

“POR QUEM OS SINOS DOBRAM” AS DECLARAÇÕES PARA MEMÓRIA FUTURA, A SUA (DES)NECESSIDADE NO ÂMBITO DA LEI TUTELAR EDUCATIVA E O CONTRADITÓRIO NO ÂMBITO DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL E DO TEDH ¹

JÚLIO BARBOSA E SILVA

Partindo da análise de dois Acórdãos recentes proferidos pelo Tribunal da Relação de Lisboa, debruça-se o autor sobre as especificidades das regras de aquisição e valoração da prova plasmadas na Lei Tutelar Educativa, tendo por parâmetro o disposto nos instrumentos normativos e recomendações internacionais, bem assim como a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Exorta o autor a procura do justo equilíbrio entre os interesses eventualmente contrapostos, de responsabilização e reinserção do jovem infractor, por um lado, e de protecção da vítima, por outro, convocando outras formas de exercício do contraditório e sugerindo práticas judiciais facilitadoras da harmonização dos ditos interesses.

1. INTRODUÇÃO

O presente texto não pretende efectuar uma análise à globalidade do desenho tutelar educativo mas tão só ater-se a uma questão que se relaciona, simultaneamente, com o caminho para a prova do facto — condição *sine qua non* para aplicação de medida tutelar educativa — e a necessidade de ter em conta que esse caminho pode contender com questões de protecção de interesses de vítimas dos factos qualificados como crime praticados por um jovem, questão essa que ganha ainda mais premência quando essas vítimas são também menores de 18 anos de idade. Nesses casos terá de se tentar uma harmonização de direitos e objectivos legais, fazendo confluir na decisão e na forma como a mesma é alcançada essa duplicidade de protecção.

¹ Fica aqui um abraço e um obrigado ao meu colega e amigo Celso Alexandre Rocha, pelos comentários efectuados à versão inicial do texto, que o ajudaram a tornar um pouco mais “*reader friendly*”. Obviamente, tudo o que possa ser criticável é da responsabilidade exclusiva do autor.

Talvez por isso, como se verá adiante, o título destas reflexões poderia ser, simplesmente “A propósito dos Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 30 de Junho de 2011 ² e de 7 de Fevereiro de 2012 ³”, já que foi através deles e por eles que se deu um alerta para um problema e temática interessante, sendo que aqui nos interessa, em particular, a sua inserção e aprofundamento no âmbito da Lei Tutelar Educativa.

De forma muito resumida, já que o desenvolvimento é feito subsequentemente, a primeira das decisões considerou que no âmbito da justiça juvenil se aplicavam, sem mais, as regras processuais penais relativas às declarações para memória futura em crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, parecendo esquecer ou desconsiderar as regras próprias do n.º 3 do artigo 66.º da Lei Tutelar Educativa ⁴ (doravante referida como LTE) que estabelece uma regra de obrigatoriedade de inquirição de testemunhas e ofendidos/vítimas menores de 16 anos pelo magistrado do Ministério Público ou pelo Juiz, dependendo da fase em que se encontrem os autos (inquérito ou fase jurisdicional).

Esta solução legal compreende-se bem, face à posição desses intervenientes, principalmente da vítima ou ofendido menor de 16 anos, dando-se um sinal positivo de tratamento diverso à vítima — mal tratada no âmbito geral da justiça juvenil portuguesa mas não é esse o ponto essencial deste texto — normalmente frágil pela sua juventude, não relegando totalmente o seu papel para um campo secundário no processo tutelar educativo. A inquirição por parte dos magistrados justifica-se, então, pela especial sensibilidade que deve estar presente quando se ouvem crianças e jovens com idades inferiores a 16 anos, pretendendo-se conferir uma maior segurança e especialidade nesses casos. Daí que tenha de se prestar um especial cuidado, por exemplo, nas inquirições de vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, não podendo, em qualquer circunstância, na LTE, tais inquirições serem efectuadas pela Polícia (qualquer que seja o OPC e independentemente da competências reservadas de investigação que possa ter).

