo, uma violação de uma proibição de prova, na modalidade de proibição de valoração<sup>305</sup>, que gera a nulidade da decisão<sup>306</sup> e implica, em princípio<sup>307</sup>, a repetição do julgamento<sup>308</sup>.

---

<sup>305</sup> Expressamente neste sentido cfr. Ac. do STJ de 13-12-2000 (rel. Vírgilio Oliveira), *Colectânea de Jurisprudência,-Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano VIII, tomo III, pág. 253 (2ª coluna).

No sentido de que o incumprimento do disposto no artigo 355.º, por valoração de prova não produzida em audiência e fora do âmbito das excepções previstas nos artigos 355.º e 356.º, gera uma proibição de valoração de provas cfr. Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., págs. 874, Sandra Oliveira e Silva, *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, cit., pág. 232 e Simas Santos, Leal Henriques e Borges de Pinho, *Código de Processo Penal*, cit., 2º vol., pág. 312. Como salientam estes últimos autores, “As provas a que se reporta o artigo 355.º são provas admissíveis (art. 125.º), mas que não podem ser valoradas pelo tribunal em audiência, embora o já tenham sido legalmente v.g. para efeito de acusação ou de pronúncia, e não provas que foram obtidas pelos métodos proibidos pelo artigo 126.º.” Também o Ac. da Rel. do Porto de 18-6-2007, proc.º n.º 0741423, rel. Pinto Monteiro, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), a propósito da valoração de um documento junto aos autos na pendência do julgamento cuja junção não foi notificada às partes e que a ele não tiveram acesso após a sua junção afirmou de forma cristalina que “Não se trata aqui de um meio de prova proibido, já que o documento em causa não constitui um meio de prova proibido, mas de proibição da sua valoração como meio de prova.” No mesmo sentido e perante questão idêntica veja-se o Ac. da Rel. do Porto de 1-2-2012, proc.º n.º 632/08.9TBVFR.P1, rel. João Abrunhosa, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Sobre as diversas modalidades das proibições prova, cfr. Paulo de Sousa Mendes, “As Proibições de Prova no Processo Penal, in Maria Fernanda Palma (coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2004, Almedina, págs. 133-154.

<sup>306</sup> Cfr., neste sentido, Costa Andrade, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora 1992, pág. 313, segundo o qual o direito português associou as proibições de prova à figura e ao regime das nulidades o que significa que, nos termos do art. 122º do CPP, tornam inválido o acto em se verificarem bem como os que dele dependerem e aquelas puderem afectar. Cfr. no mesmo sentido, Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, vol II, 3ªed., cit. págs. 125-126 Francisco Marcolino de Jesus, *Os meios de*



---

*Obtenção da Prova em Processo Penal*, Coimbra 2011, Almedina, págs. 93-94 e, na jurisprudência, os Acs. da Rel. do Porto de 4-7-2001 (rel. Conceição Gomes), *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXVI, tomo 4, pág. 222, de 17-11-2004, proc.º n.º 0414002, rel. Élia São Pedro, de de 29-10-2008, proc.º n.º 0814505, rel. Francisco Marcolino, de 1-2-2012, proc.º n.º 632/08.9TBVFR.P1, rel. João Abrunhosa, e da Rel. de Guimarães de 29-1-2007, proc.º n.º 2232/06-2ª secção, rel. Maria Augusta Fernandes (não publicado) e de 7-2-2011, proc.º n.º 224/07.OGAPTL, rel. Luísa Arantes. Também o Ac. da Rel. do Porto, de 22-3-2006, proc.º n.º 0544312, rel. António Gama, todos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), alude a uma “invalidade que afecta e restringe os direitos de defesa do arguido.”

