



ANA CATARINA NUNES CARVALHO

RELATÓRIO DE ESTÁGIO CURRICULAR NO JUÍZO DE COMPETÊNCIA GENÉRICA DE PENICHE

A ADMISSIBILIDADE DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA EM FUNÇÃO
DOS CONTRIBUTOS DOS SEUS INTERVENIEN

Relatório de Estágio com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito Forense e Arbitragem

Orientação:
Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto
Nova School of Law
junho de 2022

RELATÓRIO DE ESTÁGIO CURRICULAR NO JUÍZO DE COMPETÊNCIA GENÉRICA DE PENICHE

**A ADMISSIBILIDADE DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA EM FUNÇÃO
DOS CONTRIBUTOS DOS SEUS INTERVENIENTES**

**O CASO DAS DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA
E DA RECONSTITUIÇÃO DO FACTO**

Relatório de Estágio Curricular apresentado à
Nova School of Law com vista à obtenção de grau de
Mestre em Direito Forense e Arbitragem

Realizado por: Ana Catarina Nunes Carvalho
Orientador: Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto
Supervisora de Estágio: Dra. Juiz de Direito Alice Cristina da Silva Pereira

**Nova School of Law
junho de 2022**

ÍNDICE

Agradecimentos	VII
Modo de Citação	VIII
Lista de Abreviaturas	IX
Resumo	XI
Abstract	XII
Introdução.....	pág. 1
Capítulo I: A Instituição e o Estágio Curricular	
A. O Juízo de Competência Genérica de Peniche	pág. 4
B. Atividades Desenvolvidas e Aprendizagens	pág. 5
C. A Criminalidade Predominante	
a. A Violência Doméstica	pág. 6
b. Os Furtos Qualificados	pág. 7
c. O Tráfico de Estupefacientes	pág. 8
Capítulo II: A Prova Pré-Constituída e a Leitura dos Autos em Audiência de Julgamento	
A. A Estrutura Acusatória e a Prova Pré-Constituída	pág. 12
B. Leitura de Autos em Audiência de Julgamento	pág. 13
Capítulo III: As Declarações para Memória Futura	
A. O Fim e o Fundamento das Declarações para Memória Futura	pág. 15
B. O Regime da Prestação de Declarações para Memória Futura	pág. 17
C. A Possibilidade de Repetição da Prova Antecipada	pág. 18
a. A (Des)necessidade da Repetição da Prova na Prática Judiciária	pág. 20
b. A Necessidade de Leitura da Prova em Audiência de Julgamento	pág. 22
D. A Valoração da Prova em Função dos Contributos do seu Interveniente	pág. 27
a. A Prestação de Declarações em Audiência de Julgamento	pág. 27
b. A Recusa de Prestação de Declarações em Audiência de Julgamento	pág. 30
i. A Possibilidade de Recusa a Depor	pág. 31
ii. A Proibição de Leitura de Depoimento perante a Recusa a Depor	pág. 33
iii. A Valoração da Prova perante a Recusa a Depor em Audiência	pág. 34
E. Declarações para Memória Futura na Violência Doméstica: Uma Sugestão	pág. 38

Capítulo IV: A Reconstituição do Facto

A. O Fim e Objeto da Reconstituição do Facto	pág. 43
B. A Participação do Arguido e o Direito à Não Autoincriminação	pág. 45
C. A Qualificação das Declarações do Arguido durante a Reconstituição	pág. 47
a. O Processo 132/15.0GAPNI	pág. 48
b. Declarações no âmbito do artigo 140.º do Código de Processo Penal	pág. 49
c. Declarações no âmbito do artigo 150.º do Código de Processo Penal	pág. 51
D. As Declarações do Arguido durante a Reconstituição: uma Posição Crítica	pág. 52
a. As Declarações do Arguido dentro do Escopo da Reconstituição	pág. 53
b. As Declarações do Arguido fora do Escopo da Reconstituição	pág. 55
i. A Classificação das Declarações fora do Escopo da Reconstituição	pág. 57
c. A Confissão Prévia do Arguido e a Reconstituição do Facto	pág. 61
E. A Valoração da Prova em Função dos Contributos do seu Interveniente	pág. 62
a. Ponderação sobre o Processo 132/15.0GAPNI	pág. 68

Conclusão	pág. 71
------------------------	----------------

Bibliografia

A. Doutrina	pág. 77
B. Jurisprudência	pág. 80

DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO ANTIPLÁGIO

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Ana Catarina Nunes Carvalho

AGRADECIMENTOS

*Aos meus pais,
por nunca duvidarem que
estas palavras seriam possíveis
e por tudo o que fazem
em prol dos meus sonhos.*

*Aos meus avós por serem
os maiores exemplos
de esforço e dedicação.*

*A toda a minha família,
pelo apoio incondicional.*

*Aos meus amigos
por estarem sempre comigo
nos momentos importantes.*

*À Dra. Alice,
à Dra. Carolina
e à Dra. Tânia
pelo carinho com que me receberam
e por tudo o me ensinaram.*

MODO DE CITAÇÃO

- O presente texto foi escrito em língua portuguesa, ao abrigo do Novo Acordo Ortográfico de 2009 excetuando-se, naturalmente, as citações dos autores que não o tenham adotado.
- As obras referenciadas em nota de rodapé apresentam-se da seguinte forma: APELIDO, nome do autor. *Título da obra*. Edição. Editora, ano e página consultada.
- Em caso de coautoria é respeitada a ordem indicada na fonte na seguinte forma: APELIDO, nome do primeiro autor indicado. et al. *Título da obra*. Edição. Editora, ano e página consultada.
- Os capítulos de livros referenciados em nota de rodapé apresentam-se da seguinte forma: APELIDO, nome do autor. Título do Capítulo. In *Título da obra*. Edição. Editora, ano e página consultada.
- Os artigos de publicações periódicas referenciados em nota de rodapé apresentam-se da seguinte forma: APELIDO, nome do autor. «Título do artigo». *Nome da publicação*, n.º da publicação. ano. página consultada.
- As teses de mestrado referenciadas em nota de rodapé apresentam-se da seguinte forma: APELIDO, nome do autor. *Título da tese*. Dissertação de Mestrado. Universidade, ano. página consultada.
- A jurisprudência referenciada em nota de rodapé apresenta-se da seguinte forma: Acórdão do [Tribunal em questão] de [data do Acórdão] (Relator). Número do processo.
- Na falta de menção em contrário, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça e dos Tribunais da Relação foram consultados em www.dgsi.pt, os Acórdãos do Tribunal Constitucional em www.tribunalconstitucional.pt, os artigos publicados pelo Tribunal da Relação de Guimarães em www.trg.pt, os artigos publicados pelo Centro de Estudos Judiciários em www.cej.pt e os artigos publicados pela Revista Julgar Online em www.julgar.pt.
- A bibliografia final encontra-se organizada por ordem alfabética, na forma *supra* mencionada, com exceção da referência à página consultada.

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
Al./Als.	Alínea / Alíneas
Art. / Arts.	Artigo / Artigos
CC	Código Civil
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
Dra.	Doutora
ed.	edição
JIC	Juiz de Instrução Criminal
LOSJ	Lei da Organização do Sistema Judiciário
MP	Ministério Público
n.º	número
p. e p.	previsto e punido
pág.	página
Proc.	Processo
ss.	seguintes
Vol.	Volume

O corpo desta dissertação, incluindo espaços e notas,
ocupa um total de 199 458 carateres.

RESUMO

O presente relatório tem como sustentáculo a realização de um estágio curricular no Juízo de Competência Genérica de Peniche, onde beneficiámos do privilégio de ser inspirados por diversos problemas que emergem na prática judiciária. Entre os quais, a admissibilidade da prova pré-constituída em função dos contributos dos seus intervenientes, em diferentes fases processuais, problema que escolhemos como tema para este projeto.

O estudo espelhado neste relatório centrar-se-á na análise do referido problema em relação a duas provas pré-constituídas em específico: as declarações para memória futura e a reconstituição do facto (v. artigos 150.º e 271.º do Código de Processo Penal) e em entender se o tratamento jurídico a atribuir a ambos os regimes é semelhante ou se, porventura, só o será na sua aparência, antes suscitando a invocação de diferentes questões jurídicas, merecendo também uma diferente ponderação e, conseqüentemente, uma diferente solução.

Por fim, é nossa intenção apresentar soluções críticas e inovadoras, que se nos afiguram ajustadas e em harmonia com as problemáticas estudadas, com os princípios e finalidades do processo penal e ainda com o interesse público na realização de Justiça.

Palavras-chave: Prova pré-constituída; declarações para memória futura; reconstituição do facto; valoração da prova.

ABSTRACT

The present report is based on the completion of a curricular internship at the Court of Generic Competence of Peniche, where we benefit from the privilege of being inspired by various problems that arise in judicial practice. Among which, the admissibility of the pre-constituted evidence depending on the contributions of its participants in different procedural stages, a problem that we chose as the theme for this project.

The study mirrored in this report will focus on the analysis of this problem in relation to two specific pre-constituted evidence: the statements for future memory and the reconstitution of the fact (see articles 150.º and 271.º of the Criminal Procedure Code) and in to understand whether the legal treatment to be given to both regimes is similar, or if, perhaps, it will only be so in appearance, rather raising the invocation of different legal issues, also deserving a different weighting and consequently a different solution.

Finally, we aim to present critical and innovative solutions, which seem to us to be adjusted and in harmony with the problems studied, with the principles and purposes of criminal proceedings and also with the public interest in the making of justice.

Keywords: Pre-constituted evidence; statements for future memory; reconstitution of the fact; evidence valuation.

*“Sendo o Código Penal um código para os delinquentes, então, o Código de Processo Penal é um código de extrema importância para os homens honestos. É que o direito penal só é aplicável mediante a verificação do facto criminoso em decisão condenatória, enquanto os preceitos do processo penal são aplicáveis a todos os arguidos, culpados ou inocentes, e tanto se dirigem, por isso, quer a uns quer a outros. Reflete rigorosamente a sensibilidade moral e o grau de cultura de uma nação”.*¹

¹ CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Curso de Processo Penal*. Vol. I. Universidade Católica de Lisboa, 1995. pág. 143.

INTRODUÇÃO

As presentes palavras têm como fundamento e inspiração, a realização de um estágio curricular no Juízo de Competência Genérica de Peniche. Estágio que, por sua vez, vem na sequência de um percurso académico decorrido, na sua globalidade, na Nova School of Law, instituição que sempre nos motivou com profissionalismo, rigor e inovação, mas também com proximidade à comunidade e com a salvaguarda pelas relações humanas.

Durante este percurso académico, nunca nos sentimos compelidos à conformação com um entendimento preestabelecido, antes nos sentimos motivados a examinar criticamente todas as situações com que nos confrontamos recorrendo à nossa individualidade e espírito crítico, condições que consideramos ideais para formação proativa, responsável, consciente, autónoma e humana que pretendemos ter. Pelo que e, em prossecução de tal objetivo, quando confrontados com a possibilidade de optar entre a elaboração de uma dissertação de mestrado ou a realização de um estágio curricular e elaboração do respetivo relatório, optámos convictamente pela segunda opção.

Esta preferência proporcionou-nos um contacto direto com o funcionamento de um Tribunal e com todos os intervenientes da ação judicial, o que se revelou de enorme importância para a compreensão do sistema judicial na sua realidade. A preferência pela realização do estágio num juízo de competência genérica proporcionou-nos ainda o contacto com o diversificado e rico leque de matérias que emergem neste tipo de juízos, bem como com o expediente da fase de julgamento e da fase de inquérito através do acompanhamento da atividade da Magistratura Judicial e do Ministério Público, o que nos munuiu de uma notável compreensão pelo trâmite do processo penal na sua completude.

No decurso do estágio curricular deparámo-nos com diversas questões com relevância académica e jurídica, sendo que, uma em particular, nos despertou especial interesse por envolver a ponderação de princípios referentes à fase de inquérito e à fase de julgamento e por se reconduzir à aplicação do Direito Processual Penal, que tanto nos estimula por ser “*o local privilegiado onde se concretiza a tão exaltada law in action*”². Por este motivo, percebemos que havíamos encontrado o tema do presente relatório de estágio.

Assim, propomo-nos a estudar o problema da admissibilidade da prova pré-constituída em função dos contributos dos seus intervenientes, em diferentes fases processuais, no âmbito das

² MALAFAIA, Joaquim. «O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos atos de instrução e nas declarações para memória futura». *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 14. 2004. pág. 410.

declarações para memória futura e da reconstituição do facto. Em concreto, se estes contributos são suscetíveis de inibir a possibilidade de leitura dos autos da prova pré-constituída e, em consequência, inibir a sua valoração pelo Tribunal.

O problema suscita interesse desde logo, pelas dificuldades e incertezas que encerra, que são visíveis na hesitação e na prudência com que é tratado pela doutrina e pela jurisprudência, o que se reflete inevitavelmente na realização da Justiça. Tal como refere DAMIÃO DA CUNHA *“aspeto que no processo penal português assume particular relevância, e em regra constitui elemento de alguma dificuldade ou polémica na aplicação prática, é o problema da admissibilidade de na audiência de julgamento poderem ser utilizadas e valoradas provas produzidas em fases anteriores (...)”*³.

Estas provas pré-constituídas foram por nós selecionados por partilharem a semelhança da sua admissibilidade, em fase de julgamento, poder ser colocada em causa em função dos contributos dos seus intervenientes, quer na própria fase de julgamento, quer em fase de inquérito. E ainda, porque partilham dissemelhanças relevantes, potenciadas pelo distinto regime legal que as regula e pelo diferente estatuto dos intervenientes processuais que nestes colaboram, pois tal como escreveu PAULO DÁ MESQUITA, *“em relação ao tema da admissibilidade probatória do que se disse antes do julgamento a lei estabelece uma distinção fundamental entre o próprio arguido como fonte da prova e as fontes de prova testemunhal”*⁴, o que consideramos tornar o estudo deste tema ainda mais aliciante.

Vejamos que foi a decisão final do Processo 333/21.2T9PNI, que acompanhámos que *“(...) assegurada que a recusa a depor é livre e esclarecida deve ser respeitada a vontade da testemunha que legitimamente se recusou a depor (...) no caso das declarações para memória futura isso acarreta uma impossibilidade superveniente de valoração das mesmas (...)”*, e que foi a decisão final do Processo 132/15.0GAPNI que *“(...) no que concerne aos autos de reconstituição do facto, considerando que os mesmos foram elaborados apenas com fundamento nas declarações do arguido e dado que este não prestou quaisquer declarações em audiência, temos que não podem os mesmos valer como meio de prova válida (...)”*.

Porque este estudo tem como base e vem na sequência de um estágio curricular, temos como objetivo uma abordagem prático-jurídica e de vocação pragmática, querendo ao máximo

³ DAMIÃO DA CUNHA, José. «O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP)». *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3. 1997. pág. 403.

⁴ DÁ MESQUITA, Paulo. *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*. 1ª ed. Coimbra Editora, 2011. pág. 651.

evidenciar a realidade com que se deparam os Tribunais. Por essa razão, tomámos a opção de centralizar o estudo sobre a reconstituição do facto, na circunstância de serem efetuadas no inquérito com a participação do arguido, e o estudo sobre as declarações para memória, na circunstância de serem prestadas em inquérito, pela vítima do crime que assume, simultaneamente, o estatuto de testemunha ou assistente. Fazemo-lo por serem estas, indubitavelmente, as circunstâncias com que mais frequência a prática judiciária se confronta e que mais questões suscitam.

O relatório está, em prossecução dos objetivos a que nos propomos, estruturado da seguinte forma:

Apresentaremos o Capítulo I referente à instituição e ao estágio que aí decorreu, com a intenção de expor as atividades em que participámos e as aprendizagens de que beneficiámos.

De seguida, apresentaremos o Capítulo II onde explicaremos as considerações gerais referentes à prova pré-constituída, à sua transponibilidade da fase de inquérito para a fase de julgamento e às condições para a sua admissibilidade e valoração.

Posteriormente, apresentaremos o Capítulo III referente às declarações para memória futura (v. artigo 271.º do Código de Processo Penal) que se dedicará primeiramente à exposição das finalidades e fundamentos destas declarações, de seguida à possibilidade de repetição da prova testemunhal em audiência de julgamento e, posteriormente, à análise da admissibilidade desta prova pré-constituída em função do contributo da vítima em audiência de julgamento. Este capítulo será finalizado com uma sugestão de alteração do regime da prestação de declarações para memória futura, no âmbito do crime de violência doméstica.

Por fim, apresentaremos o Capítulo IV referente à reconstituição do facto (v. artigo 150.º do Código de Processo Penal) que se dedicará primeiramente à exposição sobre as finalidades e o escopo desta prova e à participação do arguido, de seguida, aos diferentes entendimentos no que concerne à qualificação das declarações do arguido durante a reconstituição do facto e, finalmente à admissibilidade desta prova pré-constituída em função dos contributos do arguido na produção da mesma, bem como na audiência de julgamento.

Este tema foi por nós eleito por sobre ele penderem várias questões inquietantes, especialmente no que concerne à admissibilidade da prova, cuja relevância é central no Processo Penal. Estas são questões que se refletem numa produção doutrinal e jurisprudencial díspar que, naturalmente, influencia a realização da Justiça. Assim, existe na resposta a este problema um interesse público que merece ser salvaguardado e que pugnaremos para que seja.

CAPÍTULO I: A INSTITUIÇÃO E O ESTÁGIO CURRICULAR

A. O Juízo de Competência Genérica de Peniche

Os tribunais judiciais de primeira instância incluem os tribunais de competência territorial alargada (v. artigos 111.º a 116.º da LOSJ) e os tribunais de comarca, estando o território nacional dividido em 23 comarcas (v. artigo 33.º e 43.º da LOSJ).

Os tribunais de comarca, por sua vez, diferenciam-se entre tribunais de competência especializada – os juízos centrais e locais cíveis, centrais e locais criminais, locais de pequena criminalidade, de instrução criminal, de família e menores, de trabalho, de comércio e de execução - e tribunais de competência genérica (v. artigos 80.º e 81.º da LOSJ), que tramitam e julgam todas as causas que não são atribuídas aos tribunais de competência territorial alargada e aos tribunais de competência especializada (v. artigo 130.º, n.º 1 e 2 LOSJ).

Assim, a competência do Juízo de Competência Genérica de Peniche, sito no Palácio da Justiça - Av. Paulo VI - 2520-207 Peniche, local onde decorreu o estágio curricular que sustenta este escrito, coincide, em matéria cível, com a competência dos juízos locais cíveis, competindo-lhe preparar e julgar ações cíveis de valor igual ou inferior a 50.000 euros (v. artigo 117.º, n.º 1, alínea a) da LOSJ *a contrario*) e, em matéria penal, com a competência dos juízos locais criminais, competindo-lhe preparar e julgar crimes cuja pena máxima seja igual ou inferior a 5 anos de prisão e ainda por aplicação do mecanismo previsto no artigo 16.º, n.º 3 do Código de Processo Penal (v. artigo 118.º, n.º 1 da LOSJ *a contrario* e artigos 14.º e 16.º do Código de Processo Penal).

Este Juízo é um tribunal singular (v. artigo 132.º da LOSJ) composto por uma única Juiz de Direito e aí estão colocadas duas Magistradas do Ministério Público. A nível judicial, a secção de processos é composta por cinco funcionários, duas escritãs de direito, duas escritãs adjuntas e um escrivão auxiliar. A nível do Ministério Público, a secção de processos é composta por três funcionárias, uma técnica de justiça adjunta e duas técnicas de justiça auxiliares.

B. Atividades Desenvolvidas e Aprendizagens

O estágio curricular que esteve na base do presente relatório teve a duração de seis meses, durante os quais acompanhámos vários processos, já na fase judicial e ainda na fase de inquérito e várias diligências e audiências de julgamento. Contudo, mais elucidativo do que uma descrição exaustiva de todas as atividades que desenvolvemos, que sempre ficará aquém da realidade, talvez seja descrever aquilo que aprendemos.

No decurso do estágio, com frequência diária, tivemos a oportunidade e o privilégio de acompanhar as funções da Dra. Alice da Silva Pereira, Magistrada Judicial, com quem muito aprendemos: sobre o equilíbrio das posições processuais; sobre a direção de uma audiência de julgamento e a gestão de todas as vicissitudes que aí podem emergir; sobre a inquirição de testemunhas e arguidos em audiência de julgamento; sobre a análise da credibilidade dos depoimentos; sobre a investigação necessária à superação das diversas contendas jurídicas que antecedem e procedem uma audiência de julgamento; sobre a necessidade de aplicação e revisão de medidas de coação; sobre a imperiosa ponderação que precede a tomada de uma decisão; sobre a motivação de uma decisão; sobre a consideração inerente à aplicação da medida concreta da pena; sobre os requisitos e a viabilidade da pena de multa, da pena de prisão, da sua suspensão e substituição e das penas acessórias mas, sobretudo, sobre combinar assertividade, responsabilidade e sensibilidade.

Beneficiámos ainda do privilégio de acompanhar as funções da Dra. Carolina Rocha e Silva e da Dra. Tânia Pacheco Lopes, Magistradas do Ministério Público com quem também muito aprendemos: sobre a direção do inquérito; sobre a importância desta fase processual no imediato da vida dos cidadãos; sobre a proteção das vítimas; sobre as técnicas de investigação; sobre a inquirição de testemunhas e o interrogatório de arguidos; sobre a coordenação da investigação com os Órgãos de Polícia Criminal e com o Juiz de Instrução; sobre as características dos meios de prova e dos meios de obtenção da prova; sobre a acusação, o arquivamento e a suspensão provisória do processo; sobre a importância de uma acusação consistente e coerente e a influência que tal reveste na fase de julgamento e no seu resultado; sobre a recolha de prova testemunhal em audiência de julgamento; sobre a interposição e a resposta a recursos, mas, sobretudo sobre conciliar astúcia, eficiência e compaixão.

A todas muito agradecemos, pelo carinho com que nos receberam, por tudo o muito que nos ensinaram e, principalmente, por serem exemplos de rigor, profissionalismo, integridade e bondade que também nós aspiramos, um dia, vir a ser.

C. A Criminalidade Predominante

a. A Violência Doméstica

Um dos ilícitos criminais predominantes é, indubitavelmente, a violência doméstica nos termos do artigo 152.º do Código Penal. É também este um dos crimes no âmbito do qual são efetuadas mais diligências de inquirição de testemunhas e interrogatórios de arguidos, em que são promovidas mais medidas de proteção das vítimas, em que são tomadas mais declarações para memória futura e em que são aplicadas mais medidas de coação ao arguido.

Uma questão relevante, que várias vezes surgiu no âmbito dos processos de violência doméstica que acompanhámos, tem que ver com a qualificação jurídica dos factos que, aparentemente, poderiam, em abstrato, consubstanciar a prática de um crime de violência doméstica quando na realidade, poderiam apenas reconduzir-se à prática de um crime de ofensas à integridade física simples (v. artigo 143.º do Código Penal) ou porventura qualificada (v. artigo 145.º *ex vi* do n.º 2 do artigo 132.º do Código Penal).

Acompanhamos um caso que teve início com um auto de notícia, no qual dois agentes da PSP relataram terem-se deslocado à residência de um casal e aí chegados, terem presenciado “*murros, arranhões e dentadas nas mãos*” de parte a parte.

O conceito de “maus tratos” a que se refere o artigo 152.º, n.º 1, alínea b) do Código Penal exige uma “*ofensa intolerável à dignidade da pessoa humana ou qualquer atuação que apenas possa ser interpretada como coisificação da vítima e exercício de domínio sobre ela*”⁵ e pressupõe necessariamente “*um ambiente de sujeição de um dos membros do casal aos desmandos do outro, mediante a intenção de humilhar, minorizar, provocar uma situação de domínio físico e/ou psicológico irresistível*”⁶.

Em abstrato, o facto destes indivíduos, casados há vários anos, terem perpetuado agressões físicas um contra o outro, seria suscetível de integrar a prática, por cada um, de um crime de violência doméstica. Contudo, analisado o bem jurídico protegido pelo artigo 152.º do Código Penal, concluiu-se que as condutas praticadas por ambos os arguidos, por serem recíprocas, por consubstanciarem a forma como o casal se escolheu relacionar e por não revelarem especial gravidade, não poderiam configurar, sequer em abstrato, um crime de violência doméstica por não atingirem a gravidade necessária que o preenchimento deste tipo legal

⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 20.02.2019 (Maria Pilar de Oliveira). Proc. n.º 335/17.3PBCTB.C1.

⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 03.02.2021 (Graça Santos Silva). Proc. n.º 2426/18.4PSLSB.L13.

pressupõe. Razão pela qual, antes se concluiu existirem indícios suficientes da prática de dois crimes de ofensa à integridade física simples (v. artigo 143.º, n.º 1 do Código Penal).

Perante a existência de indícios suficientes da prática de um crime, em respeito ao princípio da oportunidade, a lei concede ao Ministério Público alternativas à acusação, entre as quais, o arquivamento em caso de dispensa de pena, previsto no artigo 280.º do Código de Processo Penal. Neste normativo pode ler-se que *“se o processo for por crime relativamente ao qual se encontre expressamente prevista na lei penal a possibilidade de dispensa da pena, o Ministério Público, com a concordância do Juiz de instrução, pode decidir-se pelo arquivamento do processo, se se verificarem os pressupostos daquela dispensa”*, remetendo para a lei penal substantiva a definição destes pressupostos, no caso, para o artigo 143.º, n.º 3 do Código Penal, no qual consta que o *“o tribunal pode dispensar de pena quando: a) Tiver havido lesões recíprocas e se não tiver provado quais dos contendores agrediu primeiro ou; b) O agente tiver unicamente exercido retorsão sobre o agressor”* e para o artigo 74.º, n.º 1 do Código Penal que acrescenta como requisitos para a aplicação deste instituto *“a) a diminuta ilicitude do facto e da culpa do agente, b) a reparação do dano e c) a não oposição de razões de prevenção”*.