² Cfr. Processo n.º 4752/10.1T3AMD-A.L1-9, Relator: Desembargador Carlos Benido, acessível através do sítio www.dgsi.pt.

³ Cfr. Processo n.º 3610/10.4TAALM.L1-5, Relator: Desembargador Luís Gominho, acessível através do sítio www.dgsi.pt

⁴ O artigo 66.º da LTE “Declarações e inquirições” estabelece:

“1 — Os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto do menor prestam declarações, mas não são ajuramentados.

2 — A inquirição sobre factos relativos à personalidade e ao carácter do menor, bem como às suas condições pessoais e à sua conduta anterior e posterior, é permitida, quer para prova do facto quer para avaliação da necessidade de medida tutelar e determinação da medida a aplicar.

3 — Quando tenham idade inferior a 16 anos, o ofendido e as testemunhas são inquiridos pela autoridade judiciária.

4 — O ofendido é inquirido quando a autoridade judiciária, oficiosamente ou a requerimento, o entender conveniente para a boa decisão da causa.

Isto é um indício forte da especialidade e melindre destas inquirições, devendo desde logo ser uma característica que deve pairar sobre qualquer acção ou decisão no âmbito da justiça juvenil.

E por falar em ofendido, estabelece este artigo no seu n.º 4, que é inquirido quando a autoridade judiciária, oficiosamente ou a requerimento, **o entender conveniente** para a boa decisão da causa. Não parece estabelecer-se, assim, uma obrigatoriedade de o fazer, tratando-se de uma faculdade, ainda que, obviamente nos casos de factos qualificados como crime contra a liberdade e autodeterminação sexual seja uma diligência da qual normalmente não se poderá ou deverá prescindir para a boa prova dos factos e protecção da criança vítima ou testemunha, como se verá já em seguida.

Também se desconsidera naquela primeira decisão o disposto no artigo 106.º da LTE, já que este permite a leitura dos autos de inquirição/audição de testemunhas/vítimas em sede de julgamento.

Por seu turno, a segunda decisão referida, de 7 de Fevereiro de 2012, considerou que se poderia “importar” para um processo tutelar educativo umas declarações para memória futura prestadas pela mesma vítima de factos qualificados como crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, quanto à mesma situação factual no âmbito de um processo penal, sendo certo que a separação dos processos se prendia com co-autores maiores e menores de 16 anos de idade.

Tratam-se, portanto e em ambas as decisões referidas, de questões de lei e da sua interpretação finalística, não isolada mas inserida num mundo de recomendações e orientações legais bem como de decisões judiciais, como se tentará demonstrar em seguida, mundo esse que não pode ficar à margem do debate de ideias sobre o assunto nem pode qualquer decisão que se pretenda ser justa desligar-se dessas outras realidades jurídicas.

Referimo-nos ao recurso, à necessidade e à utilização das declarações para memória futura no âmbito do processo tutelar educativo, tendo como pano de fundo as decisões referidas do Tribunal da Relação de Lisboa e tentaremos fornecer algumas pistas na tentativa de saber se o sistema de justiça juvenil português permite, prevê ou comporta, já hoje, práticas orientadas para a conformação dos procedimentos naqueles termos ou se, ao invés, estamos perante regras inexistentes, sendo que na falta de comandos legais expressos para o efeito, temos de aplicar necessariamente as regras previstas no artigo 271.º do CPP, as quais, como veremos, mesmo assim, não são suficientes, na nossa opinião, para uma adequada protecção das crianças vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

2. ALGUMAS ORIENTAÇÕES E RECOMENDAÇÕES INTERNACIONAIS COMO PONTO DE PARTIDA, PERMANÊNCIA E CHEGADA NA ABORDAGEM À QUESTÃO DO PAPEL DAS VÍTIMAS NO PROCESSO