Segundo a jurisprudência dominante, a nulidade da valoração de provas proibidas é uma nulidade insanável. Cfr. Ac. do STJ de 5-6-1991 (rel. Sá Pereira), *BMJ* n.º 408, pág. 415, Acs. da Rel. do Porto de 4-7-2001 (rel. Conceição Gomes), *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXVI, tomo 4, pág. 222 e de 1-2-2012, proc.º n.º 632/08.9TBVFR.P1, rel. João Abrunhosa, e da Rel. de Guimarães de 7-2-2011, proc.º n.º 224/07.OGAPTL, rel. Luísa Arantes, ambos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>307</sup> No caso de a decisão condenatória se ter fundado exclusivamente ou de modo decisivo naquelas declarações não lidas ou de estas últimas não serem susceptíveis de serem cindidas da demais prova em que se alicerçou aquela decisão.

<sup>308</sup> Cfr., neste sentido, “Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto”, *Código de Processo Penal - Comentários e notas práticas*, cit., pág. 890 e a jurisprudência supra citada no primeiro parágrafo da nota 292.

A caracterização do vício não é, porém, pacífica.

Simas Santos-Leal Henriques, *Código de Processo Penal Anotado*, Vol. II, 2ª ed, Lisboa, 2000, Rei dos Livros, pág. 740, defenderam a existência de um erro notório na apreciação da prova.

Já num caso em que na sentença foram valoradas declarações prestadas pelos arguidos em fase de inquérito sem que se tivesse procedido à necessária leitura, o STJ depois de consignar que “ao proceder-se a uma análise desse meio proibido de prova sem se terem indicado as razões pelas quais ele deixaria de ter natureza proibida, se cometeu uma nulidade que necessariamente invalida a decisão relativamente à qual se procedeu a tal análise”, teve oportunidade de salientar que “O decretamento dessa nulidade não implica o reenvio do processo, uma vez que este só pode ter lugar quando se verificarem os vícios do n.º2 do artigo 410.º, mas não os indicados no seu n.º3, como se vê pelo art. 426.º desse diploma”- Ac. do 26-5-1994 (rel. Sá Nogueira), *Colectânea de Jurisprudência- Acs. do STJ*, ano II, tomo 2, pág. 236.

Por seu turno, Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., págs. 334. discorda do entendimento que perfilhamos e que julgamos maioritário, referindo que, no que concerne às “proibições de prova relacionadas com a violação do principio da imediação”, nomeadamente aos



---

casos dos artigos 129.º, n.º1 e 3 (depoimento indirecto), 130.º, n.ºs 1 e 2 (vozes públicas e convicções pessoais) e 355.º (leitura, audição ou visulização de declarações prévias ao julgamento] “é antes no artigo 379.º que se encontra o fundamento legal para impugnar a sentença que viola as referidas proibições de prova. A valoração das provas em violação das regras do princípio da imediação pode acontecer em uma de duas situações: ou o juiz nem sequer se pronuncia sobre a questão da proibição de prova ou o juiz pronuncia-se sobre a questão do vício da prova proibida, mas erradamente conclui que pode conhecer da prova em questão. Quando o juiz valora prova proibida na sentença, sem sequer se pronunciar sobre a questão da proibição de prova, a sentença é nula nos termos do artigo 374.º, n.º1, alínea c), primeira parte (omissão de pronúncia). A validade da prova é uma questão jurídica essencial que devia ser apreciada e decidida pelo juiz e o silêncio sobre esta questão constitui o vício de omissão de pronúncia. O vício é conhecido pelo tribunal de recurso se for arguida a nulidade da sentença no recurso interposto, nos termos dos artigos 379.º, n.º2 e 410.º, n.º3. Quando o juiz valora prova proibida na sentença pronunciando-se erradamente sobre a interpretação da norma que prevê a proibição de prova, isto é, admitindo como válida uma prova proibida, o vício é outro: a sentença incorre então num vício de direito (*rectius*, e interpretação jurídica). O vício deve ser devidamente alegado nos termos do artigo 412.º, n.º2, al. c).”

## **X - O valor probatório das declarações para memória futura**

Vimos que não obstante a produção antecipada de prova ter sido encarada como uma “antecipação parcial da audiência de julgamento”, existem importantes desvios às regras que imperam em audiência.