Neste processo, encontravam-se verificados todos os requisitos *supra* mencionados, pelo que decidiu o Ministério Público remeter os autos ao Juiz de Instrução para que este desse a sua concordância em relação ao arquivamento do processo nos termos do artigo 280.º do Código de Processo Penal, o que se veio a verificar. Assim, concebemos que o encerramento do inquérito deste modo basta para realizar os fins do artigo 40.º do Código Penal: a proteção do bem jurídico e a reintegração do agente na sociedade.

b. Os Furtos Qualificados

Outro dos ilícitos criminais predominantes é o furto qualificado, nos termos do artigo 204.º, n.º 1, alíneas b) e f) do Código Penal, predominância que se compreende, uma vez que a área de jurisdição do Juízo de Competência Genérica de Peniche é marcada por uma elevada afluência turística que se reflete num elevado número de estabelecimentos comerciais e num elevado número de veículos de matrícula estrangeira ou alugados por cidadãos de nacionalidade estrangeira que circulam com bens de valor considerável no seu interior.

Uma das questões emergentes neste tipo de criminalidade reconduz-se à segurança na condenação do arguido quando a única prova direta da prática do crime é uma impressão digital encontrada no local do crime.

Assim, entendemos ser impreterível entender em que termos o facto de ter sido detetada, no local do crime, a impressão digital do arguido permite concluir que foi este quem o praticou. E entendemos ainda que o valor probatório de uma impressão digital do arguido no local do crime deve ser encarado numa tripla perspetiva, ou seja, esta impressão faz prova direta do contacto do arguido com o objeto onde foi detetada, mas não faz prova direta da participação do arguido no facto criminoso, não obstante, apesar de não fazer prova direta da participação do arguido no facto criminoso, constitui um forte indício que, conjugado com outros indícios, pode fundamentar uma decisão condenatória⁷.

No processo que acompanhámos, a conjugação da existência de uma impressão digital do arguido no local do crime, da localização específica dessa impressão (no interior do cofre arrombado), da localização do cofre (em local não acessível ao público mas apenas aos proprietários) e da inexistência de uma relação entre o arguido e o local em causa que oferecesse qualquer explicação alternativa para a presença das impressões digitais no local, pela sua congruência e concordância permitiu concluir, com segurança, que o arguido praticou os factos pelos quais vinha acusado.

c. O Tráfico de Estupefacientes

Outro dos ilícitos criminais predominantes é ainda o tráfico de estupefacientes, nos termos dos artigos 21.º e 25.º da Lei 15/93, de 22 de janeiro. A predominância deste ilícito criminal compreende-se desde logo, porque a cidade de Peniche é uma cidade costeira, com o seu próprio porto marítimo, o que é um fator potenciador do transporte e tráfico de substâncias ilícitas, com recurso a esquemas de média e grande organização. Em acréscimo, esta cidade é fortemente afeta ao turismo e à frequência de espaços de diversão noturna o que propícia e potencia também a proliferação do intitulado “tráfico de rua”.

A existência destas duas dimensões demonstraram antes do mais, que em sede de nocividade para a sociedade, o papel do “traficante de rua” não é de subestimar, por ser fulcral para a subsistência de todo o sistema de tráfico, como bem aponta o Supremo Tribunal de

⁷ V.g. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 25.01.2010 (Cruz Bucho). Proc. n.º 300/04.0GBBCL.G2.

Justiça, “*o abastecimento normal, do consumidor normal, faz-se através deles, e, sem eles, os chamados barões da droga poucos lucros aufeririam*”⁸.

É precisamente no âmbito do tráfico de menor gravidade que destacamos duas questões.

A primeira reconduz-se à alegação por parte dos arguidos, de que a droga encontrada na sua posse não se destina ao tráfico, mas antes ao seu consumo (v. artigo 40.º da Lei 15/93). Na verdade, inexistindo na lei um limite quantitativo que defina a fronteira entre o consumo e o tráfico de estupefacientes, lográmos entender que a imputação por tráfico ou por consumo de estupefacientes se fará mediante as regras da experiência.

Através destas, será de afastar a imputação por consumo de estupefacientes quando a quantidade de droga detida é tão substancial que não pode considerar-se adequada ao simples consumo individual do seu detentor por excederem notoriamente essas necessidades. Para atingir esta conclusão será essencial o recurso às tabelas dos quantitativos máximos diários normais de consumo. Será também de afastar a imputação pelo consumo quando as condições económicas e sociais dos arguidos não são minimamente coerentes com a aquisição de um determinado montante de produtos estupefacientes, não sendo credível, por exemplo, que um arguido desempregado possua consigo vários milhares de euros de produto estupefaciente apenas para consumo próprio. E, será ainda de afastar a imputação pelo consumo quando o modo de acondicionamento das substâncias é característico da venda a terceiros, nomeadamente, quando o produto estupefaciente é acondicionado em invólucros contendo cada um deles uma dose individual, quando destes consta a indicação das gramas que contêm ou do valor monetário a que corresponde essa quantidade. Existem ainda outros fatores que indiciam a colocação do produto estupefaciente no mercado, tais como: a existência de balanças digitais, utensílios de corte ou elevadas quantias de dinheiro⁹.

A segunda questão reconduz-se à alegação da nulidade das buscas domiciliárias quando o seu visado é menor de 21 anos e não foi acompanhado por defensor durante a sua realização.

Em relação a esta contenda, percebemos ser imperiosa a distinção entre as buscas domiciliárias sem prévia autorização judicial (v. artigo 174.º, n.º 3 e n.º 5, alínea b) *ex vi* artigo 177.º, n.º 3 do Código de Processo Penal) e as buscas domiciliárias autorizadas por Juiz (v. artigo 177.º, n.º 1 do Código de Processo Penal).

⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21.09.2011 (Souto de Moura). Proc. n.º 556/08.0GVIS.C1.S1.

⁹ V.g. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 18.10.2018 (Maria Leonor Esteves). Proc. n.º 33/16.5GDPTG.E1.

A realização de uma busca domiciliária sem prévia autorização judicial é válida quando consentida pelo visado e, sendo este um menor de 21 anos, impõe-se que o consentimento seja prestado na presença de defensor (v. artigo 64.º, n.º 1, alínea d) do Código de Processo Penal). Pelo contrário, quando a busca domiciliária é ordenada por Juiz, não é exigível a comparência da pessoa visada, nem tão pouco o seu consentimento, independentemente das condições pessoais do arguido, a que se refere o artigo 64.º, n.º 1, alínea d) do Código de Processo Penal, nomeadamente a menoridade de 21 anos¹⁰.

No mesmo sentido, assegura o Tribunal da Relação de Guimarães que *“estando em causa uma diligência processual ordenada por um Juiz em que não é obrigatória a presença do arguido, a diligência em si está legitimada independentemente das condições pessoais do arguido visado (...) mesmo estando presente, e sem advogado, a diligência também seria realizável, sem estar ferida de nulidade, e tudo porque emana da ordem de um Juiz. Diferente seria se não emanasse diretamente de ordem judicial, mas esse não é o nosso caso”*¹¹.

A obrigatoriedade de assistência a menor de 21 anos em ato processual é motivada por uma presumível debilidade de cognição do arguido que o processo penal tenta mitigar através de aconselhamento jurídico. Contudo, quando a busca é ordenada por Juiz, entendeu o legislador que a necessidade da diligência foi já ponderada e que as garantias de defesa do arguido foram acauteladas, não sendo a falta de consentimento passível de impedir a sua realização, o que tornaria a obrigatoriedade da presença de defensor do arguido inócua.

No âmbito deste tipo de criminalidade é imperativo escrever sobre o nosso acompanhamento do processo 264/20.3T9PNI, por tão enriquecedor ter sido.

Este processo teve início com a denúncia de um cidadão de que havia sido alvo de agressões por parte de um grupo de indivíduos, apontando como motivo para tal, a falta do pagamento que lhes era devido pelo fornecimento de produtos estupefacientes. Depois de obtida esta notícia do crime, ordenou o Ministério Público que se realizassem vigilâncias aos suspeitos nos locais conotados com o consumo e tráfico de estupefacientes, tendo estes sido captados a transacionar produtos estupefacientes em troca de dinheiro. Pouco tempo volvido, tornou-se evidente que os suspeitos eram contactados pelos seus clientes, por via telefónica, pelo que foi requerida interceção e a gravação de comunicações telefónicas nos termos do artigo 177.º, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Penal.

¹⁰ V.g. Acórdão do Tribunal Constitucional de 14.01.1997 (Monteiro Diniz). Proc. n.º 821/95 e o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 18.12.2017 (Ana Teixeira). Proc. n.º 45/15.6GAMD.L.G1. .

¹¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 18.12.2017 (Ana Teixeira). Proc. n.º 45/15.6GAMD.L.G1.

Com recurso a este meio de obtenção de prova, foi possível perceber a frequência das transações efetuadas pelos suspeitos, os contactos dos compradores, o tipo de produtos estupefacientes que estes adquiriam e qual dos suspeitos ocupava a posição de liderança.

Havendo um domínio consistente sobre as rotinas dos suspeitos e sobre o seu *modus operandi* e indícios de que estes ocultariam, nas suas residências, objetos relacionados com a prática do crime de tráfico de estupefacientes foram ordenadas buscas domiciliárias. Estas tomaram lugar no dia 6 de abril de 2022, todas em simultâneo, pelas 7 horas da manhã, tendo resultado na apreensão de armas proibidas, balanças digitais, vários telemóveis, milhares de doses de haxixe, canábis, cocaína e MDMA, e largos milhares de euros em numerário.

Três dos suspeitos, agora arguidos, foram detidos e apresentados a primeiro interrogatório judicial nos termos das disposições conjugadas dos artigos 141.º, n.º 1, 254.º, n.º 1, alínea a) e 255.º, n.º 1, alínea a) e 256.º todos do Código de Processo Penal, por existirem fortes indícios da prática, pelos três, em coautoria, de um crime de tráfico e outras atividades ilícitas, por referência ao artigo 21.º, n.º 1 do DL n.º 15/93, de 22 de janeiro e às tabelas I-A, I-B, I-C e II-A anexa a tal diploma, existindo ainda fortes indícios de que um dos arguidos incorreu na prática, em concurso efetivo, de um crime de detenção de arma proibida, por referência ao artigo 86.º, n.º 1, alínea c) da Lei 5/2006, de 23 de fevereiro.

Presentes a primeiro interrogatório judicial, dois dos arguidos ficaram sujeitos às medidas de coação “obrigação de apresentação no posto policial da área da sua residência quatro vezes por semana” e “proibição de contactarem com os demais coarguidos, com pessoas conotadas com o consumo ou tráfico de produtos estupefacientes, bem como de frequentarem e permanecerem em locais conotados com o consumo ou tráfico de produtos estupefacientes”, tendo um dos arguidos ficado sujeito à medida de coação “prisão preventiva”.

Esta decisão motivou um recurso por parte do Ministério Público que pugnou pela substituição desta decisão por uma que aplique a todos os arguidos a medida de coação de prisão preventiva, por considerar que as medidas aplicadas não foram adequadas, proporcionais nem tão pouco suficientes às exigências cautelares que o caso reclamava, uma vez que os perigos de continuação da atividade criminosa, de perturbação da ordem pública e de perturbação do inquérito não estavam minimamente acautelados.

O acompanhamento deste processo proporcionou-nos o acesso aos contornos de uma investigação quase na sua totalidade, desde a obtenção da notícia do crime, até à aplicação de medidas de coação o que fortaleceu de forma indescritível o nosso conhecimento sobre a atividade do Ministério Público.

CAPÍTULO II: A PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA E A LEITURA DOS AUTOS EM AUDIÊNCIA DE JULGAMENTO

A. A Estrutura Acusatória e a Prova Pré-Constituída

Motivado pelos pesares do processo inquisitório vigente no Estado Novo que privilegiava a descoberta da verdade material a todo o custo, o atual sistema penal português caracteriza-se por uma estrutura acusatória que privilegia agora a verdade processual assente num debate entre a acusação e a defesa, disciplinada pelo Tribunal (v. artigo 32.º, n.º 5 da Constituição da República Portuguesa). Assim, idealmente, existirá igualdade de poderes entre a acusação e a defesa, ficando o Tribunal numa posição de insubmissão, apenas interessado na apreciação objetiva do caso e da prova que lhe é apresentada, garantindo-se um julgamento imparcial e isento relativamente às posições das partes, fazendo-se justiça.

À acusação, posição assumida pelo Ministério Público, importa recolher elementos de prova com que possa convencer o Tribunal para além da dúvida razoável, enquanto à defesa, posição assumida pelo arguido, importa recolher elementos de prova aptos a contrariar aqueles que são apresentados pela acusação.

Para esse efeito, ao Ministério Público é atribuída a direção do inquérito cabendo-lhe promover “*diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles (...) em ordem à decisão sobre a acusação*” (v. artigos 262.º, n.º 1 e 263.º do Código de Processo Penal) e, deste modo, assegurar a produção de prova necessária a esta finalidade, através de uma investigação criminal legal e leal.

Assim, o sistema penal português definido por imperativo constitucional como acusatório é, na verdade, combinado com um princípio de investigação que exhibe alguns traços inquisitórios e que permite o equilíbrio da proteção das garantias dos intervenientes processuais com os desígnios de descoberta da verdade material do processo penal. Mas este princípio é também ele mitigado pelas restrições que a legalidade processual impõe à utilização dos meios de prova e pela proibição de certos métodos de obtenção de prova (v. artigo 126.º do Código de Processo Penal)¹².

A produção da prova é, regra geral, realizada em audiência de julgamento, seguindo um dos princípios característicos da estrutura acusatória, o princípio da imediação (v. artigo 355.º, n.º 1 do Código de Processo Penal). Contudo, esta regra não é absoluta, uma vez que nem

¹² V.g. MARQUES DA SILVA, Germano. *Direito Processual Penal Português*. Tomo I. 2.ª ed. Universidade Católica Portuguesa. 2017, pág. 65 a 68 e 90 a 92.

todas as provas são suscetíveis de serem produzidas em fase de julgamento, existindo provas produzidas em fase de inquérito ou instrução: as denominadas provas pré-constituídas. GERMANO MARQUES DA SILVA explica-as, aliás, como uma *“exceção justificada pela impossibilidade ou grande dificuldade da sua produção direta em audiência de julgamento”*¹³.

Exemplos de prova pré-constituída são aqueles sobre os quais incide este projeto: a reconstituição do facto (v. artigo 150.º do Código de Processo Penal) e as declarações para memória futura (v. artigo 271.º do Código de Processo Penal) produzidas, geralmente, em fase de inquérito.

B. Leitura de Autos em Audiência de Julgamento

Assim, não raras as vezes, o Tribunal tem à sua disposição autos em que se documentam atos processuais praticados em fases anteriores à fase de julgamento e para que os utilize para efeitos de formação da sua convicção, apenas tem de garantir que estes sejam examinados em audiência de julgamento, nos termos dos artigos 356.º e 357.º do Código de Processo Penal. Explana o Supremo Tribunal de Justiça ser *“em audiência de julgamento que o juiz, de forma privilegiada, tem contacto direto com os intervenientes processuais, apreendendo das provas que lhe são trazidas e discutidas, as certezas e as dúvidas dos factos transmitidos”*¹⁴, pelo que bem se entende ser a reprodução da prova em audiência de julgamento que lhe impõe objetividade e segurança.

Esclarecemos porém que as provas pré-constituídas não têm sempre de ser examinadas em audiência de julgamento para que possam ser valoradas. É a própria lei que estabelece uma exceção ao princípio da imediação, estipulado no artigo 355.º, n.º 1 do Código de Processo Penal, que impõe a produção ou o exame das provas em audiência de julgamento, no n.º 2 do artigo, prevendo que *“ressalvam-se do disposto no número anterior as provas contidas em atos processuais cuja leitura, visualização ou audição em audiência sejam permitidas”*.

Clarificando: os autos que podem ser examinados em audiência de julgamento, ao abrigo dos artigos 356.º e 357.º do Código de Processo Penal, podem também não o ser e mesmo

¹³ MARQUES DA SILVA, Germano. *Direito Processual Penal Português*. Tomo III. Universidade Católica Portuguesa, 2014. pág. 241 e no mesmo sentido, DAMIÃO DA CUNHA, José. «O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP)». *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3. 1997. pág. 410.

¹⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11.10.2017 (Manuel Augusto de Matos). Proc. n.º 895/14.0PGLRS.L1-A.S1.

assim, serem utilizados pelo Tribunal na formação da sua convicção. Nesta exceção, incluem-se, designadamente, os autos de declarações para memória futura, por referência ao artigo 356.º, n.º 2, alínea a) do Código de Processo Penal e os autos de reconstituição do facto, por referência ao artigo 356.º, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Penal.

Contudo, sobre o que nos debruçaremos daqui em diante, é em entender se os contributos dos intervenientes na produção destas provas, quer na fase de inquérito, quer na fase de julgamento, podem de algum modo, influenciar a admissibilidade das mesmas.

No que respeita às declarações para memória futura, apesar de serem antecipadamente produzidas para que possam, se necessário, ser tomadas em conta em julgamento (cfr. artigo 271.º, n.º 1 do Código de Processo Penal) estas não prejudicam uma eventual repetição do depoimento em audiência de julgamento (v. artigo 271.º, n.º 8 do Código de Processo Penal). Chegada a esta fase, a vítima poderá contribuir, repetindo o seu depoimento ou poderá recusar-se a depor, possibilidade que sempre está ao seu alcance (v. artigo 134.º n.º 1 do Código de Processo Penal), sendo que ambos os contributos poderão suscitar delicados problemas em relação à admissibilidade da prova pré-constituída. Repetindo a vítima o seu depoimento, levantam-se questões em relação à inutilidade superveniente das declarações que prestou em memória futura. Por sua vez, recusando a vítima a prestar, de todo, depoimento, levantam-se questões de proibição de leitura das declarações para memória futura, por imposição do artigo 356.º, n.º 6 do Código de Processo Penal, como *infra* veremos.

No que respeita à reconstituição do facto, mostra-nos a realidade que esta prova contém, por regra, contributos verbais do arguido, o que levanta questões de proibição de leitura, em fase de julgamento, por imposição do artigo 357.º, se se concluir que estes contributos verbais são verdadeiras declarações do arguido no âmbito dos artigos 140.º e seguintes e não contribuições no âmbito do artigo 150.º todos do Código de Processo Penal

Destas circunstâncias advém a questão controvertida de que nos ocupamos: entender qual a influência dos contributos dos intervenientes que participaram na produção da prova pré-constituída, nomeadamente nas declarações para memória futura e na reconstituição do facto na possibilidade da leitura dos seus autos e, consequentemente, na sua valoração.

Pois vejamos que a admissibilidade da prova é limitada pelo regime de proibições de prova que compreendem, as proibições de obtenção de prova e as proibições de valoração de prova. Nestas últimas incorre o Tribunal que valorar uma prova pré-constituída cuja leitura não for permitida, nos termos dos artigos 356.º e 357.º do Código de Processo Penal.

CAPÍTULO III: AS DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA

A. O Fim e o Fundamento das Declarações para Memória Futura

A tomada de declarações para memória futura visa antecipar para a fase de inquérito ou instrução, o momento de produção de prova testemunhal que tipicamente decorreria na fase de julgamento (v. artigo 355.º do Código de Processo Penal), tema sobre o qual já escrevemos.

Com este intuito, dispõe o artigo 271.º do Código de Processo Penal que “*o juiz de instrução (...) pode proceder à inquirição (da testemunha) no decurso do inquérito, a fim de que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento*” e, de igual modo, o artigo 294.º do Código de Processo Penal que “*o juiz pode proceder, durante a instrução, à inquirição de testemunhas (...) nos termos e com as finalidades referidas no artigo 271.º*”.

A possibilidade de antecipação de prova testemunhal, por recurso a declarações para memória futura é atribuída com base no artigo 271.º do Código de Processo Penal, a situações em que existe um fundado receio de perda de prova - aqui se incluindo os casos de “*doença grave ou deslocação para o estrangeiro*” – e a vítimas de crimes de tráfico de pessoas e órgãos humanos (v. artigos 144.º-B e 160.º do Código Penal) e de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual (v. artigo 163.º a 170.º do Código Penal), sendo aliás obrigatória nestes, quando a vítima é menor de idade (v. artigo 271.º, n.º 2 do Código de Processo Penal).

Mas não só o artigo 271.º do Código de Processo Penal admite a possibilidade de prestação de declarações para memória futura, também o artigo 33.º da Lei 112/2009, de 16 de setembro, o admite para vítimas do crime de violência doméstica, com o fundamento de que “*a prevenção da vitimização secundária é um aspeto axial da proteção da vítima*”¹⁵.

No mesmo sentido, o artigo 24.º, n.º 1 da Lei n.º 130/2015, de 4 de setembro, acrescentou uma possibilidade de produção antecipada de prova, desta vez para as vítimas especialmente vulneráveis, ou seja, todas as “*vítimas de criminalidade violenta e de criminalidade especialmente violenta*” (v. artigo 67-A, n.º 3 do Código de Processo Penal) e todas as vítimas “*cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua idade, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado*

¹⁵ Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 248/X/4ª que esteve na base da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro. Corroborante com a intenção do legislador é a Diretiva n.º 5/2019 da Procuradoria Geral da República que dota o Ministério Público da orientação de que o requerimento para a tomada de declarações para memória futura é obrigatório quando a avaliação de risco da vítima se revela de nível elevado ou nível médio associada a circunstâncias que objetivamente sejam suscetíveis de agravar a vulnerabilidade daquela.

em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social” (v. artigo 67-A, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Penal).

Por fim, o artigo 28.º, n.º 2 da Lei n.º 93/99, de 14 de julho adita ainda outra possibilidade de prestação de declarações para memória futura, por ora, em benefício das testemunhas especialmente vulneráveis, cuja vulnerabilidade resulta *“da sua diminuta ou avançada idade, do seu estado de saúde ou do facto de ter de depor ou prestar declarações contra pessoa da própria família ou de grupo social fechado em que esteja inserida numa condição de subordinação ou dependência”* (v. artigo 26.º, n.º 2).

Expostas que estão as circunstâncias em que a lei admite a tomada de declarações para memória futura, bem se entendem as palavras de MAIA COSTA quando escreve que *“inicialmente pensado pelo legislador como meio preventivo de recolha de prova suscetível de perder-se ou inviabilizar-se antes do julgamento, o âmbito de recolha das declarações para memória futura foi posteriormente ampliado, já não para prevenir o perigo de perda da prova, mas para proteção das vítimas e das testemunhas”*¹⁶.

Assim, a tomada de declarações para memória futura visa, ora proteger a prova que se prevê já não poder ser produzida no momento da audiência de julgamento garantindo que a mesma alcança esta fase, ora proteger a própria vítima e/ou testemunha dos efeitos negativos que contactos repetidos com o processo podem para si acarretar, poupando-a a tal adversidade.

Este regime é utilizado maioritariamente, na segunda vertente, pela importância que se reconhece em proteger as vítimas de determinados crimes da vitimização secundária ou seja, do constrangimento de reviver, uma e outra vez, os acontecimentos traumatizantes porque passaram e em proteger as testemunhas vulneráveis, reduzindo a sua exposição no processo ao mínimo indispensável.

Mas nem só a proteção das vítimas e testemunhas favorece o regime das declarações para memória futura. Tal como refere DÁ MESQUITA as *“declarações para memória futura são, ainda, uma via que, em termos de efeitos colaterais, minora os problemas epistemológicos da produção de prova derivados do afastamento temporal entre a perceção e o momento de prestação do testemunho”*¹⁷. No mesmo sentido, escreve MOURAZ LOPES que a ratio desta antecipação de prova é a *“não sujeição das vítimas a interrogatórios sucessivos e quase*

¹⁶ MAIA COSTA, Eduardo in HENRIQUES GASPARGAS, António, et al. *Código de Processo Penal Comentado*. 2.ª ed. Almedina. 2016, pág. 197 e 198.

¹⁷ DÁ MESQUITA, Paulo. *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*. 1ª ed. Coimbra Editora, 2011. pág. 611.

sempre traumatizantes que o rememerar dos factos em questão encerram (...) mas também a necessidade de perceberem de uma maneira mais real os factos ocorridos, sendo certo que a revelação tardia dos factos em que se viu envolvida poderá não ser de fácil 'acesso', dados os naturais bloqueios psicológicos que se constrói”¹⁸.

Por isso, explica RUI DO CARMO que as declarações para memória futura realizadas numa fase avançada ou mesmo final da investigação contribuem para o agravamento da situação emocional da vítima e dos efeitos de vitimização secundária e contrariam a evidência científica de que a entrevista mais exata é a primeira e de que um intervalo de tempo o mais curto possível entre os factos e o seu relato diminui o risco de erros¹⁹.

A possibilidade da produção antecipada de prova é verdadeiramente uma vantagem para as testemunhas, mas é também uma vantagem para a descoberta da verdade, na medida em que protegendo a testemunha, protege simultaneamente a plenitude e a lisura da prova, que desta forma é prestada com menos constrangimentos. Assim, subjacente ao instituto das declarações para memória futura está também o interesse público na consecução das finalidades do processo penal e na realização de Justiça.

Por tudo, podemos concluir que produção antecipada da prova deve assentar num juízo de prognose quanto à impossibilidade da sua produção em audiência de julgamento ou quanto à necessidade de proteção do depoente e ainda num juízo de prognose de que tais declarações venham a configurar-se relevantes para a descoberta da verdade. Falhando alguma destas prognoses, a sua produção antecipada carecerá de razão e deverá ser indeferida. Pelo contrário, não falhando nenhuma destas prognoses, sempre deverá o requerimento para a prestação de declarações para memória futura ser deferido, em prol dos desígnios que visa acautelar²⁰.