Assumem importância essencial neste âmbito de protecção de crianças vítimas ou testemunhas, entre muitas orientações, recomendações e instru-

mentos internacionais, as orientações das Nações Unidas sobre o artigo 12.º da Convenção Sobre os Direitos da Criança (direito da criança vítima ou testemunha a ser ouvida) previstas nos parágrafos 62 a 64 do Comentário Geral n.º 12 do Comité sobre os direitos da criança, 51.ª sessão levada a cabo em Genebra de 25 de Maio a 12 de Junho de 2009 ⁵ bem como e principalmente, a Resolução 2005/20 do Conselho Económico e Social das Nações Unidas, que estabelece as *Guidelines* sobre justiça em assuntos que envolvam crianças vítimas e testemunhas de crimes.

Com efeito, esta Resolução 2005/20 pode e deve servir para nortear práticas judiciais, para além da influência que pode e deve ter no direito a constituir.

Ora, no que diz especificamente respeito ao objectivo deste texto, é desde logo o parágrafo n.º 4 que refere que “Na implementação das *Guidelines*, cada jurisdição deve assegurar que são colocados em prática formação adequada, selecção e procedimentos a fim de proteger e ir ao encontro das necessidades especiais das crianças vítimas e testemunhas de um crime, onde a natureza da vitimização afecta categorias de crianças de forma diferente, tal como agressões sexuais de crianças, em especial raparigas.”

O parágrafo n.º 9, alínea a), define o conceito de crianças vítimas e testemunhas como as crianças e adolescentes com idade inferior a 18 anos, que são vítimas ou testemunhas de um crime, independentemente do seu papel na infracção ou na perseguição penal do alegado infractor ou grupo de infractores.

Por aqui se verifica, desde logo, alguma diferença em relação ao direito português, o qual estabelece, com frequência no âmbito penal e tutelar educativo, tratamento diverso, consoante as crianças e jovens tenham mais ou menos de 16 anos de idade.

Uma característica processual e prática que a Resolução salienta é a de um processo sensível às crianças, às suas especificidades, maturidade,

⁵ Estes parágrafos referem-se expressamente à figura da criança vítima e criança testemunha, estabelecendo que:

62. À criança vítima e à criança testemunha de um crime deve ser dada a oportunidade de exercer plenamente o seu direito de expressar livremente a sua visão, de acordo com a Resolução do Conselho Económico e Social das Nações Unidas n.º 2005/20, “*Guidelines* sobre justiça em assuntos que envolvam crianças vítimas e testemunhas de crimes”.
63. Em particular, isto significa que todos os esforços devem ser feitos por forma a assegurar que uma criança vítima e/ou testemunha seja consultada nos assuntos relevantes que digam respeito ao envolvimento no caso concreto, permitindo que se expresse livremente, e da sua maneira, pontos de vista e preocupações respeitantes ao seu envolvimento no processo judicial.
64. O direito da criança vítima e testemunha está também ligado ao direito de ser informada sobre assuntos tais como a existência de serviços de saúde, psicologia e sociais, o papel da criança vítima e ou testemunha, a forma como as inquirições são conduzidas, quais os mecanismos de suporte à criança existentes ao submeter uma queixa e participação nas investigações e procedimentos em Tribunal, os locais específicos e tempos de audição, a disponibilidade de medidas de protecção, as possibilidades de obter compensações e os mecanismos de recurso.”

necessidades, pontos de vista, fragilidades e susceptibilidades para que se dê, de facto e na prática, uma protecção às crianças vítimas e testemunhas de crime, sendo certo que a idade não deve ser um entrave à efectiva participação e relevo da prova que tais actores podem fornecer (cfr., por exemplo, parágrafo n.º 9, alínea *d*), e especialmente parágrafos n.ºs 10 a 14, 16 e 18).