Entre esses desvios ou limitações conta-se a ausência de publicidade, a existência de um contraditório necessariamente incompleto ou mitigado, na medida em que só o Ministério Público conhece a totalidade dos actos de inquérito em segredo de justiça já realizados e em que a inquirição das testemunhas é sempre feita pelo juiz, com supressão da *cross examination*, e as severas restrições ao poder de investigação do juiz de instrução, no confronto com os do juiz de julgamento.

Todas estas limitações aliadas aos efeitos decorrentes da excepção ao principio da imediação, isto é, às consequências de a prova ser produzida perante um juiz diferente daquele que a vai valorar<sup>309</sup>, já levaram inclusivamente alguma doutrina a atribuir menor valor probatório à prova antecipada, por a considerar de qualidade inferior àquela que é produzida em audiência<sup>310</sup>.

---

<sup>309</sup> Como bem conclui Filippo Rafaele Dinacci, *Processo penale e costituzionale*, Milano, 2010, Giuffrè Editore, pág. 355: “In sostanza, il contraddittorio viene qui riconosciuto, ma in una forma sicuramente ‘minore’, che esclude - almeno di regola - il contestuale rispetto del principio dell’immediatezza impedendo, sotto il profilo della formazione del convincimento del giudice, la possibilità di fruire di quegli elementi inespressi nel dato verbale, pur sempre significativi nella valutazione complessiva dell’apporto probatorio: dalla gestualità all’linguaggio del corpo, dal tono della voce alle esitazioni ed alle incertezze del dichiarante, cioè a dire tutti gli elementi riconducibili alla comunicazione non verbale.”

Também a jurista venezuelana Magaly Vásquez González, *Nuevo derecho procesal venezolano: las instituciones básicas del Código orgánico procesal penal*, 2ª reimp., Caracas, 2008, Universidad Andrés Bello, pág. 39, sublinha que: “Es indudable que en ningún caso surtirá el mismo efecto en los jueces llamados a decidir, la lectura de la declaración de un testigo, que su exposición

---

rendida en su presencia en la qual pueda resultar en extremo indicativo u orientador, su expresión, tono de voz, gestos, seguridad en sus afirmaciones, etc.”

Segundo Perfecto Andrés Ibáñez, *Valoração da Prova e Sentença Penal*, apud. Ac. de fixação de jurisprudência n.º 11/2008, de 29-10-2008, in *Diário da República*, 1ª série, n.º 239, de 11-12-2008, pág. 8703, «o princípio da imediação relaciona -se com o carácter imediato, quer dizer, não mediado ou livre de interferências, da relação de todos os sujeitos processuais entre si e com o objecto da causa, que propicia tal modo de conceber o processo. Assim, para Calamandrei, pondo a ênfase na dimensão da interactividade, ‘imediação significa presença simultânea dos vários sujeitos do processo no mesmo lugar, e, por conseguinte, possibilidade de fontes de prova aonde os autores farão maior empenho’. Frente ao processo penal do antigo regime, no qual o processo se efectuava sobre um material que o tribunal recebia por escrito e, portanto, já elaborado em outra sede (morto, no dizer de Pagano), se afirma agora a superioridade do juízo presencial, em tempo real, que, em expressivos termos do mesmo autor, oferece a vantagem de que ‘na viva voz falam também o rosto, os olhos, a cor, o movimento, o tom de voz, o modo de dizer, e tantas outras pequenas circunstâncias, que modificam desenvolvem o sentido das palavras e fornecem tantos indícios a favor ou contra do afirmado com elas’. Portanto, imediação como ‘observação imediata’ (Florian); como forma de ‘encurtar as distâncias’ (Carnelutti) ou de ‘integral e directa percepção, por parte do juiz, da prova’ (Silva Melero).»

