

Tribunal da Relação do Porto
Processo nº 577/23.2T9AMT-A.P1

Relator: HORÁCIO CORREIA PINTO

Sessão: 13 Março 2024

Número: RP20240313577/23.2T9AMT-A.P1

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: RECURSO PENAL (CONFERÊNCIA)

Decisão: JULGADO PROCEDENTE O RECURSO INTERPOSTO PELO
MINISTÉRIO PÚBLICO.

DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA

SUSPEITO

DEFENSOR

**CRIME CONTRA A LIBERDADE E AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL DE
MENOR**

VÍTIMA

INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHA

OBRIGATORIEDADE

Sumário

I - A doutrina e jurisprudência dividem-se no tocante à possibilidade de poderem ser tomadas declarações a um indiciado suspeito ainda não constituído arguido, tratando--se de matéria que briga com a questão de assegurar o princípio contraditório.

II - Porém, as declarações para memória futura da vítima não exigem um arguido em concreto e o inquérito até pode não correr contra pessoa determinada.

III - De resto, em processo por crime contra a autodeterminação sexual de menor a lei prevê que se procede sempre à inquirição da vítima.

IV - Assim sendo, entre o sacrifício do contraditório e a procura da verdade material, a melhor interpretação da lei exige a nomeação de defensor ao suspeito e a sua notificação para comparência no acto, uma vez que a pessoa que pode vir a assumir a qualidade de arguido precisa de ser protegida e aquelas declarações podem até produzir prova para definir quem é arguido, pelo que a intervenção do defensor vai respeitar os direitos de defesa e contribuir para um processo equitativo.

V - Como forma de superar algumas incongruências, o legislador lançou uma válvula de escape para ser utilizada pelo juiz do julgamento ao prever que a

tomada de declarações para memória futura não prejudica a prestação de depoimento em audiência de julgamento, sempre que ele for possível e não puser em causa a saúde física ou psíquica da pessoa que o deva prestar.

Texto Integral

Processo nº 577/23.2T9AMT-A.P1

2ª Secção Criminal do Tribunal da Relação do Porto.

Relatório.

O tribunal a quo proferiu, com data de 19/09/23, o seguinte despacho:
O Ministério Público vem requerer a inquirição de menor para declarações para memória futura.

Para o efeito, invoca que nos presentes autos de inquérito se investiga crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor.

Apreciando,

A prestação de declarações, para memória futura constitui uma exceção ao princípio constitucional da imediação, consagrado no artigo 32, nº5 da Constituição da República Portuguesa. Daqui decorre que as declarações para memória futura recolhidas, neste caso, durante o inquérito têm natureza excecional.

Dispõe o nº 1 do artigo 271º CPP que *“em caso de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro de uma testemunha, que previsivelmente a impeça de ser ouvida em julgamento, bem como nos casos de vítima de crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual, o juiz de instrução, a requerimento do Ministério Público, do arguido, do assistente ou das partes civis, pode proceder à sua inquirição no decurso do inquérito, a fim de que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento.”*

O Ministério Público, o arguido, o defensor e os advogados constituídos no processo são notificados da hora e do local da prestação do depoimento para que possam estar presentes, sendo obrigatória a comparência do Ministério Público e do Defensor - nº2 do citado preceito legal.

Sucedendo que, no presente caso, o denunciado ainda não foi sequer constituído como arguido.

Salvo melhor entendimento, consideramos que apenas é admissível as

declarações para memória futura, ainda que não haja arguido constituído, ou seja, sem a presença ou possibilidade do arguido exercer cabalmente naquela diligência um efetivo contraditório, quando razões inadmissíveis de urgência impõe a sua realização, nomeadamente, desconhecimento da identidade do suspeito, ausência deste, necessidade urgente de preservar prova, necessidade urgente de proteger o declarante ou outras pessoas, partida eminente ou possibilidade séria de morte deste (**CPP anotado, pelos Conselheiros do STJ, pág. 965**).

Ora, uma vez que nenhuma das aludidas condições se impõe nos presentes autos, consideramos inviável, antes da constituição como arguido do denunciado, a realização da presente diligência, o que se determina. Acresce que a ausência de tal diligência poderá configurar a nulidade insanável prevista no artigo 119, al^a c), do CPP em conjugação com o que determina os artigos 58, n^o, al^a a), 60, 61, n^o, 1, al^a a), 271, n^o3, do CPP. Notifique.

Recurso do MP.

1) O Ministério Público, a 15/09/2023 promoveu, além do mais que agora não releva, ao abrigo do disposto no art^o 271, n^o 2 do Código Penal, a realização de diligência de tomada de *Declarações para Memória Futura* à menor AA, a deprecar ao tribunal da sua área de residência, visando que as mesmas pudessem ter valor probatório em julgamento, porquanto nos presentes autos poderá estar em causa a eventual prática de factos susceptíveis de integrarem crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, o que fez nos termos e com os fundamentos constantes do despacho reproduzido no local próprio, cujo teor aqui damos por integralmente reproduzido por economia processual para todos os legais efeitos.