B. O Regime da Prestação de Declarações para Memória Futura

De forma sucinta, o regime da prestação de declarações para memória futura é caracterizado pelos seguintes aspetos: a produção de prova é realizada sob direção do Juiz, a requerimento de sujeitos processuais admitidos a tal, na fase de inquérito ou, oficiosamente, na fase de instrução e rege-se pelo princípio do contraditório que se reflete desde logo, na

¹⁸ MOURAZ LOPES, José. *Garantia Judiciária no Processo Penal – do Juiz e da Instrução*. Coimbra Editora, 2000. pág. 45.

¹⁹ CARMO, Rui. «Declarações para memória futura: crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual». *Revista do Ministério Público*, n.º 134. 2013. pág. 130.

²⁰ V.g. DAMIÃO DA CUNHA, José. «O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP)». *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3. 1997. pág. 415.

necessidade de indicação prévia a todos os sujeitos processuais, do objeto e finalidade da diligência, na possibilidade de presença e intervenção dos mesmos, na obrigatoriedade de presença do Ministério Público e do defensor do arguido e na garantia de que a prova pré-constituída constará em auto transponível para a fase de julgamento (v. artigos 99.º e 356.º, n.º 2, alínea a) do Código de Processo Penal).

Apesar das declarações para memória futura serem encaradas como uma “antecipação parcial da audiência de julgamento” no que toca à prova testemunhal, é indubitável existirem importantes desvios às regras que imperam nesta audiência, sendo o seu regime alvo de críticas por via da compressão dos princípios da imediação, da publicidade e do contraditório.

O próprio Supremo Tribunal de Justiça veio já reconhecer que a tomada de declarações para memória futura, efetivamente, *“importa uma compressão dos princípios de imediação, oralidade, contraditório e publicidade subjacentes à audiência de julgamento, na medida em que a tomada de declarações da pessoa não ocorre em audiência de julgamento, perante o juiz do julgamento”*, mas reconheceu também que esta compressão se encontra justificada e legitimada por outros interesses e valores *“como a proteção do interesse da vítima (...) e do interesse público da descoberta da verdade material - mormente quanto às declarações para memória futura por doença grave ou de deslocação para o estrangeiro de uma testemunha que previsivelmente a impeça de ser ouvida em julgamento”*²¹.

Acompanhamos CRUZ BUCHO quando escreve que *“embora, em princípio, toda a prova deva ser produzida em audiência, o legislador não podia ignorar as realidades da vida”*²² e sob o mesmo entendimento, consideramos que os princípios de imediação, contraditório e publicidade não estão verdadeiramente em crise com a tomada de declarações para memória futura, estão sim ajustados às “realidades da vida”.

C. A Possibilidade de Repetição da Prova Antecipada

Apesar de incontestável que a tomada de declarações para memória futura visa antecipar para a fase de inquérito ou instrução o momento de produção de prova testemunhal que, tipicamente, teria lugar em audiência de julgamento, o legislador sentiu a necessidade de acautelar a possibilidade de a testemunha, já antecipadamente inquirida, aí voltar a sê-lo. Para

²¹Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11.11.2017 (Manuel Augusto de Matos). Proc. n.º 895/14.0PGLRS.L1.L1-A.S1.

²² V.g. CRUZ BUCHO, José. *Declarações para memória futura (elementos de estudo)*, Tribunal da Relação de Guimarães, 2012. pág. 178.

este efeito, regulou expressamente a possibilidade de repetição da prova testemunhal, prevendo que 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*” (v. artigo 271.º, n.º 8 do Código de Processo Penal).

Contudo, a mencionada possibilidade de repetição da prova não tem sido isenta de algumas inconsistências judiciais, merecendo a advertência de CRUZ BUCHO no sentido de que “*pese embora a sua aparente singeleza, a aplicação prática desta norma (artigo 271.º, n.º 8 do Código de Processo Penal) é suscetível de colocar alguns problemas melindrosos*”²³.

Assim, antes de mais discorrermos sobre o tema e as questões que suscita, teremos de estabelecer quais os fundamentos para que possa ou deva ser repetida a prova antecipadamente produzida através de declarações para memória futura.

Desde logo, a repetição terá de ser possível, podendo não o ser “*em caso de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro de uma testemunha*” (v. artigo 271.º, n.º 1 do Código de Processo Penal) por agravamento da doença, pela morte da testemunha, por o seu paradeiro ser desconhecido ou a pela sua residência ser permanentemente fixada no estrangeiro.

Sendo possível repetir a prova, existem dois principais fundamentos para que o seja.

O primeiro fundamento tem a ver com a vontade de quem prestou declarações para memória futura, especificamente quando essa pessoa detém o estatuto processual de assistente (v. artigo 68.º do Código de Processo Penal), ao abrigo do qual pode requer a sua audição em audiência de julgamento (v. artigo 145.º, n.º 1 do Código de Processo Penal).

O segundo fundamento que engloba a maioria das situações de repetição de prova, tem a ver com o entendimento do Tribunal sobre a essencialidade da repetição da prova para a descoberta da verdade. O Tribunal pode decidir pela repetição da prova oficiosamente, a requerimento da parte interessada ou a requerimento do Ministério Público (v. artigo 340.º, n.º 1 do Código de Processo Penal)²⁴. Este requerimento deve ser acompanhado de uma exposição dos motivos de necessidade de repetição da prova, os quais devem ser

²³ CRUZ BUCHO, José. *Declarações para memória futura (elementos de estudo)*, Tribunal da Relação de Guimarães. 2012, pág. 121.

²⁴ V.g. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 20.05.2009 (Vasques Osório). Proc. n.º 5/02.7ZRCBR.C1.

suficientemente concretizados não bastando a simples invocação genérica de “utilidade para a descoberta da verdade ou para a boa decisão da causa”²⁵.

Neste sentido, o Tribunal tem o dever de recusar a repetição da prova quando esta se revele irrelevante ou meramente dilatória (v. artigo 340.º, n.º 4, alínea b) e d) do Código de Processo Penal), o que bem se entende e se aplaude, sob pena de lograrmos apenas a desconsideração dos desígnios das declarações para memória futura, sem que nenhum retorno positivo daí resultasse para a descoberta da verdade. Com certeza, havendo quem pugnassem pela repetição da prova com o único propósito de descredibilizar a vítima, utilizando as suas fragilidades contra si, atitude com que o processo penal, afortunadamente, não compactua.

Portanto, a repetição da prova terá sempre de ser precedida de uma ponderação entre os efeitos que daí possam advir para a vítima e a descoberta da verdade. Sendo que o legislador impõe expressamente que o Tribunal pondere se a repetição do depoimento não será um golpe demasiado duro na “*saúde física ou psíquica de pessoa que o deva prestar*” (v. artigo 271.º, n.º 8 do Código de Processo Penal), podendo para tal efeito socorrer-se do disposto no artigo 131.º, n.º 2 do Código de Processo Penal²⁶.

a. A (Des)necessidade da Repetição da Prova na Prática Judiciária

Apontados que estão os aspetos gerais da repetição da prova e os seus limites, entendemos ser pertinente fazer uma ponderação entre a repetição da prova e a prática judiciária com que contactámos no decorrer do estágio que antecedeu estas palavras.

Apesar de sermos cautelosos em expor a ponderação que deve preceder a repetição de prova, não quer isso dizer que, sopesado por um lado a proteção da testemunha e, por outro lado a descoberta da verdade, esta repetição não venha a revelar-se não só necessária como absolutamente essencial. Esta essencialidade pode advir, nomeadamente, da circunstância das declarações para memória futura serem omissas relativamente a parte do objeto do processo ou de surgirem em julgamento novos elementos que a tanto aconselhem²⁷.

Sendo este um momento oportuno para realçar a importância da recolha de declarações para memória futura do modo mais pleno possível, por forma a que a prova não seja omissa em relação a qualquer parte do objeto do processo e por isso tenha de ser repetida em audiência

²⁵ V.g. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 01.07.2009 (Jorge Jacob). Proc. n.º 0848072.

²⁶ V. g. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 01.07.2009 (Jorge Jacob). Proc. n.º 0848072.

²⁷ V.g. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 09.11.2009 (Fernando Ventura). Proc. n.º 37107.8TAFAGI.

de julgamento, assim frustrando-se as finalidades de proteção da vítima que visa ou não o sendo, frustrando-se a necessidade da descoberta da verdade.

Este é um fenómeno que lamentavelmente se verifica na prática judiciária com alguma frequência e que também nós verificámos no decorrer do estágio que antecedeu estas palavras. Em causa estava a prática de crime de violência doméstica, alegadamente praticado pela arguida contra a sua filha menor e por esta denunciado. Considerado todo o circunstancialismo do caso e reconhecida a sua gravidade foi, no mesmo dia, acionado pelo Ministério Público o mecanismo que prevê o artigo 91.º, n.º 3 da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo. A ofendida foi retirada da habitação que partilhava com a sua mãe, tendo sido, naturalmente, requerida a prestação de declarações para memória futura ao abrigo do artigo 271.º do Código de Processo Penal *ex vi* artigo 33.º da Lei 112/2009, de 16 de setembro.

Contudo, as declarações tomadas para memória futura foram absolutamente omissas relativamente à maior parte daquele que seria o objeto do processo e que havia sido, de certa forma, delimitado pelas declarações prestadas pela ofendida, junto do Ministério Público.

Ora, o facto de a prova ter sido produzida deste modo, teve como consequência final que, chegada a julgamento e na ausência de prova corroborante, se revelou insuficiente o convencimento do Tribunal, o que inevitavelmente resultou na absolvição da arguida.

O seguimento deste processo foi apto a que concluíssemos que mais nefasto do que sujeitar a vítima a repetidos contatos com o sistema judicial será sujeitá-la a menos um desses contactos, mas não reunir prova suficiente para a condenação do arguido. Razão pela qual, em situações como a descrita deverá ser determinada, se possível, a repetição do depoimento em prol da descoberta da verdade, mas também em prol da vítima. É verdade que o esforço que se exige da vítima não é desejável, mas sempre é preferível à perpetuação de um ciclo de violência que apenas tende a agravar-se com a absolvição do arguido²⁸.

Na verdade, também o Ministério Público assim o entendeu tendo recorrido da decisão absolutória proferida nos seguintes termos: “(...) *fundamentando-se no facto de existirem, no essencial, duas versões dos factos, a Mm.ª Juíza socorreu-se do princípio do in dubio pro reu,*

²⁸ Em consonância com o nosso entendimento, escreveu SOUTO SÁ, Cláudia. *A Vitimização Secundária na interação entre as vítimas de Violência nas Relações de Intimidade e o Sistema de Justiça Criminal*. Dissertação de Mestrado. Universidade do Porto. 2020. pág. 44 que “a vitimização secundária está negativamente correlacionada com o contacto positivo com as entidades e o resultado positivo da ação institucional, o que significa que quanto melhor for a avaliação das vítimas acerca do contacto com a justiça menor será a vitimização secundária. Por outro lado, a vitimização secundária está positivamente correlacionada com a reincidência e o sentimento de insegurança, sugerindo que os casos com mais vitimização secundária são também os casos mais reincidentes e em que as vítimas se sentem menos seguras”.

decidindo em sentido favorável à arguida. No entanto, o julgador apenas pode recorrer a tal princípio nos casos em que esteja perante uma dúvida irresolúvel, o que não acontece nos presentes autos, na nossa opinião. Mais se diga que se, na opinião da Mm.^a Juíza a quo restaram dúvidas acerca da credibilidade ou do peso do depoimento para memória futura da ofendida, então impunha-se que a mesma procedesse à sua reinquirição em sede de julgamento ao abrigo do disposto no artigo 271.º, n.º 8 do CPP (...) impunha-se ao julgador a fim de dissipar as suas dúvidas insanáveis que chamasse a ofendida a testemunhar perante si. Se por um lado é verdade que a submissão da ofendida a declarações para memória futura visou essencialmente a sua proteção, com manifesto e inevitável prejuízo do princípio da imediação por parte do julgador do processo, não podemos concluir que tal inquirição não pode mais ser repetida mesmo que isso implique uma absolvição”.

No polo oposto desta ponderação, tivemos oportunidade de acompanhar um outro processo, também no âmbito de um crime de violência doméstica, em que foram prestadas declarações para memória futura, nada havendo a apontar à completude das mesmas. Contudo, iniciada a audiência de julgamento, perante uma dificuldade técnica na sua reprodução, em sala de audiência, foi determinado oficiosamente pelo Juiz, a repetição da prova.

Esta foi uma decisão que nos suscitou alguma perplexidade, por entendermos que a reinquirição da vítima apenas deve ter lugar quando a descoberta da verdade imperiosamente o impõe, devendo esta “*possibilidade ser reduzida ao mínimo imprescindível e a casos muito especiais de desbloqueamento de dúvidas verdadeiramente inultrapassáveis de outra forma*”²⁹. Apenas assim se justificando em Justiça, o que se abdica em proteção da vítima.

Ora, não partilhamos do entendimento de que a impossibilidade da reprodução das declarações para memória futura em audiência de julgamento justifique a reinquirição da vítima, antes julgamos estar longe de ser um motivo que compense o transtorno que provoca. Contudo, este entendimento não é unânime existindo quem considere que a admissibilidade das declarações para memória futura depende da sua reprodução em audiência de julgamento, sendo tal impossibilidade então um motivo justificativo da repetição da prova. Vejamos.

²⁹ BARBOSA SILVA, Júlio. «Por quem os sinos doam – As Declarações para memória futura, a sua (des)necessidade no âmbito da lei tutelar educativo e o contraditório no âmbito da jurisprudência nacional e do TEDH». *Revista Julgar*, n.º 19. 2013. pág. 166.

b. A Necessidade de Leitura da Prova em Audiência de Julgamento

Uma significativa parte da doutrina portuguesa considera exigível que as declarações para memória futura sejam reproduzidas em audiência de julgamento, para que possam ser valoradas pelo Tribunal, sendo esta reprodução, o que supre a ausência da testemunha e assim acautela os princípios da imediação, do contraditório e da publicidade.

CRUZ BUCHO, por exemplo, é perentório em afirmar 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 efetive a leitura integral de tais declarações cujo conteúdo poderá, depois, ser confrontado com as demais declarações dos intervenientes em julgamento, que as podem contraditar”*³⁰ e GERMANO MARQUES DA SILVA que *“a falta de exame ou leitura em audiência de todas as provas, incluindo por isso os documentos, viola o contraditório na perspetiva da garantia objetiva de imparcialidade jurisdicional, condição de regularidade do processo e não apenas como direito das “partes”, e viola também o princípio da publicidade, enquanto meio de fiscalização e controlo da função jurisdicional”*³¹.

Também JOAQUIM MALAFAIA e DAMIÃO DA CUNHA pelem pela necessidade de leitura das declarações para memória futura em audiência de julgamento, nos mesmos termos em que o fazem os autores *supra* referidos³².

No mesmo sentido, se tem vindo a pronunciar a jurisprudência, nomeadamente o Tribunal da Relação do Porto decidindo ser *“nula, por valoração de prova não produzida em audiência de julgamento (arts. 355.º e 125.º do CPP), a decisão sobre a matéria de facto que atende exclusivamente às declarações para memória futura, anteriormente prestadas, sem que tais declarações tenham sido lidas (como o permitia o art. 356, n.º 2, al. a) do CPP) em audiência de julgamento”*³³ e o Tribunal da Relação do Coimbra determinando que *“havendo produção antecipada de depoimentos, em declarações para memória futura, e se mostrarem as testemunhas impedidas de estar presentes em audiência, é obrigatório proceder à leitura*

³⁰ BUCHO, Cruz, *Declarações para memória futura (elementos de estudo)*, Tribunal da Relação de Guimarães. 2012, pág. 166 e 169.

³¹ MARQUES DA SILVA, Germano. «Produção e valoração da prova em processo penal». *Revista do CEJ*, n.º 4. 2006. pág. 44 e 45.

³² V.g. MALAFAIA, Joaquim. «O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos atos de instrução e nas declarações para memória futura». *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 14. 2004. pág. 537. DAMIÃO DA CUNHA, José. «O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP)». *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3. 1997. pág. 417.

³³ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17.11.2004 (Élia São Pedro). Proc. n.º 0414002.

desses depoimentos, de forma a que os sujeitos processuais possam controlar a prova contra si oferecida, impugnando-a ou contraditando-a por outras provas, no sentido de a verem abalada, se assim o entenderem”³⁴.

Contudo, a orientação contrária, aquela que pugna pela não necessidade da leitura das declarações para memória futura em audiência de julgamento para que as mesmas sejam admissíveis, tem vindo a ganhar destaque.

Entre os defensores desta orientação, a nível doutrinal encontram-se MAIA COSTA que afirma que *“não é obrigatória a leitura em audiência dos depoimentos prestados para memória futura, não havendo qualquer violação do princípio do contraditório, que não exige o contraditório direto em cross examination*”³⁵, GAMA LOBO, que considera *“não ser obrigatório proceder à reprodução/leitura em audiência de provas pré-constituídas, quaisquer que elas sejam, para que as mesmas possam ser apreciadas e valoradas pelo tribunal de julgamento*”³⁶ ou TIAGO MILHEIRO que escreve que *“as declarações para memória futura, embora possam ser lidas ou reproduzidas em audiência, oficiosamente ou a requerimento, tal não é necessário para valorá-las (...) já que são provas pré-constituídas, produzidas anteriormente ao julgamento, em que, por constarem dos autos, e poderem ser consultadas, permitem o cabal exercício do contraditório, designadamente na audiência, por todos os intervenientes processuais*”³⁷.

Também a nível jurisprudencial se nota esta orientação, nomeadamente através das decisões do Tribunal Constitucional no sentido de que *“não é inconstitucional o artigo 271.º, n.º 8, do Código de Processo Penal, no segmento segundo o qual não é obrigatória, em audiência de discussão e julgamento, a leitura das declarações para memória futura*”³⁸ e de que *“não são inconstitucionais as normas constantes dos artigos 271.º, n.º 6 e 8, 355.º, n.º 1 e 2, e 356.º, n.os 1 e 2 do Código de Processo Penal, quando interpretadas no sentido segundo o qual se não exige a leitura em audiência de julgamento de um depoimento prestado para memória futura (...)*”³⁹ e do Tribunal da Relação de Coimbra quando defendeu que *“a*

³⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 06.04.2005 (Ribeiro Martins). Proc. n.º 108/05.

³⁵ MAIA COSTA in HENRIQUES GASPARGAS, António, et al. *Código de Processo Penal Comentado*. 2.ª ed. Almedina. 2016. pág. 920.

³⁶ GAMA LOBO, Fernando. *Código de Processo Penal Anotado*. 4.ª ed. Almedina, 2022. pág. 496.

³⁷ MILHEIRO, Tiago. «Breve excursão pela prova penal na jurisprudência nacional». *Revista Julgar*, n.º 18. 2012. pág. 42 e 43.

³⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional de 06.05.2014 (José da Cunha Barbosa). Proc. n.º 367/2014.

³⁹ Acórdão do Tribunal Constitucional de 25.08.2015 (Maria Lúcia Amaral). Proc. n.º 399/2015.

validade da prova para memória futura não depende da leitura das declarações em audiência, nem esta é necessária para o exercício do contraditório”⁴⁰.

Motivado pela evidente disparidade da prática judiciária e pelos diferentes entendimentos doutrinários que se fazem sentir, também o Supremo Tribunal de Justiça, através de Acórdão de Fixação de Jurisprudência se pronunciou no sentido de que *“as declarações para memória futura, prestadas nos termos do art. 271.º, do CPP, não têm de ser obrigatoriamente lidas em audiência de julgamento para que possam ser tomadas em conta e constituir prova validamente utilizável para a formação da convicção do tribunal, nos termos das disposições conjugadas dos artigos. 355.º e 356.º, n.º 2, al. a), do mesmo Código*”⁴¹.

Entre nós, parece-nos evidente que do artigo 356.º, n.º 2, alínea a) do Código de Processo Penal resulta ser permitida a leitura em audiência das declarações para memória futura e que da conjugação deste artigo com o artigo 355.º, n.º 2 do Código de Processo Penal que estas declarações podem não ser lidas e mesmo assim valoradas. Não temos como não reconhecer que o elemento literal é fortíssimo neste sentido: a permissão de leitura dos atos processuais traduz-se numa faculdade, não impõe a obrigatoriedade⁴².

Mas para que a nossa posição seja livre da crítica de que apenas se foca no elemento literal da lei e desconsidera princípios nucleares do processo penal, sobre estes nos pronunciaremos.

No que concerne ao princípio da imediação, não descoramos a compressão que o regime do artigo 271.º do Código de Processo Penal lhe provoca, uma vez que a prova não é prestada perante o Juiz de julgamento. Inevitavelmente, este não usufrui da imediação com a fonte de prova, usufruindo apenas da imediação com a prova *per si*. Não obstante o contato do Juiz de julgamento com a fonte de prova, não mais imediato se tornará se esta for lida em audiência de julgamento, sendo para esse efeito, a leitura inócua, uma vez que o Juiz terá sempre apenas conhecimento direto do conteúdo das declarações *“a única diferença é se o faz na presença dos demais intervenientes processuais e do público em geral ou no recato do seu gabinete*”⁴³.

No que concerne ao princípio do contraditório, convém esclarecer que o seu conteúdo essencial consiste em que nenhuma prova seja aceite, nem nenhuma decisão seja tomada pelo

⁴⁰Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17-10-2012 (Paulo Valério). Proc. n.º 58/09.7GFCVL.C1.

⁴¹Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11.11.2017 (Manuel Augusto de Matos). Proc. n.º 895/14.0PGLRS.L1.L1-A.S1.

⁴²V.g. o voto de vencido do Conselheiro Manuel Joaquim Braz ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17.11.2004 (Élia São Pedro). Proc. n.º 0414002.

⁴³Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11.11.2017 (Manuel Augusto de Matos). Proc. n.º 895/14.0PGLRS.L1.L1-A.S1.

Juiz, sem que previamente tenha sido dada ampla e efetiva possibilidade ao sujeito processual contra a qual é dirigida de a discutir e de a contestar⁴⁴. No âmbito das declarações para memória futura, o arguido tem as mais plenas possibilidades de o fazer - desde o momento em que estas são tomadas - uma vez que pode estar presente, que a presença do seu defensor é obrigatória e que este pode formular perguntas (v. artigo 271.º, n.º 3 e 5 do Código de Processo Penal) - até ao momento da audiência de julgamento - em que tem conhecimento das declarações prestadas que constam do processo e é livre de as contraditar. Neste sentido “*não será seguramente a mera exibição ou leitura das declarações para memória futura que acrescentará o que quer que seja às oportunidades de defesa dos arguidos*”⁴⁵.

Por fim, no que concerne ao princípio da publicidade, enquanto corolário do controlo público da aplicação da Justiça, entendeu já o Tribunal Constitucional que este não reclama a leitura de autos em audiência de julgamento, antes se basta com a leitura da sentença e com a disponibilidade pública das razões da decisão que permitirão ao público a sua fiscalização e o conhecimento dos elementos tidos por fundamentais e decisivos para a formação da convicção do julgador⁴⁶. Pelo que, a boa prossecução deste princípio, não tem como necessário, ou sequer essencial, a leitura das declarações para memória futura em audiência.

Assim, regressando ao processo que esteve na base deste capítulo, entendemos que mal andou o Tribunal em determinar a repetição da inquirição da testemunha que havia já prestado declarações para memória futura, por razão de um impedimento técnico na reprodução destas. Esta repetição não é necessária para a admissibilidade da prova, por todos os motivos que *supra* mencionamos e a reinquirição da testemunha não era necessária para a descoberta da verdade, razão pela qual não deveria ter sido determinada⁴⁷.

⁴⁴ V.g. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 16.06.2015 (Orlando Gonçalves). Proc. n.º 181/06.0TASEI-A.C1.

⁴⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional de 25.08.2015 (Maria Lúcia Amaral). Proc. n.º 399/2015. Em bom rigor o arguido tem, com as declarações para memória futura, a oportunidade de exercer um contraditório ainda mais ponderado, uma vez que, chegado à audiência de julgamento, já teve conhecimento do conteúdo das declarações prestadas e já teve oportunidade de construir um depoimento apto a descredibilizá-las, ao passo que, se estas fossem prestadas apenas em audiência de julgamento, não teria esta vantagem.

⁴⁶ V.g. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 27/2007 (Paulo Mota Pinto). Proc. n.º 784/05.

⁴⁷ Tenhamos também como referência que decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, em fixação de jurisprudência, que a leitura das declarações para memória futura, em audiência de julgamento, não é obrigatória, e, apesar desta decisão não constituir jurisprudência obrigatória para os tribunais judiciais, estes devem fundamentar eventuais divergências relativas à jurisprudência fixada (v. artigo 445.º, n.º 3 do Código de Processo Penal), pelo que existe indubitavelmente uma “força argumentativa especial” nesta decisão, que deve ser ponderada.

D. A Valoração da Prova em Função dos Contributos do seu Interveniente

A circunstância de ter sido admitida a antecipação da prova nos termos do artigo 271.º do Código de Processo Penal e de esta ter sido regularmente prestada, não implica necessariamente que a mesma venha a ser valorada pelo Tribunal. Podem, na verdade, sobrevir uma multiplicidade de circunstâncias que conduzam à ineficácia ou inutilização da prova antecipadamente produzida.

Desde logo, o processo pode não atingir a fase do julgamento porque o seu destino acabou por ser o arquivamento, a suspensão provisória, o despacho de não pronúncia ou mesmo a extinção (v. artigos 227.º, 281.º, 308.º do Código de Processo Penal e artigo 127.º do Código Penal) e a prova pode nunca ter oportunidade de ser valorada. E, mesmo que o processo alcance a fase de julgamento, as declarações para memória futura prestadas podem, nesse momento, não exprimir relevância para a prova do crime imputado ao arguido e por esse motivo também não serem valoradas.