O parágrafo n.º 23 estabelece ainda, com importância para o tema, que “Na assistência a crianças vítimas e testemunhas, os profissionais devem levar a cabo todos os esforços para coordenar o apoio para que a criança não seja sujeita a intervenções excessivas”. De acordo com a definição de profissionais dada pelo parágrafo n.º 9, alínea *b*), o conceito abrange, entre outros, procuradores, juízes, advogados de defesa e polícias.

Depois de pugnar pela adopção de medidas que assegurem protecção a vários níveis destes intervenientes especiais, o parágrafo n.º 31, nas suas alíneas *a*) e *b*), dá indicações preciosas aos profissionais por forma a evitar constrangimentos e mau-estar, estabelecendo que devem ser implementadas medidas:

- a*) Para limitar o número de entrevistas: procedimentos especiais para recolha de prova por parte de crianças vítimas e testemunhas devem ser implementados por forma a reduzir o número de entrevistas, depoimentos, audições e, especialmente, **contacto desnecessário com o processo de justiça**, tal como através do uso de gravação vídeo ⁶;
- b*) Por forma a assegurar que crianças vítimas e testemunhas são protegidas, se compatível com o sistema legal e com o respeito devido pelos direitos da defesa, de contra interrogatórios pelo alegado perpetrador: se necessário, as crianças vítimas e testemunhas devem ser entrevistadas e examinadas em Tribunal, fora da vista do alegado perpetrador e devem ser providenciadas em Tribunal salas de espera separadas e áreas de entrevista privadas;

Com efeito, também a *guideline* 65 das *Guidelines* do Comité de Ministros do Conselho da Europa para uma Justiça Amiga das Crianças de 17 de Novembro de 2010 refere já que depoimentos audiovisuais de crianças que sejam vítimas ou testemunhas devem ser encorajados, conquanto respeitem o direito das outras partes de contestar o conteúdo de tais depoimentos. Também as *guidelines* 68 e 69 parecem indicar neste sentido, recomendando-se que o contacto directo da criança vítima com o alegado perpetrador deve ser evitado sempre que possível, a não ser que a vítima o requeira e que deve ser dada a oportunidade às crianças de prestar depoimentos sem a presença do alegado infractor.

No mesmo sentido de todas estas disposições temos a Convenção do Conselho da Europa sobre a Protecção de Crianças contra a exploração e

⁶ Negrito nosso.

abuso sexual, também conhecida pela Convenção de Lanzarote, de 25 de Outubro de 2007, já ratificada por Portugal e em vigor a 1 de Dezembro de 2012 (cfr. em especial, Capítulo VII, artigos 30.º, 31.º e 35.º da Convenção sobre procedimentos, investigação, protecção e entrevistas/audição da criança) e ainda a Recomendação CM/Rec(2012)2 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros sobre a participação de crianças e jovens abaixo dos 18 anos de idade (adoptada pelo Comité a 28 de Março de 2012).

2.1. O caso especial das orientações da Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho da União Europeia, de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal e os Acórdãos do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 16 de Junho de 2005 (Acórdão Pupino) ⁷ e de 21 de Dezembro de 2011 (Segunda Secção) ⁸

Por fim, e porque consideramos que a protecção da vítima é o objectivo fundamental daquilo que se quer que sejam as legislações nacionais em todo o seu espectro de aplicabilidade, parece-nos importante referir a Decisão-Quadro do Conselho, de 15 de Março de 2001 ⁹, relativa ao estatuto da vítima em processo penal ¹⁰.

Em especial, ali refere-se, no considerando 5.º que “As necessidades da vítima devem ser consideradas e tratadas de forma abrangente e articulada, evitando soluções parcelares ou incoerentes que possam dar lugar a uma vitimização secundária”.

O artigo 2.º estabelece que “Cada Estado-Membro assegura às vítimas um papel real e adequado na sua ordem jurídica penal. Cada Estado-Membro continua a envidar esforços no sentido de assegurar que, durante o processo, as vítimas sejam tratadas com respeito pela sua dignidade pessoal e reconhece os direitos e interesses legítimos da vítima, em especial no âmbito do processo penal”.