Entre nós, é pacífica a ideia de que “a leitura dos autos nunca reproduz a experiência directa do juiz” (Medina de Seíça, “Legalidade da Prova e Reconhecimentos Atípicos em Processo Penal: Notas à margem de jurisprudência (quase) constante”, in *Liber Discipulorum para Figueiredo Dias*, cit., pág. 1399). Cfr. a doutrina citada na nota 18, a propósito do princípio da imediação, e na jurisprudência v.g., o Ac. de fixação de jurisprudência n.º 11/2008, de 29-10-2008, in *Diário da República*, 1ª série, n.º 239, de 11-12-2008 e o Ac. do STJ de 19-12-2007, proc.º n.º 0794203, rel. Santos Cabral, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Também António Gama, “Reforma de Código de Processo Penal”, cit., pág. 403, salienta que “(...) o tribunal fica impossibilitado de recolher insubstituíveis elementos de prova e de investigação da verdade a partir de uma impressão pessoal da declaração que é ouvida, o que dificulta, senão mesmo impossibilita o controlo da genuinidade e da credibilidade do declarante, através das manifestações comportamentais, da expressão do rosto e das eventuais inflexões da voz no decurso da inquirição, sendo que uma mentira gravada é coisa diversa da mentira no directo do julgamento (...)”

Quase dois séculos antes, em 1823, Jeremy Bentham no seu célebre *Tratado das Provas Judiciárias*, com palavras que facilmente se reconhecem na doutrina e jurisprudências contemporâneas, embora raramente citadas, aludia

---

às seguintes desvantagens da separação das funções de recolher a prova e de decidir:

«1° Le juge qui n'a pas entendu les témoins ne peut jamais s'assurer que les procès-verbaux représentent fidèlement le témoignage oral, ni qu'il ait été exact et complet dans l'origine. Lorsqu'il a devant lui les témoins et les parties, il sent où leur témoignage est défectueux, et, par les questions qu'il leur adresse, il obtient les informations qui lui manquent. Qui peut mieux savoir que lui où sa conviction est en défaut? Qui peut mieux que lui chercher le trait essentiel, celui qui caractérise la vérité, celui qui doit influer le plus sur sa décision?

Lorsqu'il n'a pour s'éclairer que des pièces écrites, il ne peut suppléer à aucune omission, ni se faire expliquer ce qui peut être obscur, ni sortir du doute où peuvent le laisser des dépositions contradictoires.

2° Le témoignage présenté dans cet état inférieur est privé de la partie la plus instructive, de cette preuve circonstancielle qui ajoute tant de force au témoignage oral, celle qui résulte de la conduite des témoins et des parties. Le juge ne peut plus connaître par ses propres observations ces caractères de vérité si saillants et si naturels qui tiennent à la physionomie, au son de voix, à la fermeté, à la promptitude, aux émotions de la crainte, à la simplicité de l'innocence, à l'embarras de la mauvaise foi ; on peut dire qu'il s'est fermé à lui-même le livre de la nature, et qu'il s'est rendu aveugle et sourd dans des cas où il faut tout voir et tout entendre. Il y a sans doute bien des causes où on n'a aucun besoin des indices qui peuvent résulter du comportement des personnes, mais il est impossible d'en juger d'avance.» - *Traité des Preuves Judiciaires*, Livre III, Cap. V, in *Oeuvres de J. Bentham*, II, Bruxelles, 1840, Société Belge de Librairie. Hauman et C.<sup>a</sup>, págs. 288-289.

<sup>310</sup> Cfr., v.g., Katia La Regina, “ Incidente Probatório”, in Giorgio Spangher, *Trattato di Procedura Penal - Indagini preliminari e udienza preliminar*, vol. 3, cit., págs. 637-638.

Note-se, porém, que, como bem assinala Jaime Alemán Cano, *La Prueba de Testigos en el Proceso Penal*, Murcia, 2002, Publicaciones Universidad de Alicante, pág. 260, “En un sistema donde rige el principio de livre valoración no es posible determinar el grado de eficacia persuasiva de la declaración escrita. Sin embargo, los avances técnicos pueden proporcionar la reproducción audiovisual de la íntegra declaración del testigo. Los principios de inmediación y publicidad se salvan con la reproducción y visionado de las grabaciones en las sesiones de la vista oral y ofrecerían al juez o tribunal los mismos criterios de credibilidad.”