2) Por despacho proferido a 19/09/2023, cujo teor aqui damos por integralmente reproduzido por economia processual para todos os legais efeitos, o Meritíssimo Sr. Juiz de Instrução Criminal indeferiu a realização da suprarreferida diligência, mas fê-lo de forma com a qual não nos conformamos.

3) O art^o 271, n^o 2, do CPP sob a epígrafe. "*Declarações para Memória Futura*" dispõe nos seguintes termos:

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

No despacho recorrido o Meritíssimo Juiz ignorou a obrigatoriedade que decorre do referido n^o 2 de tal normativo legal, da realização de declarações

para memória futura quando o ofendido (a) for de menor idade, e se esteja, como no caso dos autos, perante eventual crime (s) contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, dado que nada referiu quanto a tal obrigatoriedade, mas apenas fez referência aos pressupostos constantes do nº 1.

4.") Com as declarações para memória futura pretende-se recolher elementos probatórios, junto da vítima sobre os contornos dos factos denunciados e que tenham relevância criminal, designadamente, a identidade do autor do crime, a motivação, as consequências (físicas, emocionais, etc.) dessa actuação, eventuais testemunhas desses factos e outros elementos que na sequência daquelas declarações se considere oportuno inquirir, evitando a revitimização da ofendida.

É sempre este o escopo de qualquer tomada de declarações para memória futura a uma vítima e por isso, com o devido respeito, consideramos que não há que fazer diligências probatórias prévias de tal modo que, posteriormente, sejam já deferidas as declarações para memória futura.

5) Nos termos do disposto nos artigos 53, nº 2, al^a b) e 263 nº 1. ambos, do CPP cabe ao Ministério Público e não ao Meritíssimo Juiz com funções instrutórias a direção da ação penal, sendo aquele quem poderá decidir da tempestividade e adequação das diligências probatórias em fase de inquérito.

6.") Acresce ainda que muito respeitosa, não há qualquer base legal para que desde logo e em primeiro lugar, se constitua alguém como arguido para posteriormente, se tomarem declarações para memória futura à vítima. Ademais, no decurso do inquérito, caso sejam constituídos arguidos, será sempre dado conhecimento aos mesmos de todos os elementos probatórios aquando do seu eventual interrogatório, podendo o arguido exercer o seu direito de defesa, tanto mais que não é pelo facto de a vítima ter sido inquirida em declarações para memória futura que tal facto inviabilizará, em absoluto, que volte a ser inquirida, aquando do julgamento, caso seja deduzida acusação, obviamente caso tal se justifique.

7) Em termos de estratégia de investigação criminal e gestão processual, cremos, nem é a opção mais correta. O auto de notícia/participação criminal/ queixa ou outro documento que tenha determinado o início do inquérito, como ocorreu no caso dos autos com a suprarreferida certidão, mais não é do um documento que legitima o Ministério Público a dar início às investigações quando se está perante a eventual prática de um crime público, mas não legitima que o Ministério Público constitua alguém como arguido, porque para o fazermos, enquanto magistrados do Ministério Público, deveremos atentar que o artº 58, nº 1 al^a a), do CPP exige que haja uma suspeita fundada da prática de crime, que no caso ainda não se verifica.

E precisamente por essa razão que tantos inquéritos criminais são arquivados sem que se cheguem a constituir os denunciados como arguidos, seja porque os ofendidos/testemunhas não prestam declarações credíveis, porque as testemunhas indicadas pelos ofendidos contrariam a versão dos factos trazida na queixa, porque desistem do procedimento criminal, porque se recusam, validamente a prestar declarações nos termos do disposto no artº 134 do CPP, etc.

8) Não será pois, a prestação de declarações para memória futura que protegerá a vítima, mas será essencial para num caso como o vertente, descrever tomada de declarações para memória futura da mesma assim decidindo

Neste Tribunal Superior a Senhora Procuradora Geral-Adjunta elaborou **Parecer** com os seguintes fundamentos:

Sufragamos integralmente a argumentação expendida pelo Exmº Colega junta da 1ª instância, nada tendo a acrescentar àquela.

Na verdade, estamos perante caso em que o legislador impõe a tomada de declarações para memória futura, sendo que a sua omissão determina nulidade insanável, nos termos do artº 119, c) do CPP.

Acresce que, como é bom de ver, o exercício do direito de defesa do arguido em nada fica cerceado.

Com efeito, o exercício de um tal direito pressupõe que, ao ocorrer o interrogatório, o inquérito contenha toda a matéria de facto com que o arguido deverá ser confrontado, o que evidentemente não sucederá se o seu interrogatório tiver primazia sobre a recolha da prova testemunhal.