O artigo 3.º estabelece que “Cada Estado-Membro garante à vítima a possibilidade de ser ouvida durante o processo e de fornecer elementos de prova.

Cada Estado-Membro toma as medidas adequadas para que as suas autoridades apenas interroguem a vítima na medida do necessário para o desenrolar do processo penal”.

⁷ Cfr. Processo C-105/03, Relator: Cunha Rodrigues.

⁸ Cfr. Processo C-507/10, Relator: Cunha Rodrigues.

⁹ As decisões-quadro vinculam os Estados-Membros quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. As decisões-quadro não produzem efeito directo.

¹⁰ O artigo 1.º, alínea a), da Decisão-Quadro define vítima como “a pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um dano moral, ou uma perda material, directamente causadas por acções ou omissões que infrinjam a legislação penal de um Estado-Membro”.

O artigo 8.º, n.º 4, desta Decisão-Quadro estabelece ainda que “Quando for necessário proteger as vítimas, designadamente as mais vulneráveis, dos efeitos do seu depoimento em audiência pública, cada Estado-Membro assegura o direito de a vítima poder beneficiar, por decisão judicial, de condições de depoimento que permitam atingir esse objectivo por qualquer meio compatível com os seus princípios jurídicos fundamentais”.

...

Se bem que aqui se coloquem questões mais melindrosas pela especificidade do processo tutelar educativo e de vítimas vulneráveis nesse âmbito como sejam as crianças e jovens, a verdade é que os princípios de protecção de vítimas erigidos pelas legislações nacionais bem como pela legislação comunitária e pelas orientações e recomendações internacionais não beliscam minimamente a interpretação a dar neste campo àquilo que já decorre, em parte, de uma leitura correcta daquilo que já se encontra estabelecido na lei e no seu espírito — na justiça juvenil quer-se facilitar a prova do facto para chegar a objectivos e tarefas mais nobres e importantes, tal como a educação do jovem e a sua inserção saudável na sociedade.

Os Acórdãos do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 16 de Junho de 2005 (Acórdão Pupino) e de 21 de Dezembro de 2011 (Segunda Secção) ao decidir questões prejudiciais colocadas por um Tribunal Italiano estabeleceram, embora não tenham directamente a ver com a justiça juvenil e com a concreta questão em análise, algumas interpretações daquela Decisão-Quadro que podem ter interesse para a forma como se deve olhar para o papel das vítimas nos casos concretos.

O Acórdão de 21 de Dezembro de 2011 referiu, então, no seu parágrafo n.º 25 que “Os artigos 2.º e 8.º, n.º 4, da decisão-quadro obrigam cada Estado-Membro a envidar esforços no sentido de assegurar, nomeadamente, que durante o processo as vítimas sejam tratadas com respeito pela sua dignidade pessoal, de assegurar às vítimas particularmente vulneráveis a possibilidade de beneficiarem de um tratamento específico, o mais adaptado possível à sua situação, e de assegurar, quando for necessário proteger as vítimas, designadamente as mais vulneráveis, dos efeitos do seu depoimento em audiência pública, o direito de a vítima poder beneficiar, por decisão judicial, de condições de depoimento que permitam atingir esse objectivo por qualquer meio compatível com os seus princípios jurídicos fundamentais”, estabelecendo, no parágrafo seguinte, que uma criança de tenra idade que alega ser vítima de actos de natureza sexual por parte do seu pai é, sem dúvida, susceptível de preencher aquele conceito de vítima como definido na decisão-quadro citada.