Chegando as declarações para memória futura à fase de julgamento, pois também aí chegou o processo no âmbito do qual foram prestadas e tendo as declarações interesse para a prova dos factos pelos quais vem o arguido acusado, estas serão livremente valoradas pelo Tribunal, podendo muito bem fundamentar uma condenação (v. artigos 127.º, 355.º, n.º 2 e 356.º, n.º 2, alínea a) do Código de Processo Penal). Será este o caso indubitavelmente, quando não há repetição da prova, ninguém o contesta.

Resta-nos entender se será também este o caso se a testemunha repetir o seu depoimento em audiência de julgamento ou se, sendo determinada a repetição do depoimento, a testemunha se recuse a depor. No fundo, impera entender em que medida o contributo da testemunha em audiência de julgamento tem a capacidade de influenciar a admissibilidade da prova validamente constituída em fase de inquérito. Vejamos.

a. A Prestação de Declarações em Audiência de Julgamento

Discutimos já a possibilidade da repetição da prova testemunhal antecipadamente prestada prevista no artigo 271.º, n.º 8 do Código de Processo Penal, questão que ainda não abordámos foi como conjugar as declarações para memória futura e as declarações prestadas em audiência de julgamento. Isto porque, apesar de ambas as declarações estarem sujeitas ao dever da verdade (v. artigo 132.º, n.º 1, alínea d) do Código de Processo Penal) nada garante que sejam

perfeitamente coincidentes, podendo uma ficar mais aquém ou ir mais além do que a outra. Aliás, em bom rigor, se assim não o fosse, a repetição da prova carecia de justificação.

Esta foi uma questão que surgiu durante o acompanhamento da audiência de julgamento do processo 280/19.8PAPNI, referente a um crime de violência doméstica durante a qual, a vítima, fazendo uso do estatuto processual de assistente, veio requer a sua reinquirição (v. artigos 68.º e 145.º, n.º 1 do Código de Processo Penal). Nesta sede, voltou a depor, esclarecendo todos os pontos que sentia não terem ficado tão bem esclarecidos quanto gostaria nas declarações que havia prestado para memória futura, ficando o Tribunal com o encargo de perceber como conjugar ambas.

Sobre esta circunstância, defende CRUZ BUCHO que, havendo lugar em audiência de julgamento à reinquirição da testemunha que houvera já prestado declarações para memória futura “*ocorre como que uma inutilidade superveniente das declarações para memória futura anteriormente prestadas*”⁴⁸. No mesmo sentido, o Tribunal da Relação de Lisboa defende semelhante inutilidade superveniente justificando existir “*um reforço de não leitura expresso pelo legislador no artigo 271.º n.º 8, que nos diz que a tomada de declarações nos termos dos números anteriores não prejudica a prestação de depoimento em audiência de julgamento*”⁴⁹.

Em concordância com este entendimento, DÁ MESQUITA ensina 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*”⁵⁰, acrescentando DAMIÃO DA CUNHA que 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 por si em julgamento e só disso, não podendo as declarações precedentes ser valoradas como prova dos factos⁵¹.

Parece-nos este entendimento, suportado numa conceção de que as declarações para memória futura são prestadas para que possam *se necessário* ser tomadas em conta em

⁴⁸CRUZ BUCHO, José. *Declarações para memória futura (elementos de estudo)*, Tribunal da Relação de Guimarães, 2012. pág. 172.

⁴⁹Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15.09.2021 (Adelina Barradas de Oliveira). Proc. n.º 20/21.1SXLSB.L1-3.

⁵⁰DÁ MESQUITA, Paulo. *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*. 1ª ed. Coimbra Editora, 2011. pág. 599.

⁵¹DAMIÃO DA CUNHA, José. «O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP)». *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3. 1997. pág. 417.

julgamento (v. artigo 271.º, n.º 1 do Código de Processo Penal), sendo que tal só será necessário quando quem as produziu aí não repetir o seu depoimento e de semelhante modo, numa conceção de que o facto da prestação de declarações para memória futura *não prejudicar a prestação de depoimento em audiência de julgamento* (v. artigo 271.º, n.º 8 do Código de Processo Penal), significa que este, tendo lugar, se sobrepõe às declarações anteriores.

Contudo, parece-nos este entendimento demasiado formalista.

Reconhecemos a intenção por parte de quem o perfilha, em exaltar o princípio da imediação que sempre saíria potenciado com a valoração do depoimento em audiência de julgamento, bem como a intenção de vingar a última vontade da vítima na reformulação do seu depoimento. Contudo, não nos parece suficiente para que o perfilhemos também.

Antes nos parece que a *necessidade* a que se refere o artigo 271.º, n.º 1 do Código de Processo Penal tem a ver com a eventual necessidade daquele acervo probatório para a prova dos factos que constem da acusação - esclarecemos já a multiplicidade de circunstâncias que podem conduzir à inutilização da prova antecipadamente produzida - e não com uma “utilização residual” da prova antecipada, que apenas seria utilizada se novas declarações não fossem prestadas em audiência de julgamento. Também no que toca ao *não prejuízo* da prestação de depoimento em audiência de julgamento a que se refere o artigo 271.º, n.º 8 do Código de Processo Penal, antes nos parece significar apenas e tão só que novas declarações podem ser prestadas, não que inviabilizem as declarações antecipadas.

Para além do mais, parece-nos que a conjugação dos artigos 355.º e 356.º, n.º 2, alínea a) do Código de Processo Penal evidencia, inequivocamente, ser permitida a valoração das declarações para memória futura prestadas nos termos do artigo 271.º do Código de Processo Penal, inexistindo qualquer normativo legal que limite, explícita ou implicitamente a valoração desta prova perante a prestação de declarações em audiência de julgamento da sua fonte. Nem tão pouco nos parece que o espírito do sistema o insinue.

Assim, entendemos que a preclusão da valoração da prova testemunhal antecipadamente prestada, através de declarações para memória futura, pela circunstância de a fonte de prova ter contribuído com novas declarações em audiência de julgamento não tem enquadramento legal, podendo aquelas e estas ser livremente valoradas nos termos do artigo 127.º do Código de Processo Penal. Neste âmbito poderá o julgador decidir livremente pela versão dos depoimentos que acredita mais credível e fidedigna. Na verdade, alguma prática jurisprudencial portuguesa tem vindo a sustentar este entendimento.

Aliás, neste sentido vem a sentença do processo 280/19.8PAPNI que incentivou estas palavras, na qual consta que *“para formar a convicção sobre os factos que deu como provados o Tribunal tomou em consideração as declarações da assistente, que prestou declarações para memória futura e, ainda, depoimento em sede em audiência”*. Também o Tribunal da Relação do Porto aponta como correto a valoração de ambas as declarações, corrigindo o Tribunal *a quo* que *“deveria ter ouvido a assistente sobre os factos em discussão, confrontando-a, se entendesse necessário, com as declarações anteriormente prestadas e, depois, formado a sua convicção, explicitando de modo claro as razões pelas quais credibilizava o depoimento primeiramente prestado em detrimento daquele produzido em julgamento (...)”*⁵².

Esclarecida fica assim a não influência do contributo da vítima ao repetir o seu depoimento em julgamento, na admissibilidade da prova constituída em inquérito.

b. A Recusa de Prestação de Declarações em Audiência de Julgamento

Resta-nos agora entender qual a influência que a recusa de repetição do depoimento em julgamento poderá acarretar para a admissibilidade da prova produzida em inquérito.

Esta questão surge-nos durante o acompanhamento da audiência de julgamento do processo 333/21.2T9PNI referente a um crime de violência doméstica no decurso da qual a vítima fazendo uso do seu estatuto processual de assistente, veio requerer a sua reinquirição (v. artigos 68.º e 145.º, n.º 1 do Código de Processo Penal). Contudo, aí chegada e advertida de que lhe caberia a possibilidade de se recusar a depor ao abrigo do artigo 134.º, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Penal, pois era casada com o arguido, por motivos que não logrou explicar ao Tribunal, declarou desejar fazer uso dessa possibilidade. E assim o fez, não prestando mais declarações.

Perante tal atitude, emerge a questão de saber como conjugar as declarações para memória futura prestadas nos termos do artigo 271.º, o direito à recusa a depor, nos termos do artigo 134.º, n.º 1, alínea b) e ainda a proibição de leitura prevista no artigo 356.º, n.º 6, todos do Código de Processo Penal. E, mais, de saber como essa conjugação poderá influenciar a admissibilidade da prova constituída em inquérito.

⁵²Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22.10.2014 (Maria Manuela Paupério). Proc. n.º 135/13.0GCLMG.P1.

Uma vez que sobre os fundamentos da produção antecipada de prova, nos termos do artigo 271.º do Código de Processo Penal, já escrevemos e já ponderámos, passaremos agora a analisar os fundamentos da possibilidade de recusa a depor que o artigo 134.º do Código de Processo Penal concede a certas testemunhas.

i. A Possibilidade de Recusa a Depor

Em regra, qualquer pessoa que tenha capacidade para ser testemunha tem o dever de testemunhar (v. artigo 131.º, n.º 1 do Código de Processo Penal).

Contudo, assim não o será, em três circunstâncias.

A primeira circunstância, quando existem impedimentos (v. artigo 133.º do Código de Processo Penal): o arguido, o co-arguido, o assistente, a parte civil e o perito não prestam depoimento na qualidade de testemunha.

A segunda circunstância, quando existam em causa factos que constituam segredo profissional, de funcionário ou de Estado. Em relação aos primeiros, é permitida a escusa a depor, em relação aos dois últimos, é mesmo proibida a inquirição da testemunha (v. artigos 135.º, 136.º e 137.º do Código de Processo Penal).

Por fim, a terceira circunstância, quando exista uma legítima recusa a depor. Prevê o artigo 134.º do Código de Processo Penal que *“podem recusar-se a depor como testemunhas: a) Os descendentes, os ascendentes, os irmãos, os afins até ao 2.º grau, os adotantes, os adotados e o cônjuge do arguido; e b) Quem tiver sido cônjuge do arguido ou quem, sendo de outro ou do mesmo sexo, com ele conviver ou tiver convivido em condições análogas às dos cônjuges, relativamente a factos ocorridos durante o casamento ou a coabitação”*.

O fundamento desta possibilidade está certamente na proteção das relações de confiança na família enquanto elemento basilar da vida em sociedade e em evitar o conflito de consciência que resultaria para uma testemunha que fosse obrigada a responder com verdade sobre os factos imputados a um seu familiar próximo.

COSTA ANDRADE defende que a proteção da família é um bem jurídico autónomo que bem merece a tutela que o artigo 134.º do Código de Processo Penal lhe oferece⁵³, sendo que a sua importância é perentoriamente expressa na Constituição da República Portuguesa, no

⁵³ V.g. COSTA ANDRADE, Manuel. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra Editora, 2006. pág. 76.

seu artigo 67.º ao estabelecer que *“a família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros”*. Aliás, veio já o Tribunal Constitucional decidir que a *“importância da família para a sociedade e para a formação da personalidade dos cidadãos supera o interesse da punição dos culpados”*⁵⁴.

Assim, é evidente que o legislador desenhou a solução normativa consagrada no artigo 134.º do Código de Processo Penal sopesando o conflito entre o dever de investigar a existência de um crime e punir os seus agentes e a proteção da família. Seria pois atentatório dos valores familiares constitucionalmente previstos e da dignidade da testemunha, constrangê-la a optar entre prestar depoimento contra um familiar próximo e fazê-lo com verdade (v. artigo 132.º, n.º 1, alínea d) do Código de Processo Penal), contribuindo para a sua condenação e aumentando a vulnerabilidade das relações familiares, ou não o fazendo, incorrer na prática de um crime de falsidade de testemunho (v. artigo 360.º do Código Penal).

Por este motivo escreve ANTÓNIO GAMA que *“através da outorga da faculdade de recusar depoimento aos familiares caminha-se no sentido de garantir que a prova produzida corresponde à verdade representando, nas contas do legislador, prevenção da falsidade de depoimento e menor perseguição penal por falsidade de testemunho”*⁵⁵.

Este normativo legal é para além do mais, um meio de mitigar a hipocrisia que existiria, se disfarçássemos acreditar que um depoimento prestado contra um familiar próximo será sempre tão transparente e autêntico como aquele prestado contra outro qualquer cidadão⁵⁶.

Assim, reconhecemos que o direito de recusa a depor, nos termos do artigo 134.º do Código de Processo Penal, representa uma forte limitação à obtenção da prova, mas reconhecemos também que é justificado pela proteção da família, num processo penal em que a prova não é obtida a todo o custo, especialmente não quando o custo é a amenidade familiar.

Quando o familiar se recusa a depor, inevitavelmente se coarta a descoberta da verdade e se contribui para a impunidade do ilícito. Esta é uma das consequências da ponderação de valores e princípios que resultou na formulação do artigo 134.º do Código de Processo Penal, mas, convém esclarecer, não é o seu fundamento.

⁵⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional de 25.03.2009 (Vitor Gomes). Proc. n.º 154/2009.

⁵⁵ GAMA, António. et al. *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*. 2.ª ed. Almedina, 2019. pág. 120.

⁵⁶ V.g. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15.09.2021 (Adelina Barradas de Oliveira). Proc. n.º 20/21.1SXL.SB.L1-3.

PINTO DE ALBUQUERQUE escreve que “o parente ou afim é o único senhor deste direito e exerce-o a qualquer momento sem qualquer restrição”⁵⁷ e socorrendo-nos de tais palavras, esclarecemos que o deferimento do requerimento para a prestação de declarações para memória futura, de modo algum, impede ou exclui a prerrogativa contemplada no artigo 134.º do Código de Processo Penal, sob pena de nulidade. Esta possibilidade é comunicada à testemunha antes do início da diligência, por ser um direito que o familiar tem *sempre* que possa prestar declarações e não um direito exclusivo da audiência de julgamento.

Sobre este tema terminamos com uma breve reflexão que decorre da prática judiciária que tivemos o privilégio de acompanhar no decorrer do estágio curricular em que se baseia este projeto e que corresponde à perceção de que, apesar da possibilidade de recusa a depor estar à disposição da testemunha em qualquer fase do processo, são escassíssimos os casos de recusa a depor em sede de prestação de declarações para memória futura.

O que compreendemos por duas ordens de razão.

Primeiramente, porque as declarações para memória futura são prestadas, regra geral, em fase de inquérito, a fase processual mais próxima da prática do crime, pelo que, os motivos que levaram a vítima a contactar com o processo penal estão em si mais evidentes, do que estarão em audiência de julgamento. Por sua vez, na fase de julgamento, a testemunha encontra-se mais calma e racional conseguindo com mais certeza ponderar os valores que o artigo 134.º do Código de Processo Penal pretende acautelar e por estes determinar a sua ação.

Depois porque quer o processo penal tenha início por denúncia da própria vítima, quer tenha início porque a notícia do crime chegou ao Ministério Público por qualquer outra via, este só promoverá a prestação de declarações para memória futura, se a vítima se mostrar minimamente colaborante com a descoberta da verdade, motivo pelo qual bem se compreende que a recusa a depor nesta diligência seja diminuta.

ii. A Proibição de Leitura de Depoimento perante a Recusa a Depor

Entendendo já os fundamentos da possibilidade de recusa a depor a que alude o artigo 134.º do Código de Processo Penal, passamos agora para compreender os termos da proibição de leitura prevista no artigo 356.º, n.º 6 do Código de Processo Penal.

⁵⁷ PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4.ª ed. Universidade Católica Editora, 2011. pág. 374.

Estando presente em audiência de julgamento é efetuada a advertência legal à testemunha familiar do arguido de que beneficia da possibilidade de se recusar a depor (v. artigo 134.º, n.º 2 do Código de Processo Penal). Decidindo-se a testemunha por esta prerrogativa aplicar-se-lhe-á o artigo 356.º, n.º 6 do Código de Processo Penal que prevê ser “*proibida, em qualquer caso, a leitura do depoimento prestado em inquérito ou instrução por testemunha que, em audiência, se tenha validamente recusado a depor*”.

Fazendo uso da sabedoria popular, o modo mais simples para explicar a relação entre estes dois normativos é o seguinte: o artigo 356.º, n.º 6 do Código de Processo Penal existe para “não deixar entrar pela janela” aquilo que a testemunha “não quer deixar entrar pela porta” porque o artigo 134.º do Código de Processo Penal lhe atribui essa possibilidade.

O referido normativo legal pretende garantir que as finalidades do artigo 134.º do Código de Processo Penal não sejam contornadas se a testemunha se recusar a depor em audiência de julgamento, através da leitura daquelas que esta havia já prestado em fase anterior. Assim não sendo, desprover-se-ia a decisão da testemunha de efeito útil, colocando-a forçosamente numa situação em que esta decidiu que não queria estar e em que a lei lhe permite não estar.

Escreve DÁ MESQUITA que “*a lei portuguesa, além do enfoque na liberdade de decisão da fonte de prova, consagrou a plena retractilidade relativamente a iniciativas processuais pretéritas e às declarações livremente prestadas*”⁵⁸. É o que nos parece garantir o artigo 356.º, n.º 6 do Código de Processo Penal, em relação à generalidade das declarações prestadas pela testemunha durante as fases processuais anteriores à fase de julgamento, mas será o que pretende este artigo garantir em relação às declarações para memória futura? Veremos *infra*.

iii. A Valoração da Prova perante a Recusa a Depor em Audiência

Afinal será ou não será possível a admissibilidade das declarações para memória futura constituídas em fase de inquérito se a fonte das mesmas se recusar a depor em julgamento?

Uma argumentação possível vai no sentido de se entender que o legislador pretendeu proibir a admissibilidade das simples declarações prestadas pela testemunha, em inquérito ou instrução, nos casos em que esta se recusa a depor em audiência de julgamento, mas não a admissibilidade das declarações prestadas em sede de memória futura, pela maior formalidade e segurança porque estas se pautam.

⁵⁸ DÁ MESQUITA, Paulo. *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*. 1ª ed. Coimbra Editora, 2011. pág. 281.

Esta interpretação está patente, a título de exemplo, na justificação para o indeferimento pelo Juiz de Instrução Criminal de Ponta Delgada, do requerimento do Ministério Público para tomada de declarações para memória futura por considerar que *“este mecanismo não é aconselhável nestes casos (...) pois coarta, a jusante, na fase do julgamento, o direito processual a que alude o artigo 134.º, n.º 1, al. a), do CPP, em que, por regra e mercê do decurso do tempo, a testemunha/vítima/cônjuge se apresenta mais calma, racional e segura da sua vontade em prestar, ou não, declarações”*⁵⁹.

No mesmo sentido, o Ministério Público do Juízo Local Criminal do Seixal entende que o artigo 271.º, n.º 8 do Código de Processo Penal, significa que a declarante pode voltar a prestar depoimento em audiência de julgamento, prestando informações adicionais ou até negando o que anteriormente disse, mas que a “repetição de depoimento” nunca operará com a mera recusa a depor, pelo que esse silêncio *“nunca poderia ser interpretado como forma de “invalidar” as declarações para memória futura já por si prestadas”*⁶⁰.

E ainda o Tribunal da Relação de Lisboa quando decidiu que se a testemunha prestar declarações para memória futura, recusando o direito à recusa a depor de que beneficia *“não pode mais tarde querer exercer em sentido diverso o mesmo direito com efeitos retroativos, pois ele já foi exercido. Já produziu efeitos probatórios: as declarações uma vez prestadas constituem prova a valorar; são prova já constituída não podendo ser excluídas do universo probatório a valorar pelo juiz, por vontade da vítima”*⁶¹.

Contudo, há também quem pugne pela argumentação oposta, nomeadamente PINTO DE ALBUQUERQUE que defende que *“o direito de recusa a depor não pode ser subvertido pela leitura na audiência de julgamento das declarações para memória futura prestadas anteriormente pela testemunha que recusa depor na data da audiência de julgamento”*⁶² ou CRUZ BUCHO quando salvaguarda que a maior ou menor probabilidade de a testemunha vítima se recusar a depor em julgamento *“assim inviabilizando a leitura e consequente valoração das declarações que prestou em inquérito”* não deve ser o critério utilizado pelo

⁵⁹ O Ministério Público interpôs recurso desse despacho, o que resultou no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.01.2012 (Carlos Almeida). Proc. n.º 689/11.5BPDL. No mesmo sentido decidiu o Juiz de Instrução Criminal de Braga, num entendimento exposto no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 12.10.2020 (António Teixeira). Proc. n.º 846/20.3PBBRG.G1.

⁶⁰ Entendimento este que motivou um recuso interposto pelo Ministério Público e que resultou no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15.09.2021 (Adelina Barradas de Oliveira). Proc. n.º 20/21.1SXLBS.L1-3.

⁶¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20.04.2022 (Maria Perquilhas). Proc. n.º 37/21.6SXSLSB.L1.

⁶² PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4.ª ed. Universidade Católica Editora, 2011. pág. 375.

Juiz de Instrução para a admissão ou rejeição do requerimento do Ministério Público para prestação de declarações para memória futura de uma determinada testemunha⁶³.

Também o Tribunal da Relação de Lisboa já decidiu que *“a tomada de declarações para memória futura não pode ser vista como um meio de evitar ou propiciar que a vítima exerça o direito de se recusar a depor porque a vítima tem esse direito a qualquer momento em que tenha de depor ou queira depor, ainda que, sendo apenas ofendida, seja ouvida como testemunha. É o que resulta do disposto no n.º 6 do artigo 356.º do CPP e do artigo 134.º n.º 1 a) e b) CPP”*⁶⁴ e o Tribunal da Relação do Porto quando escreve que *“a recusa em depor não pode ser subvertida pela leitura em audiência de declarações para memória futura”*⁶⁵.

Entre nós, entendemos o seguinte.

É perfeitamente evidente a importância das declarações para memória futura que *“protegem a vítima vulnerável, da influência do arguido, da sujeição a vários interrogatórios, da exposição a audiências sucessivas e a contraditórios por vezes atentatórios da sua dignidade, e ainda, a promover a recolha de prova, no auge dos acontecimentos”*⁶⁶, o que beneficia a vítima mas também o primor da prova. Por esta razão bem compreendemos o entendimento que “salva” a prova das declarações para memória futura e os motivos porque o faz uma vez que, com enorme frequência, estas declarações são fulcrais para a descoberta da verdade ou até a única prova dos factos acusados.

Não obstante, é também evidente a importância do direito de recusa a depor que o artigo 134.º do Código de Processo Penal atribui a certas testemunhas, que resguarda a família como elemento fundamental da sociedade e a proteção que o artigo 356.º, n.º 6 do Código de Processo Penal, indiscutivelmente lhe confere.

Assim, se as declarações para memória futura podem ser valoradas pelo Tribunal porque a sua leitura é permitida em audiência de julgamento (v. artigos 355.º e 356.º, n.º 2, alínea a) do Código de Processo Penal), quando perante uma recusa a depor a sua leitura deixa de ser

⁶³ CRUZ BUCHO, José, *A Recusa de Depoimento de Familiares do Arguido: o Privilégio Familiar em Processo Penal (notas de estudo)*. Tribunal da Relação de Guimarães, 2015. pág. 175.

⁶⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15.09.2021 (Adelina Barradas de Oliveira). Proc. n.º 20/21.1SXLSB.L1-3. No mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.01.2012 (Carlos Almeida). Proc. n.º 689/11.5PBPD.L.

⁶⁵ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22.10.2014 (Maria Manuela Paupério). Proc. n.º 135/13.0GCLMG.P1.

⁶⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15.09.2021 (Adelina Barradas de Oliveira). Proc. n.º 20/21.1SXLSB.L1-3.

permitida porque o artigo 356.º, n.º 6 do Código de Processo Penal, sem margem para dúvidas, assim o dispõe então, por consequência, a sua valoração deixa de ser admissível.

Partilhando do entendimento do Tribunal da Relação de Lisboa, em relação à preclusão da admissibilidade das declarações para memória futura perante a recusa a depor em audiência de julgamento de quem as havia prestado em fase de inquérito, também nós “*compreendemos que possa chocar (...) mas as provas claudicam, podem falhar e não podem ser conseguidas a todo o custo*”⁶⁷. Não podem certamente ser conseguidas a custo da legalidade da prova.

Apesar de sermos sensíveis aos argumentos que pugnam pela descoberta da verdade, não nos parece ser outra a conjugação e interpretação possível das normas em causa, pois que há também outros valores que norteiam o processo penal que não apenas a descoberta da verdade, nomeadamente os valores protegidos pelo artigo 134.º do Código de Processo Penal.

Aliás, neste sentido, vem a sentença do Processo 333/21.2T9PNI que desencadeou estas palavras, na qual consta que “*só a testemunha tem o conhecimento integral de todos os fatores e de todas as circunstâncias da sua vida e, por isso, deve ser a mesma a decidir se o interesse da administração da Justiça é superior à salvaguarda das suas relações familiares ou não. (...) Assim desde que assegurada que a recusa a depor é livre e esclarecida deve ser respeitada a vontade da testemunha que legitimamente se recusou a depor. (...) No caso das declarações para memória futura isso acarreta uma impossibilidade superveniente de valoração das mesmas só assim poderá ser respeitada efetivamente a vontade da testemunha e alcançado o desiderato que com o artigo 134.º do CPP se visou proteger*”.

Assim, em resposta à questão que aqui nos conduziu, esclarecida fica a influência do contributo da vítima em audiência de julgamento, no sentido de se recusar a prestar declarações na admissibilidade da prova constituída em fase de inquérito. Este contributo inibe a admissibilidade da prova, consubstanciando-a numa verdadeira proibição de prova por violação do princípio da imediação, retirando-a do acervo probatório do Tribunal.