Também Sandra Oliveira e Silva, não obstante reconhecer, citando Medina de Seíça, que “ a leitura dos autos nunca reproduz a experiência directa do juiz”, ao pronunciar-se sobre a preferência das reproduções fonéticas ou videográficas relativamente aos protocolos escritos, não deixa de assinalar que aquelas são “idóneas a reter o depoimento na sua integralidade, evitando discrepâncias entre o conteúdo narrado e o efectivamente registado, consentem um melhor enquadramento contextual (designadamente o comportamento do

Não é esse, porém, o regime português.

No direito português como, de resto, nos demais regimes processuais estrangeiros que conhecemos, a prova antecipada tem o mesmo valor que a prova produzida ou realizada em audiência de julgamento<sup>311</sup>.

---

declarante: as hesitações, o tremor, a congestão facial) com resultados notáveis no que respeita à verificação da prova (da sua credibilidade, consistência, coerência, etc).”- *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, cit., pág. 245.

O douto Ac. da Rel. do Porto de 13-07-2005, proc. n.º 0540595, rel. António Gama, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), depois de sublinhar que as desvantagens da falta de imediação e da oralidade são comuns à acusação, à defesa e ao próprio tribunal chama, porém, a atenção para um aspecto particular do problema, normalmente ignorado ou desprezado pela doutrina, e que é também susceptível de compensar ou atenuar os efeitos nefastos da falta de imediação: “E se é verdade que o não assistir ao depoimento é uma desvantagem, exercer em audiência de julgamento o contraditório a um depoimento para memória futura tem, além das desvantagens da falta de imediação, da ausência da oralidade, etc. comuns à acusação, à defesa e ao próprio tribunal, uma indiscutível vantagem: permite uma defesa organizada e estruturada, o depoimento é conhecido e definitivo, não é uma surpresa, o que não acontece com o depoimento acabado de fazer em audiência de julgamento, e convém lembrar que o contra interrogatório é seguido à inquirição pela acusação, art.º 348.º n.º 4 do Código Processo Penal.” Cfr, no mesmo sentido, António Gama, “Reforma de Código de Processo Penal”, cit., pág. 403.

<sup>311</sup> Assim também Mouraz Lopes, *A Tutela da Imparcialidade Endoprocessual no Processo Penal Português*, cit., pág. 161 : “(...) o valor da prova assim recolhida assume exactamente a mesma força que o da prova produzida em audiência de julgamento.” É idêntico o valor da prova antecipada produzida no âmbito do processo civil, cfr. o citado Ac. da Rel. de Coimbra de 9-11-1999, rel. António Geraldes, cujo sumário ficou *supra* transcrito na nota 119.

É este também o sentido da jurisprudência do Tribunal Supremo da Costa Rica: “(...) las probanzas obtenidas mediante el anticipo jurisdiccional de prueba tendrán el mismo valor que las recibidas en debate, pues no sólo han sido controladas por un juez, sino también por todas las partes interesadas. En otras palabras, se estima que es un acto de debate que se retrotrae a una etapa anterior, y como tal, con la misma validez y naturaleza que tendría de haberse producido en dicha fase. Bajo esta tesis, si durante la evacuación de la prueba testimonial, la persona identifica a uno o a varios de los imputados como los responsables del hecho, dicha identificación tendría que ser valorada por los juzgadores como si la misma se hubiese suscitado en debate, es decir, como un elemento de juicio más que, unido a otros, deben ser ponderados en el

Assim, uma vez lidas e submetidas a debate contraditório<sup>312</sup>, as declarações para memória futura são livremente valoradas pelo juiz (artigo 127.º)<sup>313</sup>, podendo fundamentar uma condenação.