Nos parágrafos n.ºs 29 e 30 esclarece que, de acordo com a legislação italiana em causa no processo, o depoimento prestado durante os inquéritos preliminares deve, em regra, ser novamente produzido na audiência pública para adquirir valor de prova plena. No entanto, em determinados casos, este depoimento pode ser prestado uma só vez, no decurso dos inquéritos preli-

minares, com o mesmo valor probatório, mas segundo modalidades diferentes das aplicadas na audiência pública e que os objectivos da decisão-quadro “exigem que um órgão jurisdicional nacional tenha a possibilidade, no que diz respeito às vítimas particularmente vulneráveis, de utilizar um procedimento especial, como o incidente da produção antecipada de prova prevista pelo direito italiano, bem como as formas especiais de depoimento igualmente previstas, se este procedimento der melhor resposta à situação dessas vítimas e se impuser para prevenir a perda dos elementos de prova, para reduzir ao mínimo a repetição dos interrogatórios e para evitar as consequências prejudiciais, para as referidas vítimas, do seu depoimento em audiência pública”.

No que diz respeito ao citado Acórdão Pupino, depois de referir que o carácter vinculativo das decisões-quadro cria para as autoridades nacionais, e em especial para os órgãos jurisdicionais nacionais, uma obrigação de interpretação conforme do direito nacional, o Tribunal indicou no parágrafo n.º 47 daquela decisão que “a obrigação de o juiz nacional fazer referência ao conteúdo de uma decisão-quadro quando procede à interpretação das regras pertinentes do seu direito nacional cessa quando este último não possa ser objecto de uma interpretação que conduza a um resultado compatível com o pretendido por essa decisão-quadro. Por outras palavras, o princípio da interpretação conforme não pode servir de fundamento a uma interpretação *contra legem* do direito nacional. No entanto, este princípio exige que o órgão jurisdicional nacional tome em consideração, sendo caso disso, o direito nacional no seu todo para apreciar em que medida este pode ser objecto de uma interpretação que não conduza a um resultado contrário ao pretendido pela decisão-quadro”.

Por fim, explicita ainda no parágrafo n.º 59 que “A decisão-quadro deve, assim, ser interpretada de modo a que sejam respeitados os direitos fundamentais, com particular acuidade o direito a um processo equitativo, tal como é enunciado no artigo 6.º da Convenção e interpretado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.”

2.2. Os artigos 6.º e 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Como acabou de se referir, a interpretação conforme dos objectivos legais (sejam decisões-quadro, legislação nacional ou mesmo, na nossa opinião recomendações e orientações internacionais) deve cessar a partir do momento em que se coloque em causa o disposto no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) ¹¹.

¹¹ Como é sabido, estabelece o artigo 6.º da CEDH (Direito a um processo equitativo) “1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá,

Sucedem que este artigo, quanto a nós, se bem que virado tradicional e de certa forma naturalmente para arguidos não visa apenas a protecção destes mas também, e por vezes de forma muito necessária, das vítimas de crimes, que merecem tanto um *fair trial* como qualquer actor processual.

No **Acórdão Doorson contra a Holanda, de 26 de Março de 1996**¹², parágrafo 70, o TEDH estabeleceu que “é verdade que o Artigo 6.º (art. 6) não estabelece explicitamente a obrigatoriedade de ter em consideração os interesses das testemunhas em geral e de vítimas chamadas a testemunhar em particular. No entanto, a sua vida, liberdade ou segurança enquanto pessoa pode estar em risco, tal como os interesses que caíam no âmbito do Artigo 8.º (art. 8) da Convenção. Tais interesses de testemunhas e vítimas são em princípio protegidos por outras disposições substantivas da Convenção, que implicam que os Estados Contratantes devem organizar os seus procedimentos criminais de tal maneira que tais interesses não sejam injustificadamente ameaçados. Neste contexto, os princípios de processo equitativo também impõem que em casos determinados, os interesses da defesa sejam balanceados com aqueles das testemunhas ou vítimas chamados a testemunhar.”

É interessante frisar ainda que o TEDH neste caso entendeu esclarecer que não lhe compete avaliar, mas sim aos tribunais nacionais, se determinadas provas (neste caso testemunhos) foram bem admitidos como prova. Cabe ao TEDH a tarefa de apurar se, na sua globalidade, o processo e os proce-

quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

2. Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:

- a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;
- b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;
- c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;
- d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;
- e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.”