Novamente, não desconsiderando que esta solução pode, pelo menos em abstrato, colidir com a descoberta da verdade uma vez que, “consente” com a perda de um contributo probatório já previamente constituído, parece-nos incontestável que tal resulta singelamente das limitações impostas pela lei, as quais sempre teremos de respeitar e mediante as quais sempre se deverá pautar a atuação judicial.

⁶⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15.09.2021 (Adelina Barradas de Oliveira). Proc. n.º 20/21.1SXLSB.L1-3.

E. Declarações para Memória Futura no Crime de Violência Doméstica: Uma Sugestão

Apesar de termos apresentado aquela que entendemos ser esta a solução legal, tal não significa que não sejamos sensíveis às dificuldades que a mesma imputa à descoberta da verdade e à punição do crime. O que se torna ainda mais inquietante para a Justiça e, conseqüentemente para a sociedade, se estivermos perante a impunidade de crimes, cuja punição avoca o interesse público. Razão pela qual entendemos que a referida solução legal, no âmbito do crime de violência doméstica, muito beneficiaria em ser distinta.

Assim, apresentaremos uma solução que consideramos verdadeiramente ponderada e criteriosa para a querela em torno da possibilidade de valoração das declarações para memória futura perante recusa a depor em julgamento da sua fonte, por ora no âmbito do crime de violência doméstica (v. artigo 152.º do Código Penal).

Este foi o âmbito que escolhemos porque nos conduziu às presentes palavras, porque é um âmbito no qual frequentemente se diligencia pela prestação antecipada de prova e, ainda, porque consideramos que a atual solução legal não pondera os aspetos diferenciadores do crime de violência doméstica, como o facto de ser uma violência perpetrada entre sujeitos que partilham as suas vidas e não anónimos e o facto de ser um crime público.

Começamos assim por apontar que longe vão ou, pelo menos, longe deveriam ir, os tempos em que a sociedade se pautava pelo adágio popular “entre marido e mulher não se mete a colher”, razão pela qual, a Lei n.º 7/2000, de 27 de maio operou várias alterações ao crime de violência doméstica (v. artigo 152.º do Código Penal), sendo uma destas alterações a atribuição ao crime de natureza pública.

Esta alteração foi potenciada porque se entendeu necessária uma resposta “*aos problemas suscitados pelo clima de falta de autonomia e de condicionantes económicas, psíquicas e familiares*” que marca este tipo de criminalidade, pois a “*a violência doméstica é um atentado aos direitos humanos*” e “*não é um problema pessoal das pessoas implicadas mas, sim, um problema de segurança pública e logo das autoridades estatais responsáveis pela segurança e salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos*”⁶⁸.

⁶⁸ Exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 21/VIII que viria a dar origem à Lei 7/2000 de 27 de maio.

O crime de violência doméstica tem natureza pública porque o legislador entendeu que afinal as escolhas das vítimas, no que toca à colaboração com o sistema judiciário, nem sempre protegem os seus interesses, nem os interesses de quem as rodeiam, de forma razoável.

Todavia, apesar de o crime ser público, inexistindo uma necessidade legal de intervenção da vítima para que o processo corra os seus trâmites, esta natureza encontra dificuldades na prática judiciária perante o silêncio da vítima, pois facilmente a autoridade judiciária se depara com um “muro de silêncio” que obstará à condenação do arguido uma vez que, a violência doméstica é tipicamente perpetuada no recato do lar. Logrando a vítima a desistência de queixa que a lei não permite (v. artigo 51.º, n.º 1 do Código de Processo Penal).

Perante os inconvenientes deste silêncio para a descoberta da verdade, existe quem defenda que, no âmbito do crime de violência doméstica, o direito de recusa a depor nos termos do artigo 134.º do Código de Processo Penal deveria ser suprimido, o que resultaria na anulação para a vítima do dilema moral de ter que optar entre depor ou não depor. Defende quem pugna por esta alteração que, se depor fosse a obrigação legal da vítima, o arguido já não se sentiria tentado a recorrer a ameaças e pressões para evitar tal depoimento⁶⁹.

Porém, teremos de discordar desta hipótese, uma vez que na prática judiciária seria demasiado crédulo defender que, eliminar o direito de recusa a depor da vítima de violência doméstica implicaria que o agressor se resignasse ao seu destino sem a hostilizar. Mais acreditamos que o sentimento de domínio que estes agentes têm sobre as suas vítimas não lhes permite uma conformação e, sendo caso disso, sempre estaria a vítima sujeita a intimidação e coação impostas pelo seu agressor para não testemunhar com a verdade, independentemente de ser obrigada a fazê-lo. Cremos ser improfícua a subtração deste direito.

Na realidade, apesar da natureza pública do crime de violência doméstica interferir na vontade da vítima quando esta não deseja o procedimento criminal, a vítima sempre pode pugnar pelo prejuízo da descoberta da verdade, através da prerrogativa a que alude o artigo 134.º do Código de Processo Penal, existindo nestes casos “*a realização de um julgamento «a fingir», em virtude do arguido usar do direito ao silêncio e a vítima usar do direito a*

⁶⁹ Neste sentido, VERÍSSIMO, Joana. *A Testemunha-Vítima e o Direito de Recusa de Depoimento, no Código de Processo Penal – Em Especial no Crime de Violência Doméstica*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2013. pág. 72 e VIEIRA, Pedro. *Declarações Para Memória Futura Questões Controvertidas no Ordenamento Jurídico Português*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2020. Pág. 38.

recusar de depoimento”⁷⁰. Mas, não menos “a fingir” seria o julgamento em que a vítima, perante o conflito interno em que se encontra e a intimidação a que é exposta, fosse obrigada a prestar declarações, por não poder usufruir da prerrogativa a que alude o artigo 134.º do Código de Processo Penal, sendo estas declarações falsas. Neste caso, apenas com a distinção de que a lisura e a credibilidade da Justiça sairiam ainda mais prejudicadas.

Reconhecemos o entendimento que defende a supressão da possibilidade de recusa a depor para vítimas de violência doméstica e os fundamentos com que o faz, mas discordamos.

Entre a solução radical que seria coartar por completo o direito à recusa a depor à vítima de violência doméstica, que estamos seguros não lograria os efeitos que se fccionam e a solução legal atualmente vigente, defendemos haver espaço para uma solução intermédia que acautele a proteção da família e a dignidade da vítima, através da possibilidade de recusa a depor, sem que tal implique a inadmissibilidade das declarações para memória futura.

Neste tipo de criminalidade existe um indiscutível desequilíbrio de poder entre o arguido e a vítima, sendo aliás este um dos pressupostos para a aplicação do artigo 152.º do Código Penal⁷¹, razão pela qual, esta será facilmente coagida a não colaborar com as autoridades na perseguição penal do seu agressor. Todavia, foi por nós notado, no decurso do estágio curricular que antecedeu este projeto que, nos momentos após a agressão é frequente que a vítima colabore e preste declarações, exercendo o seu direito ao silêncio apenas em audiência de julgamento, fase em que os efeitos do processo penal já foram mais sentidos.

Por este motivo e uma vez que o poder decisório da vítima está, em muitos casos, toldado pelo trauma dos abusos sofridos e pelo medo de retaliação do agressor, a não resolução do obstáculo que representa o silêncio da vítima em audiência de julgamento para a admissibilidade da prova, contribuirá para a impunidade de um crime que afeta a sociedade e cujo decréscimo é de interesse público.

Dedicámos já largas palavras ao elogio do regime das declarações para memória futura que, para além de proteger a vítima das pressões que prejudicam a sua liberdade de declaração e assim potenciar a qualidade da sua contribuição, minimiza os efeitos traumáticos associados ao contacto repetido com o processo e à exposição a um julgamento público. E esclarecemos que estas declarações são prestadas perante Juiz, com a presença obrigatória do Ministério

⁷⁰ CARDOSO, Cristina. *A Violência Doméstica e as penas acessórias*. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica, Porto, 2012. pág. 28.

⁷¹ V.g. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 03-02-2021 (Graça Santos Silva). Proc. n.º 2426/18.4PSLSB.L1-3.

Público e do defensor do arguido, com respeito pelos princípios nucleares do processo penal, em ambiente de total segurança para todos os intervenientes.

Pelo que foi exposto, parece-nos essencial que a prova recolhida na fase de inquérito, através de declarações para memória futura, possa ser transposta para a fase de julgamento e aí valorada, independentemente do silêncio da vítima, num regime que propomos ser semelhante àquele que vigora em relação ao arguido no artigo 357.º, n.º 1, alínea b) *ex vi* artigo 141.º, n.º 4, alínea b) do Código de Processo Penal⁷².

Assim, tendo por base a letra da lei dos artigos 134.º, n.º 2 e 141.º, n.º 4, alínea b) e 357.º, n.º 1, alínea b), todos do Código de Processo Penal, a solução que propomos porque a consideramos justa, equilibrada e ponderada, consiste em que a advertência feita em sede de prestação de declarações para memória futura, no âmbito de um crime de violência doméstica (v. artigo 271.º do Código de Processo Penal *ex vi* artigo 33.º da Lei 112/09), que no presente momento apenas tem de obedecer ao 134.º, n.º 2 do Código de Processo Penal onde se lê que *“a entidade competente para receber o depoimento adverte, sob pena de nulidade, as pessoas referidas no número anterior da faculdade que lhes assiste de recusarem o depoimento”*, passe a obedecer ao seguinte normativo legal:

A entidade competente para receber o depoimento adverte, sob pena de nulidade, as pessoas referidas no número anterior da faculdade que lhes assiste de recusarem o depoimento, sendo que não exercendo esse direito, as declarações que prestarem poderão ser utilizadas no processo, mesmo que se recusem a prestar declarações em audiência de julgamento, estando sujeitas à livre apreciação da prova.

Se o arguido cuja proteção é, em processo penal, tão intensa, se encontra sujeito ao regime do artigo 357.º, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Penal e nem por isso se consideram violados os seus direitos ao silêncio, à não autoincriminação ou à dignidade humana então, não nos parece coerente considerar que uma testemunha sujeita a semelhante regime visse totalmente esvaziado o seu direito de recusar a depor. Porque o que propomos não significaria que a vítima fique impedida de, em qualquer altura, se recusar a depor. Continuar a poder fazê-lo, inclusive em sede de declarações para memória futura, significaria apenas que o que

⁷² A Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, que procedeu à 20.ª alteração ao Código de Processo Penal, veio instituir que as declarações do arguido, prestadas em fase de inquérito poderiam ser lidas em audiência de julgamento e, consequentemente valoradas, desde que este tenha sido informado de que *“não exercendo o direito ao silêncio as declarações que prestar poderão ser utilizadas no processo, mesmo que seja julgado na ausência, ou não preste declarações em audiência de julgamento, estando sujeitas à livre apreciação da prova”*.

aí escolheu livremente declarar, seria também livremente valorado pelo Tribunal, independentemente da forma como decidiu participar em audiência.

Consta da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 248/X/4ª que esteve na base da Lei n.º 112/2009 que *“o ambiente de violência na família tende a reproduzir-se nas gerações futuras, perpetuando padrões de comportamento incompatíveis com o desígnio de estabelecer uma sociedade cada vez mais justa, assente no respeito da dignidade do ser humano”*. Razão pela qual existe um fortíssimo interesse público na condenação de quem pratica crimes de violência doméstica que, em nosso entender, precisa de ser salvaguardado de forma mais eficaz. Nomeadamente através da solução que agora propomos. Consideramos ser este um equilíbrio que a Justiça merece e que a Sociedade precisa.

CAPÍTULO IV: A RECONSTITUIÇÃO DO FACTO

A. O Fim e o Objeto da Reconstituição do Facto

A reconstituição do facto prevista no artigo 150.º, n.º 1 do Código de Processo Penal consiste “*na 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*”, devendo ser utilizada “*quando houver necessidade de determinar se um facto poderia ter ocorrido de certa forma*”.

Este meio de prova tem como finalidade verificar se um facto poderia ter ocorrido de determinada forma e revela particular interesse nos casos de difícil apreensão do *modus operandi* do agente, motivo pelo qual tem quase sempre lugar na fase de inquérito. Realizada nesta fase, a reconstituição pode auxiliar a prevenir as dificuldades de prova quanto à plausibilidade da tese de acusação⁷³. Nas palavras de PINTO DE ALBUQUERQUE, a reconstituição pretende ser “*encenação de uma versão provável do facto*”⁷⁴.

Assim, contrariamente à generalidade dos demais meios de prova, a reconstituição do facto não tem como finalidade imediata a comprovação de um facto histórico, mas antes a verificação de, se um facto poderia ter ocorrido nas condições em que se afirma ou se supõe a sua ocorrência. Sendo que, será tanto mais credível e com maior capacidade de convencimento probatório quanto mais fiel for das condições em que se afirma ou se supõe ter ocorrido o facto e o modo de realização do mesmo⁷⁵.

O sistema penal português é caracterizado pela livre apreciação da prova pelo que, regra geral, todos os factos são suscetíveis de serem provados por qualquer um dos meios de prova permitidos por lei (v. artigos 125.º e 127.º do Código de Processo Penal). Sendo o facto objeto da reconstituição todo aquele que for abrangido pelo objeto da prova (v. artigo 124.º do Código de Processo Penal) ou seja, todo aquele que for judicialmente relevante para apurar da existência ou não existência de um crime, da punibilidade ou não punibilidade do arguido.

Todavia, não é possível proceder a uma reconstituição sem alguma perceção do que possa ter acontecido, sob pena de a reconstituição não ter objeto (e bem se encaminhar para o registo

⁷³ BALBINO DUARTE, Eurico. Making of – a reconstituição do facto no processo penal português in Prova Criminal e Direito de Defesa. In *Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*. Almedina, 2011. pág. 16.

⁷⁴ PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4.ª ed. Universidade Católica Editora, 2011. pág. 433.

⁷⁵ Neste sentido MILHEIRO, Tiago in GAMA, António. et al. *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*. 2.ª ed. Almedina, 2019. pág. 371.

de uma confissão do arguido), não sendo demasiado óbvio reforçar que reconstituir um facto implicará sempre conhecer, pelo menos em traços gerais, o facto que se pretende reconstituir.

Por isso escreve ANTÓNIO GASPAR que “*a reconstituição não é mais do que uma encenação cujo guião resulta da conjugação de todos os meios de prova existentes*”⁷⁶ e EURICO DUARTE que “*a reconstituição é tipicamente um instrumento a usar já numa fase mais avançada da investigação criminal pois a sua valia será tanto maior quanto mais claras forem as hipóteses a testar e mais definidos forem os pontos onde a dúvida persiste*”⁷⁷.

Nestes termos, se existe prova bastante de que o facto poderia ter ocorrido de outra forma ou de que não poderia mesmo ter ocorrido de determinada forma, o recurso à sua reconstituição será desnecessário e a diligência revela-se inútil, não devendo ser ordenada (v. artigo 130.º do Código de Processo Civil *ex vi* artigo 4.º do Código de Processo Penal).

Uma característica da reconstituição do facto, enquanto meio de prova, é a de que se os seus resultados corroborarem o sentido da investigação porque corroboram as provas e os indícios até então obtidos, tal não garante que o facto tenha acontecido naqueles termos, garante apenas que é plausível que tenha acontecido. Por sua vez, se a reconstituição for perentória em demonstrar a implausibilidade das condições em que se afirma ou se supõe ter ocorrido o facto, então essa tese, com grande probabilidade, ficará afastada, o que significa que este meio de prova acaba por ser mais persuasivo na forma negativa⁷⁸.

Não obstante, convenientemente realizada, a reconstituição do facto permite uma melhor perceção do que a mera palavra escrita ou falada uma vez que sendo acompanhada de uma eventual deslocação ao local, fotografias, exibição dos objetos do crime e encenação das formas de execução, permite uma aproximação à realidade. Na tentativa de explicar a importância persuasiva que tem a reconstituição do facto, sempre poderemos fazer uso da máxima “*uma imagem vale mais que mil palavras*”.

É depois o auto da reconstituição, lavrado como forma a que seja feita fé dos termos em que se desenrolou a diligência (v. artigos 99.º a 101.º do Código de Processo Penal), que

⁷⁶ HENRIQUES GASPAR, António, et al. *Código de Processo Penal Comentado*. 2.ª ed. Almedina. 2016. pág. 583.

⁷⁷ BALBINO DUARTE, Eurico. Making of – a reconstituição do facto no processo penal português in *Prova Criminal e Direito de Defesa*. In *Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*. Almedina, 2011. pág. 18.

⁷⁸ BALBINO DUARTE, Eurico. Making of – a reconstituição do facto no processo penal português in *Prova Criminal e Direito de Defesa*. In *Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*. Almedina, 2011. pág. 20.

materializa a prova pré-constituída e que a torna diretamente transponível para o julgamento (v. artigos 355.º e 356.º, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Penal). Porém, a transposição desta prova constituída em fase de inquérito para fase de julgamento, poderá não ser tão descomplicada e inequívoca, antes suscitando várias questões de melindrosa resolução, às quais *infra* nos dedicaremos.

B. A Participação do Arguido e o Direito à Não Autoincriminação

Na reconstituição do facto, embora não seja imperativo, podem intervir o arguido, o ofendido, as testemunhas e ainda peritos, quando necessários para a avaliação da possibilidade técnica ou científica da ocorrência de determinado facto. Sendo a participação do arguido a mais frequente e, certamente, a que mais questões suscita.

Uma dessas questões consiste em saber se o arguido é compelido a participar na reconstituição. E, em caso afirmativo em que termos. Vejamos.

Estabelece o artigo 32.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa que “*o processo criminal assegura todas as garantias de defesa*”. Sendo esta “defesa” a atuação processual que tem por fim proteger e favorecer o arguido, na qual é feita uma distinção académica entre a defesa pessoal positiva e defesa pessoal negativa⁷⁹. Na defesa positiva o arguido defende-se atuando, ou seja praticando atos processuais, enquanto que na defesa negativa, o arguido recusa-se a contribuir para a prova. Esta recusa pode assumir a forma do “direito ao silêncio” e/ou do “direito à não autoincriminação”.

O direito à não autoincriminação descende da própria estrutura acusatória do sistema penal, sendo extraído de vários normativos legais como os artigos 1.º e 32.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa e artigos 61.º, n.º 1, alínea d) e 343.º, n.º 1 do Código de Processo Penal. Este direito impede que no âmbito do processo penal, seja exigida ao arguido a colaboração na sua própria incriminação, quer através da obrigação de apresentar documentos, quer através da obrigação de prestar declarações - aqui se reconduzindo ao direito ao silêncio. O direito ao silêncio está expressamente previsto no artigo 61.º, n.º 1, alínea d) do Código de Processo Penal e atribui ao arguido o direito a “*não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar*”.

⁷⁹ Neste sentido, MARQUES DA SILVA, Germano. *Direito Processual Penal Português*. Tomo I. 2.ª ed. Universidade Católica Portuguesa, 2017. pág. 75.

Não obstante, o privilégio contra a autoincriminação que inclui naturalmente o direito ao silêncio, não significa que o arguido tenha o privilégio de impedir que seja efetuada prova contra si. No fundo, o “*direito à não autoincriminação significa que o arguido não pode ser coagido a apresentar provas contra si, mas já não que não possa ser meio de prova desde que respeitadas as garantias que a Constituição e a lei estabeleçam em razão da intangibilidade da sua dignidade*”⁸⁰ pelo que, o arguido tem o dever de se sujeitar às diligências de prova especificadas na lei, entre as quais a reconstituição do facto. É o que resulta do artigo 61.º, n.º 1, alínea d) do Código de Processo Penal.

Mas até que ponto vai esta obrigação de sujeição à diligência de prova?

Novamente se impõe uma distinção académica, por ora, entre a participação ativa e a participação passiva, explicando JOÃO PRAIA que a “*participação ativa*”, implicará um comprometimento/empenho na reconstituição, e a “*participação passiva*”, se traduzirá numa mera tolerância, através da presença física no cenário da reconstituição”⁸¹.

Assim, entende a doutrina nacional que o arguido está legalmente obrigado a participar passivamente, por exemplo, comparecendo no local da reconstituição e colocando-se numa determinada posição, podendo ser-lhe imputada a prática de um crime de desobediência nos termos do artigo 348.º, n.º 1, alínea b) do Código Penal, se não o fizer⁸². Mas que, não está obrigado a mais do que isso, não estando obrigado, por exemplo, a contribuir verbalmente, a indicar como acedeu ao local do crime ou a explicar a que distância fez um disparo, o que consubstanciaria uma participação ativa e uma derrogação do direito à não autoincriminação de que o arguido usufrui o que seria uma violência inadmissível para a ordem jurídica.

Sendo proibida a prova sempre que, para criar os pressupostos de facto necessários à reconstituição for utilizado qualquer meio que afete a liberdade de determinação, o consentimento ou a disponibilidade do arguido para a participação na diligência (v. artigos 126.º, n.º 1 e 2, alíneas a), c) e d) do Código de Processo Penal)⁸³.

⁸⁰ Neste sentido, MARQUES DA SILVA, Germano. *Direito Processual Penal Português*. Tomo I. 2.ª ed. Universidade Católica Portuguesa, 2017. pág. 78 e Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 06.06.2017 (João Gomes de Sousa). Proc. n.º 22/98.0GBVRS.E2.

⁸¹ CRUZ PRAIA, João. *Proibições de prova em processo penal: algumas particularidades no âmbito da prova por reconhecimento e da reconstituição do facto*. Julgar online. 2019. pág. 40.

⁸² Não se olvida que a participação passiva do arguido é um espaço de “compressão” do seu direito à não autoincriminação, acontece que esta é uma “compreensão” aceitável, uma vez que este direito não é absoluto e, nestes termos, não vê afetado o seu “núcleo duro”, tal como reconhecido pelo Acórdão do Tribunal Constitucional de 17.07.2013 (João Cura Mariano). Proc. n.º 340/2013.

⁸³ Neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05.01.2005 (Henriques Gaspar). Proc. n.º 04P3276.

No mesmo sentido, EURICO DUARTE defende que “o arguido pode ser forçado a comparecer nesta diligência e até mesmo a participar de uma forma passiva, sob pena de incorrer em desobediência, mas já não a colaborar ativamente”⁸⁴, SANTOS CABRAL que “merece inteiro acolhimento o entendimento de que o arguido pode ser forçado a comparecer a esta diligência e até mesmo a participar de uma forma passiva (...) mas já não a colaborar ativamente”⁸⁵ e ainda TIAGO MILHEIRO que “é admissível uma sujeição a atos de reconstituição quando não contêm comportamentos ativos com o sentido de assumir factos conducentes à sua responsabilização”⁸⁶.

Terminando, esclarecemos que a participação do arguido, nem sempre tem de decorrer num plano da “obrigatoriedade”, pois nada impede que o próprio requeira a reconstituição para demonstrar que os factos não poderiam ter ocorrido na forma como lhe são imputados e assim provar a sua inocência, fazendo uso de uma “defesa pessoal positiva”⁸⁷. Ou ainda que, não a requerendo, e sendo para tal convocado, aí decida participar ativamente, uma vez que desde que essa seja a sua vontade livre e esclarecida, está na sua inteira disponibilidade⁸⁸.

C. A Qualificação das Declarações do Arguido Durante a Reconstituição Do Facto

EURICO DUARTE explica que bem se compreende não ser a execução da reconstituição do facto vinculada “por não ser aprioristicamente possível determinar todo o universo de hipóteses (tendencialmente infinito) suscetíveis de serem reconstituídas cada qual com as suas exigências e problemas, incompatíveis com um sistema de resposta rígido”⁸⁹.

⁸⁴ BALBINO DUARTE, Eurico. Making of – a reconstituição do facto no processo penal português in Prova Criminal e Direito de Defesa. In *Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*. Almedina, 2011. pág. 46.

⁸⁵ SANTOS CABRAL, José in HENRIQUES GASPAR, António, et al. *Código de Processo Penal Comentado*. 2.^a ed. Almedina. 2016. pág. 585

⁸⁶ MILHEIRO, Tiago in GAMA, António. et al. *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*. 2.^a ed. Almedina, 2019. pág. 378.

⁸⁷ Neste sentido MILHEIRO, Tiago in GAMA, António. et al. *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*. 2.^a ed. Almedina, 2019. pág. 377.

⁸⁸ Tal como aponta COSTA ANDRADE, Manuel, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra Editora, 2006. pág. 121, o que “está fundamentalmente em jogo (com o princípio nemo tenetur se ipsum accusare) é garantir que qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre. Na liberdade de declaração espelha-se, assim, o estatuto do arguido como autêntico sujeito processual”.

⁸⁹ BALBINO DUARTE, Eurico. Making of – a reconstituição do facto no processo penal português in Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal. Almedina, 2011. pág. 51.

Assim o sendo, na reconstituição podem intervir todos, nenhuns ou alguns sujeitos processuais, entre os quais o arguido, que pode participar nas mais diversas formas, nomeadamente através de contributos verbais. Esta ideia é pacificamente aceite por todos. Não obstante, optando o arguido por contribuir verbalmente, são transpostas para a fase de julgamento algumas querelas de árdua solução. Vejamos.

Quando o arguido participa na reconstituição de facto e aí não presta qualquer declaração é por todos aceite que a prova pré-constituída se inclui na permissão de leitura a que alude o artigo 356.º, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Penal. Aliás, GERMANO MARQUES DA SILVA aponta como paradigma de “*um auto de instrução ou inquérito que não contenha declarações do arguido, do assistente, das partes civis ou de testemunhas*” precisamente o auto de reconstituição nos termos do artigo 150.º do Código de Processo Penal⁹⁰.

Contudo, a certeza pela inclusão da prova na permissão de leitura a que alude o artigo 356.º, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Penal, não beneficia da mesma unanimidade quando o arguido nela presta declarações, o que suscita questões de admissibilidade.

a. O Processo 132/15.0GAPNI

No âmbito do estágio curricular que deu base a este projeto, usufruímos da oportunidade de acompanhar os atos de inquérito do Processo 132/15.0GAPNI que visaram investigar a autoria da prática de um crime de furto qualificado (v. artigos 203.º, n.º 1 e 204.º, n.º 2, alínea e) *ex vi* artigo 202.º, alíneas d) e e) do Código Penal).