---

esclarecimiento de los hechos. (Sala Tercera. Voto: 2000-01339 , de las 15:45 horas, del 16 de noviembre de 2000)”— Sentença n.º 1147, de 23-10-2009, Expediente: 07-000130-0597-PE; no mesmo sentido, cfr. também a Sentença n.º 00379, de 7-5-2010, Expediente: 09-000524-0006-PE, ambas da Sala Tercera, disponíveis no SCIJ (Sistema Costarricense de Información Jurídica), acessível, v.g., em [www.poder-judicial.go.cr](http://www.poder-judicial.go.cr).

<sup>312</sup> Sobre a apreciação contraditória, em audiência de julgamento, das declarações para memória futura são elucidativos os seguintes excertos colhidos da melhor jurisprudência portuguesa:

- “ (...) a ressalva legislativa a essa proibição, constante dos art.ºs 356.º e 357.º do Código Processo Penal ex vi art.º 355.º n.º 2 do Código Processo Penal, não permite ou possibilita que esses meios de prova – no caso os depoimentos para memória futura – sejam subtraídos em audiência de julgamento ao contraditório, ao exame crítico dos sujeitos processuais. É para nós claro que esse contraditório tem que ser entendido e perspectivado tendo em conta que o depoente que fez o relato, não está presente, que apenas temos um depoimento escrito. Neste contexto o contraditório exerce-se e satisfaz-se com o «jogo de ataque e resposta» [Gil Moreira dos Santos, O Direito Processual Penal, 2002, pág. 58-9], possibilitando-se aos sujeitos processuais, à acusação e à defesa e também ao tribunal – ao abrigo do princípio da investigação judicial, art.º 341º do Código Processo Penal -, quer através de outros depoimentos, ou mesmo outros meios de prova, influir, pôr em causa, “contraditar”, infirmar, descredibilizar, reforçar, confirmar, etc. – conforme o interesse da acusação ou da defesa – os diversos depoimentos recolhidos em inquérito para memória futura. Se, em último caso, o princípio do contraditório pretende garantir a transparência e a igualdade de poderes de actuação processual entre acusação e defesa no julgamento, é esse princípio que dá respaldo à pretensão, normalmente do arguido, de pôr em causa, “contraditar”, infirmar, descredibilizar o depoimento que foi recolhido no inquérito para memória futura” (Ac. da Rel. do Porto de 13-7-2005, proc.º n.º 0540595, rel. António Gama, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt));

- “(...) em caso algum, esses depoimentos prestados para memória futura podem ser excluídos, na fase do julgamento, dessa apreciação contraditória; cada um dos sujeitos processuais pode, e o tribunal deve, através de outros meios de prova produzidos na audiência, procurar obter confirmação/infirmação dessas provas antecipadas, por confronto, análise crítica, descredibilização, corroboração, etc. Deste jogo dialéctico entre os diversos agentes processuais com os plúrimos meios de prova produzida (pessoal, pericial, documental, de exame, etc.) se há-de, em termos de conclusão do silogismo, atribuir ou retirar valor probatório à prova pessoal

---

antecipadamente produzida” (Ac. da Rel. do Porto de 1-2-2006, proc.º n.º 0515949, rel. Jorge França, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>313</sup> Sublinhando este aspecto, cfr. Mouraz Lopes, *A Tutela da Imparcialidade Endoprocessual no Processo Penal Português*, cit., pág. 161.

Segundo o n.º4 do artigo 198.º do Código de Processo Penal da Guiné-Bissau “As declarações para memória futura serão livremente valoradas em julgamento.”

O n.º 4 do artigo 230.º do Código de Processo Penal Timorense é também taxativo neste sentido: “As declarações para memória futura serão livremente valoradas em julgamento.”