¹² Cfr. Processo n.º 20524/95, parágrafo 70, acessível através do sítio www.echr.coe.int (tradução nossa). Em causa estava a protecção devida a testemunhas num caso de tráfico de droga e a decisão de não revelar as suas identidades ao arguido.

dimentos foram equitativos, incluindo a forma como a prova foi colhida e efectuada. Por fim, o TEDH indicou que não pode afirmar, em abstracto, que as provas fornecidas por uma testemunha em julgamento aberto e mediante juramento devem ser sempre mais fiáveis que outras declarações prestadas por essa mesma testemunha durante os procedimentos criminais, nem mesmo quando estão os dois em conflito (cfr. parágrafo 78).

Muito interessante para os nossos propósitos é o **Acórdão SN contra a Suécia, de 2 de Julho de 2002**¹³. Em que estava em causa a prática de crimes sexuais contra uma criança de 10 anos por parte de um Professor. A investigação iniciou-se e foram tomadas declarações à criança, por duas vezes, uma em vídeo e áudio e outra apenas em áudio, diligência esta (a segunda) onde a defesa teve oportunidade de requerer a formulação de perguntas sobre os factos. De acordo com a legislação sueca referida na decisão (cfr. parágrafo 27) o Tribunal deve determinar, tendo em conta todas as circunstâncias relevantes do caso, se a criança deve testemunhar sempre que se pretendam utilizar provas de uma testemunha com idade inferior a 15 anos. Não existe disposição semelhante no que diz respeito a crianças lesadas/vítimas. No entanto e na prática, essas provas são apresentadas ao Tribunal na forma de gravação vídeo por parte da polícia, que é reproduzida durante o julgamento. Sempre que tal sucede, o Tribunal aplica uma disposição legal que permite que as declarações efectuadas perante a polícia ou ao procurador ou fora do Tribunal podem ser usadas apenas se isso estiver especialmente previsto, se a pessoa que tiver prestado as declarações não puder ser ouvida perante o Tribunal ou caso existam razões particulares de inconveniência, importância das declarações e outras circunstâncias relevantes do caso.

O arguido, depois de ter sido condenado, mesmo após recurso nos Tribunais Nacionais, recorreu para o TEDH afirmando ter sido violado seu direito a um processo equitativo, nomeadamente porque havia sido violado o artigo 6.º, n.º 3, alínea d), da CEDH, não podendo colocar perguntas à testemunha/vítima.

O Estado Sueco, respondendo, afirmou em resumo, que os procedimentos levados a cabo serviam para protecção da vítima e que o artigo 6.º do TEDH não poderia ser lido como permitindo que o advogado de defesa coloque directamente perguntas à criança. Para além disso, o arguido durante os procedimentos, nunca pediu que a vítima fosse ouvida em Tribunal e a defesa teve oportunidade de estar presente na segunda audição da vítima e formular perguntas, acabando por não estar presente nem o requerer posteriormente. Alegou ainda que o facto de as declarações terem sido filmadas eram muito mais fidedignas em audiência de julgamento do que leituras por escrito dos depoimentos prestados durante a investigação nessa mesma fase,

¹³ Cfr. Processo n.º 34209/96 (decisão final a 2 de Outubro de 2002), acessível através do sítio www.echr.coe.int (tradução nossa).

podendo ver, como sucedeu, que algumas perguntas da polícia direccionavam a testemunha, o que levou à absolvição parcial. Alegou por fim que as declarações da vítima não era a única prova disponível e tida em conta.