O arguido foi interrogado, nos termos do artigo 144.º, n.º 2 do Código de Processo Penal e confessou a prática do crime. De seguida, foi ordenada pelo Ministério Público, a realização de uma reconstituição do facto com o objetivo de aferir as “*condições em que se afirma (...) ter ocorrido o facto*” (v. artigo 150.º do Código de Processo Penal).

No decorrer da reconstituição que teve lugar no local do crime, mais concretamente, num estabelecimento comercial onde havia sido perpetrado o furto de uma máquina de tabaco, o arguido, livre e espontaneamente, descreveu com pormenor e, unicamente, através de contributos verbais, a forma como perpetrou o crime em investigação.

⁹⁰ MARQUES DA SILVA, Germano. *Direito Processual Penal Português*. Tomo III. Universidade Católica Portuguesa, 2014. pág. 242.

A reconstituição foi reduzida a escrito, o auto foi lido em voz alta, ratificado e assinado pelo arguido, assim ficando a reconstituição materializada como prova pré-constituída, que se tornou transponível para a fase de julgamento e, em princípio, livremente valorável nos termos do artigo 127.º do Código de Processo Penal.

Porém, da audiência de julgamento resultou a absolvição do arguido pela prática do crime de que vinha acusado tendo o Tribunal decidido, em relação à prova pré-constituída, que *“no que concerne aos autos de reconstituição juntos aos autos, considerando que os mesmos foram elaborados apenas e tão somente com fundamento nas declarações do arguido e dado que este não prestou quaisquer declarações em audiência, temos que não podem os mesmos valer como meio de prova válida (...) salvo o devido respeito por entendimento diverso, o auto de reconstituição reconduziu-se na prática a meras declarações do arguido ilustradas por fotografias, prestadas em sede de inquérito, e nessa medida são legalmente inadmissíveis e constituem prova nula nos termos dos artigos 125.º e 357.º do CPP”*.

O acompanhamento deste processo e a prolação da sua decisão final suscitaram-nos as questões: o contributo do arguido para a reconstituição do facto, no inquérito, pode influenciar a sua admissibilidade? E o seu contributo, em julgamento, também tem esta capacidade?

A resposta às questões que se impõem estará desde logo dependente da qualificação dos contributos verbais do arguido, em sede de reconstituição. Qualificação esta que está longe de ser consentânea.

Assim, naturalmente, o que primeiro haverá a fazer é estabelecer com certeza e clareza qual a qualidade dos contributos verbais prestados pelo arguido no decurso da reconstituição do facto. Nomeadamente, definir se estes contributos constituem verdadeiras “declarações de arguido” tal como definidas pelos artigos 140.º e seguintes do Código de Processo Penal e nesse caso, estarão sujeitas aos condicionalismos do disposto no 357.º do Código de Processo Penal, se constituem uma outra qualquer realidade declarativa ou se, de outro modo, são parte integrante da diligência de reconstituição do facto, não logrando autonomia em relação a esta e estando totalmente incluídas na possibilidade que prevê o artigo 356.º, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Penal. Vejamos.

b. Declarações no âmbito do artigo 140.º do Código de Processo Penal

Enquanto as declarações dos assistentes, das partes civis e das testemunhas têm a natureza única de meio de prova, as declarações do arguido revestem uma dupla natureza de meio de prova e de meio de defesa e, assim sendo, cabe a este proferi-las, como for para si mais benéfico, prestando declarações ou não prestando declarações, como melhor o entender (v. artigo 61.º, n.º 1, alínea c) do Código de Processo Penal).

Optando o arguido por prestar declarações, existem diversos momentos em que pode fazê-lo. Pode fazê-lo, ao ser interrogado no âmbito dos artigos 141.º e 143.º do Código de Processo Penal. Pode fazê-lo durante todo o inquérito e durante toda a instrução, quer se encontre preso, quer se encontre em liberdade, quando o Ministério Público e o Juiz de Instrução entenderem por adequado proceder ao seu interrogatório (v. artigo 144.º, n.º 1 do Código de Processo Penal). Pode ainda fazê-lo na fase de julgamento, sendo aliás precisamente com as declarações do arguido que se inicia a audiência (v. artigo 341.º, alínea a) do Código de Processo Penal). Mas poderá fazê-lo no decurso da reconstituição do facto?

Uma das correntes que se debruça sobre o estudo deste tema, entende que só os atos materiais praticados na reconstituição são atendíveis para a formação da convicção do Tribunal, mas que o mesmo não se verifica com as declarações verbais proferidas pelo arguido, as quais só poderão ser valoradas se forem submetidas aos requisitos impostos pelo artigo 357.º, n.º 1 do Código de Processo Penal, pois são entendidas como “declarações de arguido” nos termos dos artigos 140.º e seguintes do Código de Processo Penal.

Decidiu já o Supremo Tribunal de Justiça, aderindo a este entendimento que é imperativa a distinção entre o que é *“a mera reconstituição dos factos - cuja legitimidade processual e valor probatório não se põem, obviamente, em causa - das declarações do arguido, estas sempre sujeitas ao regime específico de valoração previsto no Código de Processo Penal, ainda que produzidas a pretexto e ou em simultâneo com aquela”*⁹¹.

Adere também a esta corrente PINTO DE ALBUQUERQUE, defendendo que quer os atos materiais praticados na reconstituição, quer as declarações do arguido aí prestadas são válidas, integrando apenas diferentes meios de prova e portanto diferentes regimes de valoração, pois os primeiros reconduzem-se ao artigo 150.º e as segundas ao artigo 140.º, ambos do Código

⁹¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03.10.2002 (Pereira Madeira). Proc. n.º 02P2804.

de Processo Penal. Por isso entende o autor que “*o auto da diligencia só pode ser aproveitado em julgamento desde que não haja registo de declarações do arguido*”⁹².

Este entendimento é justificado pela intenção de pôr cobro a situações de violação do direito ao silêncio do arguido, em que se aproveitaria o registo da reconstituição do facto para que as suas declarações fossem valoradas pelo Tribunal “a todo o custo”. Quem perfilha este entendimento garante que só desta forma se assegura a defesa do arguido, nos termos em que o artigo 32.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa o ambiciona, bem como o cumprimento dos princípios do contraditório e da imediação. Considerando inconstitucional, por violação destes, a valoração das declarações do arguido, juntamente e nos mesmos termos da valoração dos restantes contributos materiais prestados no decurso da reconstituição.

c. Declarações no âmbito do artigo 150.º do Código de Processo Penal

A outra corrente que se debruça sobre o estudo deste tema, entende que os esclarecimentos verbais do arguido que contribuíram para a reconstituição do facto se integram e se diluem nos próprios termos desta, confundindo-se nos seus resultados. Assim, pugna este entendimento para que as declarações do arguido, em sede de reconstituição, sejam livremente admitidas por via do artigo 356.º, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Penal.

EURICO DUARTE define esta corrente como aquela que “*olha para as declarações que o arguido produz durante a reconstituição como parte integrante e incindível daquela não se autonomizando e não valendo portanto enquanto tal (...)*”⁹³.

Neste sentido, alerta-nos TIAGO MILHEIRO que “*principalmente a partir do “caso Joana” passou a entender-se nos tribunais superiores que as reconstituições em que intervém o arguido constituem prova perfeitamente autónoma e cindível das declarações deste que pode e deve ser valorada, nos termos do art. 127.º do CPP*”⁹⁴, defendendo, por ora, em diferente escrito, que “*as declarações prestadas no âmbito da reconstituição ficam “encastradas” naquele meio de prova, sendo distintas de depoimentos de arguido. São realidades diferenciáveis já que toda e quaisquer declarações prestadas no âmbito de uma*

⁹² PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4.ª ed. Universidade Católica Editora, 2011. pág. 433.

⁹³ BALBINO DUARTE, Eurico. *Making of – a reconstituição do facto no processo penal português in Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*. Almedina, 2011. pág. 54.

⁹⁴ MILHEIRO, Tiago. *Breve excuroso pela prova penal na jurisprudência nacional*. Revista Julgar, n.º 18. 2012. pág. 51.

reconstituição têm como escopo a reprodução tão fiel quanto possível das condições em que afirma ou se supõe ter ocorrido o facto e na repetição do modo de realização do mesmo”⁹⁵.

O Supremo Tribunal de Justiça também já se pronunciou neste sentido, decidindo que “as declarações que tenham possibilitado ou contribuído para recriar as condições em que se supõe ter acontecido o facto, diluem-se nos próprios termos da reconstituição, confundindo-se dos seus resultados e no modo como o meio de prova for processualmente adquirido”⁹⁶ e que “a verbalização que suporta o ato 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”⁹⁷.

De igual modo, o Tribunal da Relação do Porto discorreu que “a reconstituição do facto, feita com base em declarações do arguido, vai muito para além dessas declarações, pois integra ainda gestos e atitudes, constituindo um todo que assim se diferencia e autonomiza das simples declarações, (...) há aqui uma realidade nova que está para além das meras declarações e que, sustentando-se embora também nestas, configura algo de muito distinto, algo que não é apenas o somatório das declarações do arguido e dos gestos que desenvolveu, não podendo ser decomposto nessas declarações e nestes gestos”⁹⁸.

Esta orientação é justificada pelo entendimento de que a reconstituição do facto é um meio de prova típico (v. artigo 150.º do Código de Processo Penal) ao qual o legislador pretendeu expressamente atribuir autonomia, motivo pelo qual lhe dedicou um capítulo próprio, não o confundindo com os restantes meios de prova, entre os quais as declarações de arguido previstas no artigo 140.º do Código de Processo Penal. Pugna esta orientação por ser contrário à lei atribuir aos contributos verbais do arguido durante a reconstituição o “estatuto” de um outro meio de prova, também ele autónomo, como as declarações do arguido.

D. As Declarações do Arguido durante a Reconstituição: uma Posição Crítica

A reconstituição do facto é um meio de prova particularmente delicado, uma vez que o arguido não está apenas a permitir que se adquira prova, como acontece por exemplo, nas apreensões (v. artigo 178.º Código de Processo Penal), mas está a contribuir para a sua recolha.

⁹⁵ MILHEIRO, Tiago in GAMA, António. et al. *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*. 2.ª ed. Almedina, 2019. pág. 370.

⁹⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05.01.2005 (Henriques Gaspar). Proc. n.º 04P3276.

⁹⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20.04.2006 (Henriques da Costa). Proc. n.º 06P363.

⁹⁸ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12.12.2007 (Manuel Braz). Proc. n.º 0714692.

Por ser ténue a linha que separa a colaboração do arguido e o seu direito à não autoincriminação, a ponderação sobre a admissibilidade desta prova impõe a máxima cautela. Motivo pelo qual não consideramos a qualificação dos contributos verbais do arguido durante a reconstituição tão singela como afirmar que todos estes contributos se reconduzem ao âmbito do artigo 150.º do Código de Processo Penal ou ao âmbito dos artigos 140.º e seguintes do Código de Processo Penal.

No nosso entender, a qualificação dos contributos verbais do arguido dependerá do escopo no âmbito do qual forem emitidos. Em prol de tal entendimento temos sempre de aferir qual é afinal o escopo da reconstituição do facto⁹⁹.

Ressalva-se que, no que toca a entender se o substrato da reconstituição corresponde materialmente a uma “reconstituição do facto”, não é o mais relevante o nome que se lhe atribui, mas sim o seu conteúdo. Por vezes denominam-se como “autos de reconhecimento externo”, “diligência externa” ou “reconhecimento do local” verdadeiras reconstituições do facto, que apesar da incorreta denominação, correspondem materialmente àquele meio de prova e não deixam de o ser, tal como em sentido oposto, por vezes intitulam-se de “reconstituição do facto” diligências que, na verdade nada mais são do que uma tomada de declarações do arguido no local do crime.

a. As Declarações do Arguido Dentro do Escopo da Reconstituição

Assim, concluindo-se que a realidade que consta dos autos corresponde a uma verdadeira reconstituição do facto nos termos do artigo 150.º do Código de Processo Penal é o nosso entendimento que a prova terá de ser apreciada no seu todo, não sendo possível segmentar o seu regime, isolando os vários elementos probatórios que a constituem.

Nas palavras de TIAGO MILHEIRO se assim não for “*valora-se as árvores e não a floresta, não logrando o potencial probatório de uma reconstituição, reduzindo-a a outros meios de prova*”¹⁰⁰. Se o fizéssemos, ao invés de reconhecermos a autonomia da reconstituição do facto, antes compactuaríamos com a repartição deste meio de prova em

⁹⁹ Neste sentido, MILHEIRO, Tiago. *Breve excuro pela prova penal na jurisprudência nacional*. Revista Julgar, n.º 18. 2012. pág. 52. e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13.06.2012 (Carlos Vieira). Proc. n.º 1222/11.4JAPRT.P1.

¹⁰⁰ MILHEIRO, Tiago in GAMA, António. et al. *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*. 2.ª ed. Almedina, 2019. pág. 370.

vários outros meios de prova, todos autónomos e independentes entre si, fragmentando o seu regime processual. Não nos parece que a lei o permita ou sequer que o pretenda.

Mas em que circunstância a realidade dos autos corresponde a uma verdadeira reconstituição? Quando se restringe à finalidade para a qual foi concebida: “*determinar se um facto poderia ter ocorrido de certa forma*” (v. artigo 150.º do Código de Processo Penal).

Sendo que é precisamente o somatório das verbalizações do arguido, dos seus gestos e movimentos que poderá ser apto a determinar se um facto poderia ter ocorrido de certa forma, e não apenas um ou outro contributo individualmente considerado. Não podemos cair na tentação de reduzir uma reconstituição a “declarações do arguido”, só porque estas existem, num excesso de zelo pelas garantias processuais do arguido - estas declarações existem, estão documentadas e serviram para reconstituir o facto, a lei não o proíbe nem o condiciona¹⁰¹.

A reconstituição do facto é um meio de prova de execução não vinculada, razão pela qual temos de admitir que a integrem diferentes tipos de contributos¹⁰². Se fosse a intenção do legislador que os contributos verbais do arguido fossem excluídos do âmbito da reconstituição, certamente o teria previsto, mas não o fez, não nos cabendo a nós ficcioná-lo.

Se um auto de reconstituição, para além dos contributos verbais do arguido, conta com gestos e movimentos e nenhum elemento existe que permita comprovar que foi usado um meio fraudulento ou enganoso para lograr que fossem tomadas declarações que de outra forma não se conseguiriam obter, então a reconstituição tem de ser valorada como tal e valorada com todos os contributos que dela fazem parte. Não é razoável nem sequer exequível isolar as declarações do arguido da própria dinâmica do ato.

Reconhecemos a intenção de proteção pelas garantias do arguido em defender que apenas os seus gestos e movimentos podem ser valorados nos termos e para os efeitos do artigo 150.º do Código de Processo Penal. Mas o que esta teoria vislumbra afinal é desconstruir a

¹⁰¹ Neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 01.04.2009 (Fernando Ventura). Proc. n.º 91/04.5PBCTB.C1 quando decide que “*a reconstituição pode contar com verbalizações do arguido sem que, contudo, essas assumam outra feição do que explicação dos factos e sejam transmutadas em prova por declarações*” o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14.06.2006 (Silva Flor). Proc. n.º 06P1574 quando decidiu que “*a circunstância de o arguido ter participado na reconstituição dos factos não tem o efeito de fazer corresponder esse ato a declarações suas*”.

¹⁰² A este propósito o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 06.06.2017 (João Gomes de Sousa). Proc. n.º 22/98.0GBVRS.E2 esclareceu que “*não há reconstituição sem linguagem, assim como não há processo sem linguagem. E exigir que a reconstituição feita exclusivamente por arguidos não tenha “declarações” é exigir que as reconstituições sejam mudas, despidas da linguagem, característica essencial da humanidade. Uma reconstituição com arguidos contém, necessariamente, “declarações” dos mesmos na medida em que têm que verbalizar o conhecimento que tiveram do facto ocorrido para que o mesmo seja “reconstituído*”.

reconstituição em fragmentos para que daí se consigam subtrair as declarações do arguido, valorando-se apenas o resto, quando claro está que é a integração de todas as contribuições do arguido que permitem, em concreto, o resultado do meio de prova¹⁰³.

Deixemos ainda a importante ressalva de que definir toda a contribuição verbal do arguido como verdadeiras declarações, nos termos do artigo 140.º do Código de Processo Penal, sujeita a admissibilidade da prova às exigências do artigo 357.º do Código de Processo Penal, o que a condiciona significativamente. Isto seria colocar no domínio do arguido a possibilidade de, a qualquer momento, inviabilizar a admissibilidade deste meio de prova, apenas para este contribuindo verbalmente. Poderia assim o arguido inutilizar a reconstituição a seu bel-prazer, manipulando a investigação criminal e possivelmente a decisão final.

Nestes termos, subscrevemos na íntegra as doutras palavras do Tribunal da Relação de Évora quando equaciona: *“ou seja, uma prova que é autónoma e pré-constituída no processo é riscada dos autos de uma penada por vontade do arguido. Isto significa a criação de um novo direito dos arguidos: sempre que uma reconstituição seja incómoda o arguido pode neutralizá-la com efeitos retroativos. Não se trata de privilégio contra a auto incriminação, trata-se do privilégio de decretar a inutilidade de prova incómoda já constante dos autos*¹⁰⁴.

b. As Declarações do Arguido Fora do Escopo da Reconstituição

No outro polo desta consideração, poderemos ter de concluir que a realidade que consta nos autos não corresponde verdadeiramente a uma reconstituição do facto nos termos do artigo 150.º do Código de Processo Penal, pelo que as declarações aí prestadas pelo arguido não são passíveis de contribuir para o seu fim. Nesta circunstância, a ponderação inerente à qualificação dos contributos verbais do arguido terá de ser necessariamente diferente.

Bem identificamos a dificuldade em delimitar a fronteira entre o que são declarações que integram a reconstituição do facto e nela se confundem, das restantes realidades declarativas que não contribuem para o seu fim. Porém, o que temos por certo é que as duas realidades não se podem confundir: ora estamos perante uma reconstituição, nos termos do artigo 150.º do Código de Processo Penal e daí serão extraídos todos os efeitos emergentes da sua autonomia como meio de prova, ora estamos perante algum tipo de declarações do arguido que foram

¹⁰³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05.01.2005 (Henriques Gaspar). Proc. n.º 04P3276..

¹⁰⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 06.06.2017 (João Gomes de Sousa). Proc. n.º 22/98.0GBVRS.E2.

mascaradas numa alegada reconstituição do facto que não o é, o que nos coloca “*perante uma verdadeira fraude à lei, violadora do princípio da lealdade processual*”¹⁰⁵.

Se numa “reconstituição do facto” o arguido declara em que termos praticou o crime, em que local estava, que utensílios utilizou e como atuou e *apenas* estes contributos verbais constam do auto então, naturalmente, não se ultrapassaram os limites das suas declarações e são estas o que realmente existe. Independentemente da classificação técnico-jurídica que lhes atribuíamos, estas declarações constituem apenas e tão só, uma descrição confessória do arguido à qual os órgãos de polícia criminal e, porventura, as autoridades judiciais assistem passivamente. Esta confissão não deixa de o ser, por ser prestada no local do crime, em vez de nas instalações dos Órgãos de Polícia Criminal ou do Ministério Público.

Em concordância, o Supremo Tribunal de Justiça defende que “*a circunstância da confissão de factos ter alegadamente ocorrido durante uma deslocação externa do arguido, nomeadamente, aos pretensos locais do crime, em nada altera a natureza dessas declarações (...) aliás, a não ser assim, teríamos encontrado o meio perfeito de defraudar a lei (...) com todas as consequências que isso importa, pois bastava que ao auto se desse um nome distinto, ainda que de conteúdo ou substância equivalente a um auto de declarações*”¹⁰⁶.

A reconstituição do facto é o meio de prova através do qual se testa a plausibilidade de uma hipótese factual em prol da sua confirmação ou refutação. Ora, não nos parece que os seus desígnios sejam cumpridos mediante a mera prestação de esclarecimentos verbais pelo arguido que por mais pormenorizados que sejam, só por si e desacompanhados de outros atos, não permitem testar a plausibilidade do seu conteúdo. Certamente não mais do que permitiriam se fossem prestados em sede de interrogatório, no âmbito do qual, o arguido poderá, pelo menos, usufruir de todas as garantias processuais que o legislador decidiu atribuir especificamente a este efeito (v. artigos 140.º e seguintes do Código de Processo Penal).

Escreve JOÃO PRAIA que “*nada obsta a que o arguido, de livre vontade (...) num exercício voluntário de autodeterminação processual, norteados pelas motivações cuja pertinência só a ele cabe aquilatar, coopere na investigação e contribua, com declarações verbais, para aquisições probatórias que porventura extravasam o objeto/fim típico da reconstituição*”¹⁰⁷. Concordamos que nada impede que o arguido o faça. Não concordamos é

¹⁰⁵ MILHEIRO, Tiago in GAMA, António. et al. *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*. 2.ª ed. Almedina, 2019. pág. 370.

¹⁰⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03.10.2002 (Pereira Madeira). Proc. n.º 02P2804.

¹⁰⁷ CRUZ PRAIA, João. *Proibições de prova em processo penal: algumas particularidades no âmbito da prova por reconhecimento e da reconstituição do facto*. Julgar online. Lisboa. 2019. pág. 35.

que seja virtuoso legitimar este tipo de contributos do arguido prestados durante a reconstituição do facto, mas fora do seu escopo. Estaríamos a perpecionar arditamente a vontade do arguido em prestar estas declarações como uma *mea culpa* deste, desconsiderando o regime legal da reconstituição do facto e os fins para o quais foi positivado.

i. A Classificação das Declarações do Arguido fora do Escopo da Reconstituição

Delimitados que estão os contributos verbais que se inserem no escopo da reconstituição do facto e nesta se integram, resta-nos agora entender qual a qualidade dos contributos verbais do arguido que ficam fora deste escopo.

A maior parte da doutrina e da jurisprudência¹⁰⁸ defende que os contributos prestados paralelamente com a reconstituição do facto, uma vez que não integram o seu fim, são declarações do arguido, nos termos do artigo 140.º e seguintes do Código de Processo Penal.

Podemos apontar EURICO DUARTE ao referir que quando o âmbito da reconstituição é apenas a obtenção de declarações confessórias, estas não se traduzem numa verdadeira reconstituição do facto “*reconduzindo-se ao regime das declarações de arguido nos termos dos artigos 140.º CPP*”¹⁰⁹, JOÃO PRAIA que escreve que “*os contributos que o arguido presta em paralelo com a reconstituição, mas que caem fora do objeto/fim desta preservam a sua natureza originária de “declarações do arguido” enquanto meio de prova tipificado nos arts. 140.º e ss. do CPP*”¹¹⁰ ou ainda SANDRA OLIVEIRA que afirma que à “*diligência de “encenação de declarações” (...), não poderá ser atribuído valor como meio de prova distinto das declarações do arguido que a compõem — ainda que surja encoberta ou disfarçada sob o epíteto de uma «reconstituição do facto» encontrando-se sujeita aos limites plasmados nos artigos 356.º e 357.º para a leitura e valoração de tais declarações*”¹¹¹.

¹⁰⁸ Nomeadamente, o Acórdão do Juízo Central Cível de Leiria. Proc.132/15.0GAPNI, que fundamentou a questão sobre a qual agora discorremos e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03.10.2002, (Pereira Madeira). Proc. n.º 02P2804.

¹⁰⁹ BALBINO DUARTE, Eurico. Making of – a reconstituição do facto no processo penal português in Prova Criminal e Direito de Defesa. In *Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*. Almedina, 2011. pág. 64.

¹¹⁰ CRUZ PRAIA, João. *Proibições de prova em processo penal: algumas particularidades no âmbito da prova por reconhecimento e da reconstituição do facto*. Julgar online. Lisboa. 2019. pág. 36.

¹¹¹ OLIVEIRA, Sandra. *O Arguido como Meio de Prova contra si Mesmo*. Almedina. 2019. pág. 22.

O entendimento destes autores vai, indubitavelmente, no sentido de proteger o acervo probatório cognoscível pelo Tribunal. Da nossa parte, temos um entendimento distinto.

Nos casos em que as declarações do arguido extravasam o fim da reconstituição do facto entendemos existir um recurso abusivo e fraudulento a este meio de prova, que na realidade visa apenas a obtenção de declarações do arguido, sendo desleal que o faça no pretexto de uma reconstituição do facto, que não o é, nem o pretendeu ser, pois o seu escopo nunca foi experimentar a plausibilidade do que se afirma ou supõe ter acontecido, mas apenas registá-lo em auto para que, arditamente, possa ser levado à consideração do Tribunal.

Em bom rigor, *“documenta-se a confissão para ser usada em julgamento, dela se retiram as devidas ilações autoincriminatórias e o valor deste meio de prova até sai reforçado pelo realismo que transmite! (...) tudo em nome de uma eficácia a qualquer preço, que não se compadece com o respeito pelas mais elementares garantias de defesa do arguido”*¹¹².

Por este motivo, consideramos igualmente abusivo e fraudulento atribuir aos contributos verbais nestas condições, afinal de contas, a qualidade de “declarações do arguido”, nos termos dos artigos 140.º e seguintes do Código de Processo Penal.

Estas declarações bem deveriam ter sido incorporadas nos autos dessa forma, mas não o foram e não podemos, astuciosamente, admitir que o sejam *à posteriori*, sob pena de compactuarmos com uma verdadeira fraude à lei. Admiti-lo parece-nos desde logo violador do princípio do processo justo que se traduz numa *“maneira de ser da investigação e obtenção das provas em conformidade com o respeito dos direitos da pessoas e a dignidade da justiça (...) com uma postura compatível com o nosso sistema constitucional democrático”*¹¹³.