No moderno ordenamento jurídico timorense, embora a convicção do tribunal só possa fundamentar-se em provas que tenham sido produzidas ou examinadas na audiência (artigo 266.º, n.º1), contrariamente, porém, ao que sucede em Portugal, as declarações para memória futura, à semelhança dos “autos de inquérito na parte em que contenham declarações do arguido, do lesado ou de testemunhas ouvidas perante autoridade judiciária”, não carecem obrigatoriamente de ser lidas em audiência, podendo ser utilizadas “mesmo que não tenham sido examinadas em audiência por falta de quem o requeresse” [artigo 266.º, n.º2 e alínea a)].

Embora o ordenamento jurídico timorense consagre o princípio da “separação do processo penal em termos de acusação e julgamento” que alguns fazem derivar do princípio da presunção de inocência [assim, Fernando Conde Monteiro em anotação ao artigo 34.º da *Constituição Anotada da República Democrática de Timor-Leste*, coord. por Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos, Braga, 2011, Direitos Humanos-Centro de Investigação Interdisciplinar, Escola de Direito da Universidade do Minho, pág. 140] o que é certo é que a Constituição Timorense não dispõe de norma equivalente ao n.º 5 do artigo 32º da Constituição da República Portuguesa (estrutura acusatória do processo criminal), já considerado “o texto constitucional mais significativo em matéria de processo penal” (Figueiredo Dias, “A Nova Constituição e o Processo Penal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 36, Jan-Dez 1976, pág. 105) e que o legislador ordinário entendeu que o regime constante daquele artigo 266.º não compromete o “direito inviolável de audiência e defesa em processo criminal” garantido pelo n.º 3 do artigo 34.º da Constituição Timorense.

Curiosamente, em pelo menos dois acórdãos, o Tribunal de Recurso timorense estabeleceu, jurisprudencialmente, uma diferença assinalável entre as declarações para memória futura, cuja valoração considerou não suscitar qualquer problema por o seu regime “acautelar o respeito por princípios estruturantes do processo” e as declarações prestadas em inquérito perante o Ministério Público:

“Quanto às declarações do arguido e de testemunhas prestadas perante o Ministério Público na fase de inquérito maiores cautelas deverão ser usadas na sua utilização, em particular, quando utilizadas como único ou meio de prova fundamental para formar um juízo de culpabilidade. Na verdade, não podemos

Guimarães, 2 de Abril 2012 (no X aniversário da Relação de Guimarães)

José Manuel Saporiti Machado da Cruz Bucho

---

ignorar que essas provas são produzidas numa fase do processo onde reina a exclusão da publicidade, sem o contraditório de defesa e são obtidas por entidade (Ministério Público) que, não obstante o critério de legalidade, objectividade, isenção (art. 132.º, n.º3 da CRTL) que norteiam a sua actividade, nunca deixa de ser uma parte interessada no desenrolar do processo não oferecendo, deste modo, as mesmas garantias da actuação judicial.

(...) A valoração destas declarações/depoimentos deve ser sempre rodeada de especiais cautelas e uma exigência acrescida de corroboração, ou seja, as declarações/depoimentos constantes do inquérito só deverão servir de fundamento à decisão final condenatória em relação ao arguido quando sejam corroboradas por outros elementos de prova. Na verdade, especiais cuidados devem sempre rodear a valorização das declarações/depoimentos incriminatórios do arguido, quando esse meio de prova não foi produzido perante o julgador e norteado de todas as garantias de contraditório e imediação. Deste modo, os depoimentos/declarações do inquérito, para valerem como meio de prova incriminadora têm, sobretudo, de revelar-se minimamente corroboradas por algum facto, dado ou circunstância externo, susceptível de lhes conferir credibilidade”- Ac. do Tribunal de Recurso de 22-7-2008, proc.º n.º 44/C0/2008/TR (arguido Mariano Fernandes Soares), rel. Ivo Rosa; no mesmo sentido veja-se o Ac. de 1-7-2008, proc.º n.º 44/C0/2008/TR (arguido Pascoal da Silva Ximenes), rel. Ivo Rosa, ambos disponíveis in [www.tribunais.tl](http://www.tribunais.tl).