Mais acresce que nos achamos em fase de inquérito, competindo ao MP traçar a estratégia da investigação, pelo que, ao decidir como decidiu, o Mmº JIC extravasou os seus poderes, pois que lhe não compete determinar qual seja a ordem da realização das diligências em inquérito.

Assim, entendemos ser de dar provimento ao recurso, revogando-se a decisão recorrida, e determinando-se a sua substituição por outra que designe data e hora, para realização da solicitada tomada de declarações para memória futura.

Não se cumpriu o artº 417 nº 2 do CPP porque ainda não está definido o arguido.

Colhidos os vistos legais foram os autos submetidos a conferência.

Nada obsta ao conhecimento do mérito.

Mantem-se a regularidade da instância.

Do mérito do recurso.

O objecto do recurso define-se no âmbito das conclusões, sem prejuízo das questões oficiosas - artº 412 nº 1 do CPP:

O objecto do recurso prende-se com a rejeição de audição da menor, para prestar declarações para memória futura.

O que está em causa é saber se a menor de idade, no crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, deve prestar declarações para memória futura.

Antes de entrar directamente na matéria de direito, talvez perceber a razão de ser da pretensão do MP.

Os presentes autos têm origem em queixa da ex-mulher (BB) contra o suspeito (CC) pela prática de crime de abuso sexual de criança (filha de ambos) de nome, AA. A mãe insinua que o ex-marido abusou sexualmente da menor ...

A investigação foi conduzida pela Polícia Judiciária (PJ) que entretanto solicitou exame pericial - perícia médico-legal - de natureza sexual.

Antes deste exame a menor já havia sido vista em consulta (fls. 13) pelo médico de família, sem sinais/alterações visíveis da região perineal, mas foi recomendada a realização de perícia médico-legal.

Esta perícia (fls. 37/39) foi realizada e apesar de não descrever lesões ou sequelas, a nível geral, na região genital e peri-genital (vulvar) verificou-se que o lábio esquerdo da vulva apresentava *descamação da camada superficial da pele de bordos irregulares com cerca de 0,5X0,5 cm*. Esta observação não estabeleceu qualquer causalidade.

O médico-legista para avaliação mais completa das consequências médico-legais determinou *exame da especialidade de psicologia*. A conclusão é preliminar, tendo sido requerido exame da especialidade (psicologia forense).

A PJ ouviu ainda a mãe da menor sem extrair conclusões e a inspectora-chefe despachou no sentido de aguardar pela perícia de psicologia-forense,

instrumento necessário (artº 131 nº 3 do CPP) para avaliar o seu desenvolvimento emocional, capacidade de testemunhar e sobretudo aferir

(sintomatologia) se pode ter sido vítima de abuso sexual. Daqui podemos concluir que o órgão de polícia criminal pretende este exame como instrumento definidor da personalidade da menor e conseqüente capacidade para depor, não excluindo eventuais influências de terceiros no seu comportamento, matéria que se infere do referido despacho.

Sugere audição da menor em declarações para memória futura nos termos do artº 271 do CPP, suposto que dos relatórios médico-legais de natureza sexual e perícia de psicologia-forense, seja possível aferir da ocorrência do alegado episódio de natureza sexual.

Sem aguardar perícia de psicologia médico-forense, prevista para 26/09/2023, o MP solicitou ao Tribunal, entre outras *démarches*, declarações à menor para memória futura.

O juiz signatário do despacho recorrido, não obstante procurar centrar-se na questão técnico-jurídica, não deixou, certamente, de ler o inquérito, a exemplo do que fizemos, e decidiu indeferir a promoção com fundamento no artº 271 nº 1 do CPP, o mesmo artigo onde o MP estrutura o seu recurso. Mais concretamente o tribunal *a quo* assinala: *apenas é admissível (prestar) declarações para memória futura, ainda que não haja arguido constituído, ou seja, sem a presença ou possibilidade do arguido exercer cabalmente naquela diligência um efetivo contraditório, quando razões admissíveis de urgência impõem a sua realização, nomeadamente, desconhecimento da identidade do suspeito, ausência deste, necessidade urgente de preservar prova, necessidade urgente de proteger o declarante ou outras pessoas, partida eminente ou possibilidade séria de morte.*

Levantam-se várias questões jurídicas: saber se há efectivamente um suspeito (artºs 1 alª e) e 250, ambos, do CPP); se as declarações para memória futura podem ser produzidas antes do visado ser constituído arguido e se a menor de idade, vítima de um crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, tem sempre de ser ouvida.