O princípio do processo justo é uma decorrência da estrutura acusatória do processo penal português que impõe que o arguido possa confiar no rigor e na regularidade dos procedimentos processuais a que está sujeito. Ora, não nos parece que o arguido tenha bons motivos para confiar no rigor e na regularidade de um meio de prova (reconstituição do facto) que, na verdade, dissimuladamente, pretende a recolha de um outro meio de prova (declarações do arguido). Pesa ainda o facto de a reconstituição ser indubitavelmente um meio de prova e não um meio de obtenção de prova (v. título II “meios de prova” do Código de Processo Penal).

¹¹² BALBINO DUARTE, Eurico. Making of – a reconstituição do facto no processo penal português in Prova Criminal e Direito de Defesa. In *Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*. Almedina, 2011. pág. 63.

¹¹³ MARQUES DA SILVA, Germano. *Curso de Processo Penal*. Tomo II. 5.ª ed. Verbo. 2011. pág. 80.

Também o Tribunal da Relação de Coimbra vem apontar que *“defender que o aproveitamento em audiência de julgamento de um auto de reconstituição de facto em que o arguido preste declarações obedeça à regra do art. 357.º, n.º 2 do Código de Processo Penal, não atende ao facto da reconstituição de facto ser um meio de prova autónomo, colocado no Código de Processo Penal ao lado de outros meios de prova, como a prova testemunhal, as declarações do arguido ou a prova documental”*¹¹⁴.

COSTA ANDRADE escreve que *“o arguido não pode ser fraudulentamente induzido a contribuir para a sua condenação (...) ou a oferecer meios de prova contra a sua defesa”*¹¹⁵. Declarações do arguido, obtidas a pretexto de uma reconstituição do facto, mas extrapolando o seu âmbito, são declarações fraudulentamente obtidas, uma vez que a sede adequada para a sua prestação está prevista nos artigos 140.º e seguintes do Código de Processo Penal e se reconduz a um interrogatório formal com todas as garantias que lhe estão adstritas.

Por este motivo, não podemos recompensar uma deslealdade processual com o reconhecimento de que, afinal, tudo está sanado e as declarações assim recolhidas são verdadeiras declarações do arguido nos termos dos artigos 140.º e seguintes do Código de Processo Penal, sem que tenham sido sujeitas aos intentos desse regime. Teríamos encontrado *“o meio perfeito de defraudar a lei (...) pois bastava que ao auto se desse um nome distinto, ainda que de conteúdo ou substância equivalente a um simples auto de declarações”*¹¹⁶.

Em concordância, esclarece o Tribunal da Relação de Évora num entendimento que naturalmente perfilhamos, que *“o que o legislador pretende é instituir a exclusividade de produção do meio de prova “declarações do arguido” através de uma forma vinculada, taxativa, típica, prevista ao pormenor nos artigos 140.º a 144.º do Código de Processo Penal, com o nome “interrogatório de arguido”, com exclusão de qualquer outra forma”*¹¹⁷.

O formalismo do interrogatório do arguido foi desejado pelo legislador. É uma questão central no próprio valor do meio de prova e é o resultado de uma evolução histórica que concluiu ser este formalismo a melhor forma de acautelar os direitos do arguido. Parece-nos que nem mesmo a descoberta da verdade justifica o contorno destes direitos que seria potenciado pelo desvirtuamento do referido formalismo, em sede de reconstituição do facto.

¹¹⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 15.09.2010 (Orlando Gonçalves). Proc. n.º 79/07.4GCRT.C1.

¹¹⁵ COSTA ANDRADE, Manuel, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra Editora, 2006. pág. 121.

¹¹⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03.10.2002 (Pereira Madeira). Proc. n.º 02P2804.

¹¹⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 04.06.2013 (João Gomes de Sousa). Proc. n.º 40/11-4GTPTG.E1.

Brevemente notemos que em sede de interrogatório, o arguido é obrigatoriamente advertido dos “*direitos referidos no n.º 1 do artigo 61.º*” que lhe serão explicados se necessário (v. artigo 141.º, n.º 4, alínea a) e artigos 143.º, n.º 1 e 144.º, n.º 1 do Código de Processo Penal) entre estes, o direito a “*não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar*” (v. artigo 61.º, n.º 1, alínea d) do Código de Processo Penal). Contudo, em sede de reconstituição, a obrigação desta advertência inexistente, o que naturalmente coloca o arguido numa posição mais desprotegida daquela em que estará num interrogatório.

Em acréscimo, em qualquer interrogatório feito por autoridade judiciária o arguido tem obrigatoriamente de ser acompanhado por defensor (v. artigo 64.º, n.º 1 alínea b) do Código de Processo Penal), obrigação que não se verifica na reconstituição do facto, o que naturalmente resulta para o arguido, numa maior vulnerabilidade.

No processo penal português vigora um princípio de liberdade dos meios de prova (v. artigo 125.º do Código de Processo Penal). Contudo, esta liberdade encontra limites nas proibições de prova (v. artigo 126.º do Código de Processo Penal) e nos formalismos prescritos na lei para a aquisição de prova. Assim, decorre do princípio da legalidade da prova que as provas típicas, como as declarações do arguido (v. artigo 140.º e seguintes do Código de Processo Penal), têm associadas um concreto regime legal, que tem de ser observado¹¹⁸.

JOÃO PRAIA defende, como já apontámos, que os contributos verbais prestados pelo arguido para além do objeto da reconstituição devem ser encarados como verdadeiras declarações do arguido e fá-lo porque entende que, deste modo, se “*respeita por inteiro a decisão de vontade do arguido e, em simultâneo, se evita, que tais contributos (...) sejam desaproveitados do acervo probatório cognoscível pelo Tribunal e, que o ato de reconstituição assuma o cariz de veículo transformador da natureza das declarações proferidas pelo arguido quando estas transcendem o círculo típico da reconstituição*”¹¹⁹. Argumentação que não nos convence.

Por um lado, verdadeiramente “*transformador da natureza das declarações proferidas pelo arguido*” será considerar que o são, no âmbito dos artigos 140.º e seguintes do Código de Processo Penal, quando na realidade não foram tomadas nos seus termos. Por outro lado,

¹¹⁸ Neste sentido, Acórdão da Relação de Guimarães de 25.02.2009 (Carlos Barreira). Proc. n.º 736-08.8GAEPS.G1.

¹¹⁹ CRUZ PRAIA, João. *Proibições de prova em processo penal: algumas particularidades no âmbito da prova por reconhecimento e da reconstituição do facto*. Julgar online. Lisboa. 2019. pág. 36.

justificar esta posição com o “*respeito por inteiro da decisão de vontade do arguido*”, parece-nos uma falsa questão, uma vez que sendo a vontade do arguido a colaboração com os autos, diversas oportunidades existirão para que possa colaborar, nos termos da lei, sendo totalmente desnecessário o aproveitamento a todo o custo, das declarações que este presta fora do âmbito da reconstituição do facto, mas durante a sua realização.

Foi já apontado que “*a reconstituição do facto em Portugal tem sido usada, de uma forma geral, não para apurar se e como determinado facto poderia ter ocorrido, mas com finalidades marcadamente confessórias. Sinal claro disso é que não é possível encontrar em toda a jurisprudência nacional um único caso de reconstituição que não fosse feita pelo arguido*”¹²⁰. Mas, na realidade, a reconstituição do facto que respeite o seu próprio escopo, constitui um respeitável e considerável meio de prova, por cuja lisura e credibilidade devemos pugnar, nomeadamente, não admitindo que se transforme em algo que não deveria ser.

Assim, consideramos que todas as declarações prestadas pelo arguido que não sejam necessárias à concretização da reconstituição, mas antes extravasem do seu escopo, devem merecer o mesmo tratamento das “*conversas informais*” e, à vista disso, carecerem de validade processual¹²¹. Voltaremos a este tema.

c. A Confissão Prévia do Arguido e a Reconstituição do Facto

Afirmam SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES que “*quando conte com a colaboração do arguido, por se seguir à confissão dos factos, a reconstituição do facto terá a vantagem de materializar e objetivar o carácter pessoal da confissão, prevenindo alterações de estratégia de defesa em audiência*”¹²²: parece-nos que este entendimento parte do pressuposto errado de que a reconstituição do facto visa cristalizar os factos confessados pelo arguido o que esbarra, desde logo, na letra do artigo 150º do Código de Processo Penal.

¹²⁰ BALBINO DUARTE, Eurico. Making of – a reconstituição do facto no processo penal português in Prova Criminal e Direito de Defesa. In *Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*. Almedina, 2011. pág. 62.

¹²¹ No mesmo sentido, LOPES, Sílvia. *As conversas informais na reconstituição*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2015. pág. 78, entende que contributos do arguido que não são imprescindíveis à realização da diligência “*devem ser expurgados de consideração, uma vez que mesmo que tenham sido logrados sem condicionamento da vontade, em bom rigor eles ultrapassam o âmbito inerente da diligência propriamente dita e, desse modo, há aqui, diga-se, uma usurpação que se repercute na violação da conduta de lealdade que se impõe para estas matérias (...)* Assim, ainda que não sejam conversas informais, devem ser objeto do mesmo tipo de tratamento”.

¹²² SIMAS SANTOS, Manuel, LEAL-HENRIQUES, Manuel. *Código de Processo Penal Anotado*. Vol. I. 1.^a ed. Rei dos Livros, 1999. pág. 794.

Porém, não terminaremos a presente discussão sem antes ressaltarmos que, apesar de termos vindo a condenar a intenção da dissimulação de uma confissão do arguido, no âmbito de uma reconstituição do facto, não significa isso que a reconstituição do facto não possa e deva, beneficiar dos contributos da confissão prévia do arguido¹²³.

Desde logo, para a definição do objeto da própria diligência.

As declarações confessórias do arguido que frequentemente precedem a reconstituição do facto acrescentam ao leque de versões prováveis do *“modo em que se supõe ter ocorrido o facto”* (v. artigo 150º do Código de Processo Penal) e assim, à credibilidade dos seus resultados. E ainda, várias vezes é a própria confissão a suscitar a necessidade da diligência para se aferir o realismo *“das condições em que se afirma (...) ter ocorrido o facto”*. Porque enquanto a “suposição” partirá da autoridade judiciária ou dos órgãos de polícia criminal, a “afirmação” partirá sempre do arguido (ou de uma testemunha).

Dito isto, é evidente ser a própria letra da lei o elemento que mais expressamente admite a combinação das duas realidades. Pode parecer inquietante, mas não existe qualquer impedimento legal a que a reconstituição seja precedida de uma confissão do arguido. Aquilo que se exige é que a reconstituição do facto efetivamente o seja, no sentido em que, efetivamente reconstitua o que arguido afirma ter acontecido para que se possa determinar se a sua assunção dos factos é plausível.

Existem motivos de censura apenas se a reconstituição do facto lograr unicamente a repetição da confissão do arguido, por ora no âmbito de uma prova que em abstrato é mais amplamente admissível em fase de julgamento (v. artigo 356.º, n.º 1, alínea b) por oposição ao artigo 357.º do Código de Processo Penal).

Assim, nada de errado existe em ser a reconstituição do facto precedida de uma confissão do arguido, errado será apenas não ir além desta, logrando unicamente a sua repetição.

¹²³ Neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05.01.2005 (Henriques Gaspar). Proc. n.º 04P3276.

E. A Valoração da Prova em Função dos Contributos do seu Interviente

Como já expusemos, a valoração da prova pré-constituída em fase de julgamento depende da possibilidade de aí ser examinada, sendo essa possibilidade definida nos artigos 356.º e 357.º do Código de Processo Penal.

Resta-nos agora compreender qual a influência que os contributos do arguido têm nesta possibilidade de leitura e, consequentemente, na admissibilidade da prova pré-constituída. Falamos não só dos contributos em fase de inquérito, aquando da reconstituição do facto, quando contribui verbalmente para a produção da prova, mas também dos contributos em fase de julgamento, quando aí se remete ao silêncio.

Vejamos que são comuns na prática judiciária decisões no sentido de que *“uma vez que os autos de reconstituição contêm declarações do arguido e este se remeteu ao silêncio em audiência de julgamento, temos que estes não podem ser admitidos como prova válida”*¹²⁴. O próprio Supremo Tribunal de Justiça reconhece que *“havendo participação do arguido na reconstituição coloca-se a questão da valoração das declarações que prestar no seu âmbito se em audiência de julgamento optar pelo direito ao silêncio”*¹²⁵.

Sendo a reconstituição de facto um meio de prova autónomo e estando todos os contributos do arguido alinhados com o seu fim de *“determinar se um facto poderia ter ocorrido de certa forma”* (v. artigo 150.º do Código de Processo Penal), então todos os contributos, sem exceção, incluindo naturalmente os contributos verbais, são parte integrante deste meio de prova que não encontra obstáculos à sua admissibilidade. Estes contributos não são confundíveis com “declarações do arguido” pelo que é rigorosamente aplicável o artigo 356.º, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Penal que prevê ser possível a leitura dos autos *“que não contenham declarações do arguido, do assistente, das partes civis ou de testemunhas”*.

Assim sendo, a leitura do auto de reconstituição que respeita o escopo do artigo 150.º do Código de Processo Penal será sempre permitida, independentemente do arguido ter contribuído verbalmente para a realização da mesma em fase de inquérito e independentemente da sua remissão ao silêncio em audiência de julgamento (v. artigo 61.º, n.º 1, alínea d) e 345.º, n.º 1 do Código de Processo Penal). Nenhum destes contributos é suscetível de influenciar a admissibilidade da prova nestas condições.

¹²⁴ O Acórdão do Juízo Central Cível de Leiria. Proc.132/15.0GAPNI, que fundamentou a questão sobre a qual agora discorremos.

¹²⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6.12.2018 (Francisco Caetano). Proc. n.º 22/98.0GBRS.E2.S1.

Parece-nos existir uma invocação vaga e exacerbada ao direito ao silêncio do arguido, na prática judiciária que o utiliza como argumento para a inadmissibilidade dos autos de reconstituição que contenham contributos verbais do mesmo.

Portanto, estando os autos de reconstituição sob a alçada do artigo 356.º, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Penal não será impeditivo da sua admissibilidade que o arguido se remeta ao silêncio¹²⁶. Pelo mesmo motivo, não estará também em causa a proibição prevista no artigo 356.º, n.º 7 *ex vi* artigo 357.º, n.º 3 ambos do Código de Processo Penal¹²⁷.

Esclarece o Tribunal da Relação de Coimbra que, respeitada a legalidade na aquisição do meio de prova, *“as contribuições do arguido para a reconstituição do facto, designadamente a prestação oral de informações e esclarecimentos, não se confundem com a questão da leitura em audiência de julgamento das declarações anteriormente prestadas no inquérito”*¹²⁸. Assim, nem sequer está em causa a proteção do direito ao silêncio do arguido positivada no artigo 357.º do Código de Processo Penal.

Este direito é um mecanismo de defesa do indivíduo face aos possíveis abusos do Estado na prossecução criminal, não o desconsideramos. Contudo, exercido num determinado momento processual, não retroage necessariamente a momentos processuais anteriores em que o arguido tenha colaborado com a investigação e, certamente, prejudica um meio de prova com valor autónomo como a reconstituição do facto.

O direito ao silêncio não tem toda essa extensão e tal como declara o Supremo Tribunal de Justiça *“seria necessária uma visão muito fundamentalista, e unilateral do processo penal, para defender que o exercício do direito ao silêncio tivesse potencialidade para inquinar todo o meio de prova que, não obstante a sua regularidade, viesse a demonstrar a falência de tal estratégia de silêncio”*¹²⁹.

É ainda preciso notar a perigosidade para a descoberta da verdade que adviria de se recorrer à invocação do direito ao silêncio do arguido com esta extensão.

¹²⁶ Neste sentido, MILHEIRO, Tiago *in* GAMA, António. et al. *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*. 2.ª ed. Almedina, 2019. pág. 381.

¹²⁷ Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 25.02.2015 (Alcina Ribeiro). Proc. n.º 127/09.3GCSCD.C1.

¹²⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 15.09.2010 (Orlando Goncalves). Proc. n.º 79/07.4GCSRT.C1.

¹²⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25.03.2015 (Santos Cabral). Proc. n.º 1504/12.8PHLRS.L1.S1.

Expusemos já o nosso entendimento quanto à admissibilidade da reconstituição do facto prestada no âmbito do artigo 150.º do Código de Processo Penal e quanto à não influência dos contributos do arguido para esta admissibilidade.

Todavia, nem toda a reconstituição do facto se reconduz ao escopo que a lei lhe atribui, pelo que, nem todos os contributos verbais do arguido no decurso da reconstituição do facto, nos termos desta, se diluem. Sabemos que, por vezes com base numa opção intencional e preordenada de quem conduz a diligência, outras vezes por falta de zelo na sua execução, este meio de prova acaba não por revelar se um facto poderia ter ocorrido de determinada forma, mas antes por cristalizar uma confissão do arguido.

Dedicámos já largas palavras à defesa das razões pelas quais entendemos que contributos verbais nestes termos, não deverão ser reconduzidos à figura de “declarações de arguido”, nos termos dos artigos 140.º e seguintes do Código de Processo Penal, mas antes usufruir do mesmo tratamento de “conversas informais”¹³⁰. Aqui desenvolveremos.

É extensamente reconhecida a inadmissibilidade das “conversas informais” por constituírem uma forma ardilosa de introduzir em audiência de julgamento declarações do arguido, que deveriam ter sido veiculadas através de um interrogatório nos termos dos artigos 140.º e seguintes do Código de Processo Penal, e que, não o tendo sido, são de fiabilidade questionável¹³¹. Entre nós, com os mesmos receios pela fiabilidade da prova, defendemos que também não podem estas declarações ser veiculadas através de uma reconstituição do facto.

O legislador concebeu o meio de prova que é a reconstituição do facto, tendo como fundamento e pressuposto concreto do seu emprego a necessidade de se verificar empiricamente determinada hipótese factual. Assim, é desde logo uma fraude à lei que se utilize este meio de prova, sem que se verifique o requisito de necessidade de que o legislador o tencionou fazer depender, para que de uma forma ilegítima, se obtenha um resultado probatório cuja admissibilidade mais evidentemente estaria vedada por outras normas legais, nomeadamente pelo artigo 357.º do Código de Processo Penal.

Se as declarações do arguido prestadas fora do objeto da reconstituição do facto não cumprem a tipicidade da reconstituição, nos termos do artigo 150.º do Código de Processo

¹³⁰ Em concordância com o nosso entendimento o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20.04.2006 (Henrique da Costa). Proc. n.º 06P363, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 15.09.2010 (Orlando Gonçalves). Proc. n.º 79/07.4GCSRT.C1.

¹³¹ V.g. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 04.06.2013 (João Gomes de Sousa). Proc. n.º 40/11-4GTPTG.E1.

Penal, nem a tipicidade do interrogatório, nos termos dos artigos 140.º e seguintes do Código de Processo Penal, que o legislador entendeu por necessária para a salvaguarda dos interesses do arguido e, explicámos já em que termos não cumprem, então outra não poderá ser a solução, do que o vício processual que se verifica ser o da inexistência destas declarações.

Só esta “inexistência” nos parece ser suficiente para justificar a tentativa de produção de um meio de prova em tão flagrante violação das suas normas de produção.

Defende o Tribunal da Relação de Évora que as “conversas informais”, pela falta de formalismo que lhes é inerente, são um expediente para tornear direitos em nome de uma suposta verdade descoberta pelo investigador policial que, dessa forma, pretende determinar o resultado do julgamento e coartar o direito ao silêncio que o arguido aí possa vir a exercer, adiantando que *“são um expediente de má polícia. Um abuso. Uma fraude à lei e ao Direito e a sua consideração como prova válida poderia conduzir ao abuso policial como sistema, ao descrédito da Justiça e à violação de direitos do arguido em inquérito”*¹³².

Se transpusermos os mesmos argumentos para o plano da tomada de declarações no âmbito de uma reconstituição do facto, mas fora do seu desígnio, descomplicadamente concluímos que, à semelhança do que se verifica nas “conversas informais”, lhes é também inerente uma “falta de formalismo”, na medida em que não se incluem no âmbito do artigo 150.º, nem tão pouco são prestadas nos termos dos artigos 140.º e seguintes, todos do Código de Processo Penal. Estas declarações resultam também de um expediente para tornear direitos em nome de uma suposta verdade pois resultam ora da intenção, ora do desmazelo de quem dirige a diligência em conduzir o arguido (apenas) a uma confissão dos factos.

Por estas razões, só poderemos pugnar para que ambas as realidades sejam tratadas com o mesmo rigor, sendo que a consideração como prova válida das declarações do arguido neste contexto poderia muito bem conduzir ao abuso da figura da reconstituição como sistema, bem como ao descrédito da Justiça e à violação de direitos do arguido. Isto porque as declarações do arguido assim obtidas, sê-lo-iam de forma desleal e com fiabilidade dúbia, mas seriam admissíveis em audiência de julgamento e poderiam, eventualmente, coartar o direito ao silêncio do arguido, aqui de forma ilegal, injustificada e ardilosa.

Assim, exposto fica o nosso entendimento quanto à influência dos contributos do arguido, em fase de inquérito, designadamente quando ficam aquém do escopo do artigo 150.º do Código de Processo Penal, para a inadmissibilidade da prova pré-constituída.

¹³² Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 04.06.2013 (João Gomes de Sousa). Proc. n.º 40/11-4GTPTG.E1.

Por sua vez, o contributo do arguido em fase de julgamento, nomeadamente quando aí se remete ao silêncio, não influencia a admissibilidade da prova pré-constituída, quer o arguido se remeta ao silêncio em audiência, quer aí preste declarações, os contributos verbais que ultrapassaram o fim da reconstituição, sempre terão de ser desconsiderados¹³³.

A inadmissibilidade destas declarações, sempre comprometerá de algum modo a possibilidade de se “*ditar a justiça no caso concreto, descobrir a verdade material, punir os criminosos e responder aos anseios da comunidade e da vítima em verem punidos os agentes dos crimes, assim se logrando a pacificação social*”¹³⁴, mas justifica-se pelo respeito aos princípios basilares do processo que também protegem a solução mais justa para o caso.

É por isso que se reconhece que a finalidade do processo penal não é a descoberta da verdade a qualquer custo, mas a sua prossecução através dos meios processualmente admissíveis, ainda que isso possa conduzir e, muitas vezes, por certo conduz, à impossibilidade de acesso à verdade material¹³⁵. São as regras do jogo e ainda bem que o são.

Não significa, porém, tudo o que escrevemos que somos indiferentes às arduidades que enfrentam determinadas investigações criminais, que, sustentando-se na confissão obtida no inquérito, se desmoronam perante a mudança de estratégia processual e o absoluto silêncio do arguido em audiência. Mas a empatia por estas arduidades não pode justificar nem legitimar a fraude à lei, pois não podemos admitir que a disciplina probatória sobre a qual dispõe o Código de Processo Penal, se converta num regime manipulável em função das necessidades de descoberta dos factos históricos de cada caso concreto.

Discorre o Tribunal da Relação de Évora que “*a valoração de certos “autos de reconstituição” (...) levaria o Tribunal não a “determinar se um facto poderia ter ocorrido de certa forma” mas sim a demonstrar o facto em si mesmo e, para além disso, quem foi o seu autor, o que, à luz do artigo 150º do Código de Processo Penal é absurdo: a reconstituição é do facto, nunca da sua autoria*”¹³⁶.

Serve esta afirmação para terminarmos com a importante ressalva de que, uma vez que a finalidade da reconstituição do facto se reconduz a experimentar a verosimilhança de determinada afirmação ou suposição factual - sendo que, se o resultado desta experimentação

¹³³ Poderemos sim dizer que o raciocínio por trás deste entendimento tem efetivamente por base o respeito, entre outros, pelo direito ao silêncio do arguido como sua garantia de defesa.

¹³⁴ SILVÉRIO, Diana. *O silêncio como garantia de direitos fundamentais das vítimas e dos arguidos no processo penal português*. Dissertação de Mestrado. Universidade Autónoma de Lisboa, 2013. pág. 68.

¹³⁵ V.g. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03.03.2010 (Santos Cabral). Proc. n.º 886/07.8PSSB.L1.S1.

¹³⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 06.06.2017 (João Gomes de Sousa). Proc. n.º 22/98.0GBVRS.E2.

se mostrar incompatível com a realidade, a hipótese testada ficará afastada, mas se o resultado for compatível com a realidade tal significará apenas que a hipótese testada é plausível – o seu resultado não faz prova de que os factos se verificaram na forma como foram testados, nem de que quem os reconstituiu foi o seu autor. Na verdade, os resultados probatórios não valerão, por si só e desligados de tudo o resto, para provar a existência histórica de certo facto.

Tal como afirma o Supremo Tribunal de Justiça, “*a reconstituição do facto não tem por finalidade imediata a comprovação de um facto histórico (...) trata-se apenas de um modo de testar uma dada hipótese factual e se os seus resultados corroborarem o sentido da investigação de acordo com as provas e indícios até então obtidos*”¹³⁷. Sendo esta uma tão boa oportunidade quanto outra para reforçar a importância de uma recolha de prova robusta e reforçada por meios de prova o mais heterogêneos possível, para que se possa dar como provada a hipótese acusatória para além da dúvida razoável, afastando-se o Tribunal da necessária aplicação do princípio *in dubio pro reo*, por não estarem reunidas as condições de certeza e segurança que exige a condenação de um arguido.

a. Ponderação sobre o Processo 132/15.0GAPNI

Se a reconstituição é um meio de prova típico, esta deve ser reservada em exclusivo para o fim para que foi projetada, no caso, “*determinar se um facto poderia ter ocorrido de certa forma*” através da “*reprodução, tão fiel quanto possível, das condições em que se afirma ou se supõe ter ocorrido o facto*” (v. artigo 150.º do Código de Processo Penal), não podendo ser utilizada como pretexto para facilitar a confissão do arguido. Enquanto obedecer ao seu objeto, integrará tanto os atos materiais nela praticados como também as declarações verbais aí proferidas, porque ambos concorrem para o referido objeto, sob pena de tornamos este meio de prova “*algo anacrónico, e absurdo, pois a reconstituição do facto não é um ato mudo, que possa realizar-se sem contribuições orais de sujeitos processuais*”¹³⁸.

Significando isto que, o que distingue o que pode e não pode integrar a reconstituição do facto nada tem que ver com o tipo de desempenho do arguido, designadamente, se este presta contributos materiais ou contributos verbais, nem tão pouco está relacionado com o propósito com que procede quem dirige a diligência, designadamente, se o faz com intuito de obter uma

¹³⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06.12.2018 (Francisco Caetano). Proc. n.º 22/98.0GBVRS.E2.S1.

¹³⁸ HENRIQUES GASPAR, António, et al. *Código de Processo Penal Comentado*. 2.ª ed. Almedina. 2016. pág. 589.

confissão ou não. Tem sim a ver com a inserção desses contributos no escopo do objeto da reconstituição do facto. Se o que se pretende são declarações do arguido este terá de ser interrogado, nos termos dos artigos 140.º e seguintes do Código de Processo Penal, e não sujeito a uma reconstituição do facto, nos termos do artigo 150.º do Código de Processo Penal. Só assim não se violam as garantias do arguido e se prima pela lealdade processual.

Na reconstituição realizada no Processo 132/15.0GAPNI, o arguido deslocou-se ao local do crime na companhia dos agentes de polícia e, neste local, disse “*parti a janela da frente, entrei no café e empurrei a máquina do tabaco até ao carro que estava estacionado na curva*”, sem que qualquer experimentação dos factos afirmados tivesse tido lugar. Ora, neste caso, o que se logrou com uma alegada reconstituição do facto, foi apenas e tão só o registo das declarações confessórias do arguido. Pois, da análise do auto de reconstituição em causa, é manifestamente impossível “*determinar se um facto poderia ter ocorrido de certa forma*”, uma vez que as declarações prestadas, isoladas, nem um pouco consistem “*na 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*” (v. artigo 150.º do Código de Processo Penal).

Algo diferente e qualificável como uma reconstituição do facto, nos termos em que o artigo 150.º do Código de Processo Penal a prevê, seria se porventura o arguido tivesse afirmado “*parti a janela da frente*” e, de seguida, se posicionasse ao lado da janela para que se verificasse, se por referência à altura da mesma seria possível que o fizesse, do modo como afirma que o fez; se o arguido tivesse afirmado “*entrei no café*” e de seguida, o exemplificasse para que se verificasse se seria possível que o fizesse do modo como afirma que o fez; ou ainda se o arguido afirmasse “*empurrei a máquina do tabaco até ao carro que estava estacionado na curva*” e de seguida, o simulasse para que se verificasse se tendo em conta a distância entre o local da máquina do tabaco e o carro seria plausível que o fizesse do modo como afirmou que o fez.

Serve este exemplo para evidenciar ao que nos referimos quando defendemos que o que distingue verdadeiramente aquilo que pode e não pode integrar a reconstituição do facto não reside no tipo de desempenho do arguido, mas sim na integração desse desempenho no escopo do objeto da reconstituição do facto. Pois se no caso da reconstituição do facto realizada no âmbito do Processo 132/15.0GAPNI consideramos que as declarações “*parti a janela da frente, entrei no café e empurrei a máquina do tabaco até ao carro que estava estacionado na curva*” ultrapassam o escopo da reconstituição do facto enquanto tal, no caso da hipótese que apresentámos essas mesmas declarações porque hipoteticamente, integravam uma

reprodução das condições em que se afirmava ter ocorrido o facto, seriam, a nosso entender, parte integrante e não cindível da prova.

A reconstituição do facto realizada no âmbito do Processo 132/15.0GAPNI não logrou nem reprodução das condições em que se afirmou terem ocorrido os factos, nem tão pouco a repetição do modo de realização dos mesmos, antes logrou apenas recolher as declarações confessórias do arguido, com a única particularidade de este se encontrar no local do crime, e acompanhado pelos órgãos de polícia criminal, pelo que valorá-las como se de um auto de reconstituição se tratasse, seria entender como válido um meio de prova que nunca se poderia utilizar e incorrer num erro notório na apreciação da prova (v. artigo 410.º, n.º 2, alínea c) do Código de Processo Penal).

CONCLUSÃO

Num sistema acusatório como o sistema processual português, a fase de julgamento apresenta-se como o derradeiro momento da produção da prova. Existem, no entanto, provas pré-constituídas que são transponíveis para fase de julgamento mediante o cumprimento dos artigos 356.º e 357.º do Código de Processo Penal, entre as quais as declarações para memória futura e a reconstituição do facto.

As declarações para memória futura visam antecipar o momento de produção de prova testemunhal, como meio preventivo de recolha de prova suscetível de se inviabilizar antes do julgamento ou como meio de proteção das testemunhas à exposição repetida e prolongada ao processo. Ao regime do artigo 271.º do Código de Processo Penal é comumente apontada a crítica de que constitui uma compressão ao princípio da imediação, o que reconhecemos, mas entendemos ser justificado pelos interesses que se visam salvaguardar.

O legislador acautelou a possibilidade de antecipação da prova testemunhal, mas acautelou também a possibilidade de a testemunha, já antecipadamente inquirida, voltar a sê-lo em audiência de julgamento, sendo esta repetição uma exceção.

Assim, o Tribunal tem o dever de recusar a repetição da prova testemunhal quando a mesma se revele irrelevante ou meramente dilatória, sob pena de total desconsideração dos desígnios do regime, mas, tem o dever de a promover, em prol do princípio de investigação a que está adstrito, se tal se revelar necessário à descoberta da verdade. Particularmente quando as declarações são omissas relativamente a parte do objeto do processo.

Chegando as declarações para memória futura à fase de julgamento e tendo estas declarações interesse para a prova dos factos pelos quais vem o arguido acusado, esta prova será livremente valorada pelo Tribunal, podendo muito bem fundamentar uma condenação.

Este será o caso incontestavelmente quando não existe repetição de prova em audiência de julgamento, mas já não é tão incontestável que o seja quando a testemunha comparece em audiência de julgamento e aí volta a prestar depoimento, nem tão pouco quando comparecendo em audiência de julgamento, aí se recusar a depor. Isto suscita questões sobre a influência dos contributos da testemunha em audiência, na valoração da prova constituída em inquérito.

Em relação à primeira situação, defende uma orientação que havendo lugar em audiência de julgamento à reinquirição da testemunha, ocorre uma inutilidade superveniente das declarações para memória futura anteriormente prestadas. Porém, diferente é o nosso

entendimento, uma vez que acolhemos que a preclusão das declarações para memória futura, pela circunstância da sua fonte ter prestado novas declarações em julgamento, não tem enquadramento nem justificação legal, podendo aquelas e estas ser livremente valoradas nos termos do artigo 127.º do Código de Processo Penal. Ficando esclarecida a não influência do contributo da vítima, no sentido de prestar declarações em audiência de julgamento, na admissibilidade das declarações para memória futura prestadas em inquérito.

No que concerne à situação em que a testemunha se recusa a repetir o seu depoimento, em audiência de julgamento, sempre teremos que conjugar os fundamentos das declarações para memória futura prestadas nos termos do artigo 271.º, o direito à recusa a depor nos termos do artigo 134.º, n.º 1, alínea b) e ainda a proibição de leitura prevista no artigo 356.º, n.º 6, todos do Código de Processo Penal.

Da conjugação destes normativos resulta para alguns, que o legislador pretendeu proibir a leitura das declarações anteriormente prestadas pela testemunha em sede de inquirição, nos casos em que esta se recusa a depor em audiência de julgamento, mas não a leitura das declarações para memória futura. Entre nós, apesar de bem reconhecermos a colossal importância das declarações para memória futura para a descoberta da verdade, reconhecemos também a importância do direito de recusa a depor que o artigo 134.º do Código de Processo Penal atribui a certas testemunhas, com fundamento na proteção da família como elemento fundamental da sociedade. Prerrogativa que é indubitavelmente protegida pelo artigo 356.º, n.º 6 do Código de Processo Penal.

Assim, da conjugação destas normas resulta, no nosso entender que a tomada de declarações para memória futura não pode ser vista como um meio de evitar que a vítima exerça o direito de se recusar a depor, uma vez que tem esse direito a qualquer momento em que tenha de depor. Escolhendo fazê-lo, aplicar-se-á o artigo 356.º, n.º 6 do Código de Processo Penal e a admissibilidade da prova pré-constituída preclui.

Esclarecida fica assim a influência do contributo da fonte das declarações para memória futura, no sentido de se recusar a prestar declarações em audiência de julgamento, na inadmissibilidade da prova constituída em inquérito.

Não desconsiderando que esta solução pode colidir com a descoberta da verdade, uma vez que “consente” com a perda de um contributo probatório já previamente constituído e que se supõe decisivo para essa descoberta, parece incontestável que tal resulta singelamente das limitações inerentes à estrutura acusatória do processo penal, a qual sempre teremos de respeitar e mediante a qual sempre teremos que pautar a atuação judicial.

Apesar de ser esta a solução legal, tal não significa que não sejamos sensíveis às dificuldades que a mesma imputa à descoberta da verdade e à punição do crime, o que se torna ainda mais inquietante para a justiça e, conseqüentemente, para a sociedade, quando estamos perante a eventual impunidade de crimes, cuja punição avoca o interesse público.

Razão pela qual entendemos que a referida solução legal, no âmbito do crime de violência doméstica, muito beneficiaria em ser distinta, por considerarmos que a atual não pondera os aspetos diferenciadores deste tipo de criminalidade. Já vimos que o crime de violência doméstica tem natureza pública porque se reconheceu que a violência nas famílias não é um problema pessoal das pessoas implicadas mas, sim, um problema de segurança pública.

Entre a solução radical que seria coartar por completo o direito à recusa a depor à vítima de violência doméstica, em prol da obtenção de prova, que estamos seguros não lograria os efeitos que se fccionam, e a solução legal atualmente vigente, defendemos haver espaço para uma solução intermédia que acautela a proteção da família e ainda assim os fins do processo penal através da valoração mais ampla das declarações para memória futura.

Deste modo, propomos que a advertência feita em sede de prestação de declarações para memória futura no âmbito de um crime de violência doméstica passe a obedecer ao seguinte normativo legal: *A entidade competente para receber o depoimento adverte, sob pena de nulidade, as pessoas referidas no número anterior da faculdade que lhes assiste de recusarem o depoimento, sendo que não exercendo esse direito, as declarações que prestarem poderão ser utilizadas no processo, mesmo que se recusem a prestar declarações em audiência de julgamento, estando sujeitas à livre apreciação da prova.* Consideramos que este é um equilíbrio que a Justiça merece e que a Sociedade precisa.

Quanto à reconstituição do facto, esta consiste na reprodução tão fiel quanto possível das condições em que se afirma ou se supõe ter ocorrido o facto e tem como finalidade verificar se determinado facto poderia ter ocorrido de determinada forma para que assim se corrobore ou se afaste a plausibilidade da hipótese fáctica.

O arguido pode participar na reconstituição do facto, o que se verifica na esmagadora maioria dos casos, sendo aliás imperioso que o faça, no âmbito da participação passiva, que se distingue da participação ativa, porquanto aquela se traduz numa mera tolerância à diligência de prova através da presença física no seu cenário, enquanto esta se traduz num empenho na realização da reconstituição do facto.

A participação do arguido pode consistir em contributos verbais e contributos materiais, sendo em relação aos primeiros que surgem as principais contendas.

Muito já discorreram a doutrina e a jurisprudência nacionais sobre a qualificação dos contributos verbais do arguido a propósito e durante a reconstituição do facto. Para um dos segmentos, estes reconduzem-se a verdadeiras declarações do arguido, nos termos dos artigos 140.º e seguintes do Código de Processo Penal, estando a sua leitura sujeita aos condicionamentos do disposto no 357.º do Código de Processo Penal. Para outro, estes contributos diluem-se e reconduzem-se ao âmbito do artigo 150.º do Código de Processo Penal, deste não se autonomizando, sendo a sua leitura permitida nos termos do artigo 356.º, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Penal, em prol da autonomia do meio de prova.

Entre nós, a qualificação dos contributos verbais proferidos durante a reconstituição do facto não se entende tão singela, não se considerando que todas as verbalizações do arguido durante a reconstituição do facto se reconduzem ao âmbito do artigo 150.º do Código de Processo Penal, nem todavia que todas estas constituam uma participação fora deste âmbito. No nosso entender, a qualificação destes contributos verbais dependerá afinal do escopo no âmbito do qual foram emitidas.

Concluindo-se que a realidade que consta nos autos corresponde efetivamente a uma reconstituição do facto, nos termos do artigo 150.º do Código de Processo Penal porque se restringe à finalidade para a qual foi concebida de determinar se um facto poderia ter ocorrido de certa forma, entendemos que os contributos verbais do arguido são totalmente incluídos no âmbito da reconstituição do facto e a sua leitura é permitida nos termos do artigo 356.º, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Penal. Nesta situação os contributos do arguido, quer aqueles que prestou em inquérito, quer aqueles que venha a prestar em julgamento, não são suscetíveis de influenciar a admissibilidade da prova pré-constituída.

Por outro lado, concluindo-se que a realidade que consta nos autos não corresponde a uma reconstituição do facto nos termos do artigo 150.º do Código de Processo Penal pois não determina se um facto poderia ter ocorrido de certa forma, mas antes se limita a cristalizar declarações confessórias do arguido, no local do crime, não nos parece virtuoso compactuar com tal deslealdade processual. Consideramos assim ilícita por violar os princípios basilares do processo penal a admissibilidade desta prova.

A maioria da doutrina e da jurisprudência considera que os contributos verbais deste modo prestados devem ser qualificados como verdadeiras declarações do arguido, estando a sua

leitura sujeita aos condicionalismos do disposto no 357.º do Código de Processo Penal. Contudo, também neste ponto o nosso entendimento diverge.

Entendemos que se exige da parte de quem investiga, bem como de quem julga, uma conduta de lealdade e probidade nas relações com os restantes intervenientes processuais e, em especial para com o arguido, sendo que a segurança e a paz públicas que não legitimam práticas menos corretas, nomeadamente ao nível da aquisição de prova. Assim, consideramos que todas as declarações prestadas pelo arguido que não sejam necessárias à concretização da reconstituição, mas antes extravasem do seu escopo por serem um recurso abusivo e fraudulento ao meio de prova, devem merecer o mesmo tratamento das “conversas informais” e à vista disso, carecerem de validade processual.

Nesta situação, os contributos do arguido em fase de inquérito, porque prestados fora do escopo da reconstituição do facto inibem a admissibilidade da prova pré-constituída, razão pela qual, o silêncio porque venha a optar em audiência de julgamento é inócuo neste ponto.

Não olvidamos que em causa com a inadmissibilidade dos contributos verbais do arguido nestes termos, poderá estar a possibilidade de ditar a justiça no caso concreto e responder aos anseios da comunidade, mas tal encontra justificação nos princípios fundamentais do processo penal que, igualmente, visam a solução mais justa para o caso.

Do exposto, sobressai a especial vulnerabilidade desta figura, pelo importante contributo que tantas vezes oferece para a descoberta da verdade, mas que é quase sempre incindível das questões controversas relativas às garantias do arguido que a sua utilização suscita. Estas questões são motivadas, em nosso entender, desde logo por um regime legal pouco pormenorizado, que acaba por permitir que a admissibilidade da reconstituição se adapte talvez um pouco demais ao caso concreto e aos propósitos de justiça que sobre ele impendam.

O discernimento com que esta experiência nos presenteou, quer na sua componente de contacto com a prática judiciária, quer na sua componente de investigação científica, foi o de perceber que o processo penal é um espaço de compromissos e ponderações, não podendo ser encarado como uma utopia em que a verdade e a justiça sempre prevalecerão, sem que nenhum desígnio de proteção dos intervenientes processuais tenha que seja restringido pelo caminho e em que todos os princípios e valores serão inteiramente concretizados em igual medida.

Na realidade, no processo penal como em tantas outras áreas, as cedências existem e são necessárias. Durante este projeto, deparámo-nos com várias: entre a descoberta da verdade e

o silêncio do arguido, entre o direito à proteção da família e o princípio da investigação ou ainda entre a proteção da testemunha e o princípio da imediação. E ainda que estas cedências conduzam à preterição da descoberta da verdade, o que nos deve importar é que sejam íntegras, idóneas, razoáveis e que se determinem por desígnios de Justiça.

Se assim for, a sociedade compreenderá, pois entende que o fim do processo não é afinal a descoberta da verdade a todo o custo.

Por tudo o que foi exposto, concluimos este projeto com a certeza e o contentamento de termos alcançado os objetivos e os propósitos, cujo cumprimento aspirávamos com a realização do estágio curricular que precedeu as presentes palavras e que se revelou uma experiência enriquecedora bem para além das nossas expectativas.

BIBLIOGRAFIA

A. Doutrina

- BALBINO DUARTE, Eurico. *Making of – a reconstituição do facto no processo penal português in Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*. Almedina, 2011.
- BARBOSA SILVA, Júlio, «Por quem os sinos dobram» – As Declarações para memória futura, a sua (des)necessidade no âmbito da lei tutelar educativo e o contraditório no âmbito da jurisprudência nacional e do TEDH». *Revista Julgar*, n.º 19. 2013.
- CARDOSO, Cristina. *A Violência Doméstica e as penas acessórias*. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica, 2012.
- CARMO, Rui. «Declarações para memória futura: crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual». *Revista do Ministério Público*, n.º 134. 2013.
- CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Curso de Processo Penal*. Vol. I. Universidade Católica de Lisboa, 1995.
- COSTA ANDRADE, Manuel, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra Editora, 2006.
- CRUZ BUCHO, José. *A Recusa de Depoimento de Familiares do Arguido: o Privilégio Familiar em Processo Penal (notas de estudo)*. Tribunal da Relação de Guimarães, 2015.
- CRUZ BUCHO, José. *Declarações para memória futura (elementos de estudo)*. Tribunal da Relação de Guimarães, 2012.
- CRUZ PRAIA, João. «Proibições de prova em processo penal: algumas particularidades no âmbito da prova por reconhecimento e da reconstituição do facto». *Revista Julgar online*, 2019.
- DÁ MESQUITA, Paulo. *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*. 1ª ed. Coimbra Editora, 2011.

- DAMIÃO DA CUNHA, José. «O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP)». *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3. 1997.
- GAMA LOBO, Fernando. *Código de Processo Penal Anotado*. 4.ª ed. Almedina, 2022.
- GAMA, António. «Reforma do Código de Processo Penal: a prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento ». *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3. 2009.
- GAMA, António. et al. *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*. 2.ª ed. Almedina, 2019.
- GOUVEIA, Joana. et al. *Declarações para memória futura. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual*. Centro de Estudos Judiciários, 2020.
- HENRIQUES GASPAR, António, et al. *Código de Processo Penal Comentado*. 2.ª ed. Almedina, 2016.
- LOPES, Sílvia. *As conversas informais na reconstituição*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2015.
- MALAFAIA, Joaquim. «O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos atos de instrução e nas declarações para memória futura». *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 14. 2004.
- MARQUES DA SILVA, Germano. *Curso de Processo Penal*. Tomo II. 5.ª ed. Verbo, 2011.
- MARQUES DA SILVA, Germano. *Direito Processual Penal Português*. Tomo I. 2.ª ed. Universidade Católica Portuguesa, 2017.
- MARQUES DA SILVA, Germano. *Direito Processual Penal Português*. Tomo III. Universidade Católica Portuguesa, 2014.
- MARQUES DA SILVA, Germano. *Produção e valoração da prova em processo penal*. Revista do CEJ, n.º 4. 2006.
- MILHEIRO, Tiago. «Breve excuro pela prova penal na jurisprudência nacional». *Revista Julgar*, n.º 18. 2012.

- MOURAZ LOPES, José. *Garantia Judiciária no Processo Penal – do Juiz e da Instrução*. Coimbra Editora, 2000.
- OLIVEIRA, Sandra. *O Arguido como Meio de Prova contra si Mesmo*. Almedina, 2019.
- PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4.^a ed. Universidade Católica Editora, 2011.
- SILVÉRIO, Diana. *O silêncio como garantia de direitos fundamentais das vítimas e dos arguidos no processo penal português*. Dissertação de Mestrado. Universidade Autónoma de Lisboa, 2013.
- SIMAS SANTOS, Manuel, et. al. *Código de Processo Penal Anotado*. Vol. I. 1.^a ed. Rei dos Livros, 1999.
- SOUTO SÁ, Cláudia. *A Vitimação Secundária na interação entre as vítimas de Violência nas Relações de Intimidade e o Sistema de Justiça Criminal*. Dissertação de Mestrado. Universidade do Porto, 2020.
- VERÍSSIMO, Joana. *A Testemunha-Vítima e o Direito de Recusa de Depoimento, no Código de Processo Penal – Em Especial no Crime de Violência Doméstica*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2013.
- VIEIRA, Pedro. *Declarações Para Memória Futura Questões Controvertidas no Ordenamento Jurídico Português*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2020.

B. Jurisprudência

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03.03.2010 (Santos Cabral). Proc. n.º 886/07.8PSLSB.L1.S1.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03.10.2002 (Pereira Madeira). Proc. n.º 02P2804.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05.01.2005 (Henriques Gaspar). Proc. n.º 04P3276.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06.12.2018 (Francisco Caetano). Proc. n.º 22/98.0GBVRS.E2.S1
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11.10.2017 (Manuel Augusto de Matos). Proc. n.º 895/14.0PGLRS.L1-A.S1.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14.06.2006 (Silva Flor). Proc. n.º 06P1574.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20.04.2006 (Henriques da Costa). Proc. n.º 06P363.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21.09.2011 (Souto de Moura). Proc. n.º 556/08.0GVIS.C1.S1.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24.03.2021 (Nuno Gonçalves). Proc. n.º 64/15.2IDFUN.L1-A.S1.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25.03.2015 (Santos Cabral). Proc. n.º 1504/12.8PHLRS.L1.S1.
- Acórdão do Tribunal Constitucional de 06.05.2014 (José da Cunha Barbosa). Proc. n.º 367/2014.
- Acórdão do Tribunal Constitucional de 17.07.2013 (João Cura Mariano). Proc. n.º 340/2013.
- Acórdão do Tribunal Constitucional de 25.03.2009 (Vitor Gomes). Proc. n.º 154/2009.
- Acórdão do Tribunal Constitucional de 25.08.2015 (Maria Lúcia Amaral). Proc. n.º 399/2015.
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 27/2007 (Paulo Mota Pinto). Proc. n.º 784/05.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 01.04.2009 (Fernando Ventura). Proc. n.º 91/04.5PBCTB.C1
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 06.04.2005 (Ribeiro Martins). Proc. n.º 108/05.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 15.09.2010 (Orlando Goncalves). Proc. n.º 79/07.4GCSRT.C1
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 16.06.2015 (Orlando Gonçalves). Proc. n.º 181/06.0TASEI-A.C1.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17.10.2012 (Paulo Valério). Proc. n.º 58/09.7GFCVL.C1.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 20.05.2009 (Vasques Osório). Proc. n.º 5/02.7ZRCBR.C1.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 25.02.2015 (Alcina Ribeiro). Proc. n.º 127/09.3GCSCD.C1.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 20.02.2019 (Maria Pilar de Oliveira). Proc. n.º 335/17.3PBCTB.C1.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 04.06.2013 (João Gomes de Sousa). Proc. n.º 40/11-4GTPTG.E1.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 06.06.2017 (João Gomes de Sousa). Proc. n.º 22/98.0GBVRS.E2.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 18.10.2018 (Maria Leonor Esteves). Proc. n.º 33/16.5GDPTG.E1.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 20.12.2005 (Fernando Ribeiro Cardoso). Proc. n.º 2489/05-1.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 02.05.2016 (Manuela Paupério). Proc. n.º 92/15.8GAMLG.G1.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 09.11.2009 (Fernando Ventura). Proc. n.º 37107.8TAFAF.G1.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 12.10.2020 (António Teixeira). Proc. n.º 846/20.3PBBRG.G1

- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 18.12.2017 (Ana Teixeira). Proc. n.º 45/15.6GAMD.L.G1.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 23.10.2017 (Alda Casimiro). Proc. n.º 20/15.0GDMD.L.G1.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 25.01.2010 (Cruz Bucha). Proc. n.º 300/04.0GBBCL.G2.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 25.02.2009 (Carlos Barreira). Proc. n.º 736-08.8GAEPS.G1.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 03.02.2021 (Graça Santos Silva). Proc. n.º 2426/18.4PSLSB.L1-3.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.01.2012 (Carlos Almeida). Proc. n.º 689/11.5PBPD.L.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15.09.2021 (Adelina Barradas de Oliveira). Proc. n.º 20/21.1SXLSB.L1-3.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20.04.2022 (Maria Perquilhas). Proc. n.º 37/21.6SXSLB.L1.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 03.02.2021 (Graça Santos Silva). Proc. n.º 2426/18.4PSLSB.L1-3.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 01.07.2009 (Jorge Jacob). Proc. n.º 0848072.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12.12.2007 (Manuel Braz). Proc. n.º 0714692.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13.06.2012 (Carlos Vieira). Proc. n.º 1222/11.4JAPRT.P1.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17.11.2004 (Élia São Pedro). Proc. n.º 0414002.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22.10.2014 (Maria Manuela Paupério). Proc. n.º 135/13.0GCLMG.P1.