Antes de tratar cada uma destas questões, dizer que os indícios durante o inquérito são aparentemente insuficientes para o processo progredir, contudo a direcção do inquérito é da competência do MP (artº 263 do CPP). Por outro lado, o órgão de polícia (PJ) recomendou obter perícia de psicologia médico-forense para evoluir quanto à prestação de declarações para memória futura.

a) O identificado CC, nos termos apresentados nos autos/inquérito, é o único suspeito (artº 1 alª e) do CPP) de ter praticado o crime. É esta a pessoa em relação à qual são apresentados indícios, sem cuidar, agora, de saber se são consistentes ou não...

b) O suspeito, obviamente ainda não foi constituído arguido.

Podem ser tomadas declarações ao indiciado, previamente à definição deste estatuto (?). A matéria briga com o princípio contraditório, como assegurar o exercício do princípio contraditório antes da constituição de arguido.

A doutrina e jurisprudência dividem-se, com argumentos para os dois lados: permitir ou não permitir a audição... Por ser extensa esta querela, ficamo-nos com a jurisprudência que permite a tomada de declarações: **Acórdão do STJ de 25 de Março de 2009 (Relator Conselheiro Fernando Fróis) e Acórdão do TRL de 4 de Maio de 2017 (Relator Desembargador Abrunhosa Carvalho).**

O texto da própria lei não ajuda. Por um lado no artº 271 nº 2 do CPP diz-se

que se *procede sempre à inquirição* e por outro lado, no seu nº3 expressa-se a necessidade de comunicar (notificar) *ao arguido, defensor ou mandatário*, da prática do acto... argumento reiterado no nº 5 do mesmo artigo. É certo que as declarações para memória futura não exigem um arguido em concreto e o inquerito até pode não correr contra pessoa determinada mas, aquela definição tem de ficar pronta até à acusação (artº 57 e 58 do CPP). O objecto do processo exige *indicações tendentes à identificação do arguido* – artº 283 nº 3 alª a) do CPP. Entre o sacrifício do contraditório e a procura da verdade material, parece-nos que a interpretação dos artºs 271 nºs 3 e 5 e 64 nº 1 alª f), ambos do CPP, exigem a nomeação de defensor ao suspeito e a sua notificação para comparência no acto, matéria que ficará à consideração do JIC. A pessoa que pode vir a assumir a qualidade de arguido precisa de ser protegida, mas também não é menos verdade que estas declarações podem produzir prova para definir quem é arguido...Esta intervenção vai respeitar direitos de defesa e contribuir para um processo equitativo, consagrados nos artºs 20 e 32 nºs 1, 3 e 5, ambos, da CRP.

c) A última questão diz respeito ao texto da lei (artº 271 do CPP).

O nº 1 prescreve: a *requerimento do MP*, pode proceder-se à inquirição... *bem como nos casos de vítima de crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual*. Os casos em que pode promover inquirição estão enunciados neste número e um deles refere-se à audição da vítima, pela prática de crime sexual.

O nº 2 é ainda mais redutor: em processo por crime contra a autodeterminação sexual do menor, *procede-se sempre* à inquirição da vítima. É pouco importante saber o que nós pensamos numa perspectiva individual. A lei é geral e abstracta e é para cumprir, mesmo quando dela discordamos. Esta é uma das mais importantes garantias do Estado de Direito Democrático, muitas vezes, completamente postergada. A interpretação tem um quadro legal para se mover e no Direito Penal esta tarefa é bem apertada. Apesar de tudo e como forma de superar algumas incongruências o legislador lançou uma válvula de escape para ser utilizada pelo *juiz do julgamento* (nº 8): a *tomada de declarações para memória futura, não prejudica a prestação de depoimento em audiência de julgamento ... sempre que ele for possível e não puser em causa a saúde física ou psíquica da pessoa que o deva prestar*. Podemos concluir que a vítima do alegado crime sexual é menor e por isso, o legislador consagrou a obrigatoriedade do depoimento.

Assim, o MP alegou justificação sumária para antecipar o depoimento; alegou alguns factos motivo daquela antecipação e o concreto fundamento do pedido. Não obstante a escassa matéria indiciada, cuja direcção é da competência do MP, e a não constituição do suspeito como arguido, julgamos que a lei não dá

margem para dúvida quando estamos perante uma (alegada) vítima de crime, onde está em causa a autodeterminação sexual. A audição, desde que satisfeitos aqueles requisitos e outros (relatório de psicologia forense) pode constituir um valioso e esclarecedor meio de prova.

Procede o recurso.

Acordam os juízes desta 4ª Secção Criminal em julgar procedente o recurso interposto pelo MP, ordenando-se a audição da menor AA a prestar declarações para memória futura.

Registe e notifique.

Sem custas.

Porto, 13 de Março de 2024.

Relator: Horácio Correia Pinto.

1ª Adjunta: Paula Cristina Jorge Pires.

2ª Adjunta: Líliana Páris Dias.