Depois de afirmar aquilo que já ficou referido supra sobre as prerrogativas do Tribunal quanto a uma análise global da equidade de um processo, o TEDH esclarece no parágrafo n.º 44 que “todas as provas devem, normalmente, ser produzidas na presença do acusado numa audiência pública com vista à argumentação adversarial. No entanto, a utilização como prova de declarações obtidas no inquérito policial ou investigação judicial não é, em si própria, inconsistente com os parágrafos 1 e 3 (d) do Artigo 6, desde que os direitos da defesa tenham sido respeitados. Como regra, estes direitos exigem que ao arguido seja dada uma adequada e suficiente oportunidade de desafiar e questionar uma testemunha contra si, seja quando esta presta o seu depoimento ou numa fase mais avançada dos procedimentos”¹⁴ (...) O Tribunal ainda chama a atenção ao facto de que o Artigo 6 não dá ao acusado um direito ilimitado de garantir a comparência de testemunhas a julgamento. Em regra compete aos tribunais nacionais decidir se é necessário ou aconselhável ouvir uma testemunha (cfr. entre outras autoridades, *Bricmont contra a Bélgica*, julgamento de 7 de Julho de 1989, Series A n.º 158, p. 31, § 89”).

O TEDH, no parágrafo 47, explicita que, tendo em conta as especificidades de crimes sexuais e dos seus procedimentos, que são entendidos como uma provação pelas vítimas, principalmente quando estas são confrontadas com o arguido de forma involuntária/imposta. Estas características ainda são mais proeminentes nos casos que envolvam menores pelo que o julgamento sobre se o arguido teve direito ou não a um processo equitativo deve ser ponderado com o direito ao respeito pela vida privada da vítima. “Portanto, o Tribunal aceita que em casos de procedimentos criminais respeitantes a abuso sexual, certas medidas sejam tomadas com o propósito de protecção da vítima, desde que tais medidas possam ser conciliadas com um adequado e efectivo exercício dos direitos da defesa (cfr. *Baegen contra a Holanda*, julgamento de 27 de Outubro de 1995, Series A n.º 327-B, opinião da Comissão, p. 44, § 77). Na protecção dos direitos da defesa, as autoridades judiciais podem ser chamadas a tomar medidas que contrabalançam as deficiências ao abrigo das quais aquela trabalha (cfr. *Doorson contra a Holanda*, julgamento de 26 de Março de 1996, (...) e *P.S. contra a Alemanha*, n.º 33900/96, § 23, 20 de Dezembro de 2001¹⁵).”

¹⁴ O TEDH remete, nesta parte, para o **Acórdão Saïdi contra a França, de 20 de Setembro 1993**, Series A, n.º 261-C, p. 56, § 43, e **A. M. contra a Itália**, processo n.º 37019/97, § 25, ECHR 1999-IX.

¹⁵ Neste **Acórdão P.S. contra a Alemanha**, presidido pelo Juiz português Ireneu Cabral Barreto, estava em causa o abuso sexual de uma criança de 8 anos, tendo a decisão condenatória tido por base apenas depoimentos indirectos de um polícia e da mãe da criança, não se tendo chamado a criança a depor já que tal poderia colocar em risco a sua saúde mental. O TEDH entendeu que foi violado neste caso o artigo 6.º, n.º 3, alínea d), da CEDH já que o arguido não teve a oportunidade, durante a investigação ou julgamento, de contraditar o

No parágrafo 52, o TEDH julga, então, não haver violação do artigo 6.º, n.º 3, alínea d), da CEDH, nem na parte relativa à ausência do seu defensor à segunda audição da vítima, nem na parte que diz respeito ao facto de o arguido afirmar a impossibilidade de examinar a prova com base na vítima durante o julgamento e recursos. “Tendo em conta as características especiais dos procedimentos criminais respeitantes a ofensas sexuais (cfr. parágrafo 47 supra), esta disposição não pode ser interpretada como impondo em todos os casos que sejam colocadas questões directamente pelo acusado ou o seu advogado de defesa, através de contra interrogatório (*cross examination*) ou outros meios”, notando ainda que a primeira entrevista efectuada pela polícia foi mostrada durante o julgamento e audiência de recurso e que a segunda entrevista foi lida pelo Tribunal de primeira instância e a sua gravação foi ouvida pelo Tribunal de recurso. Nas circunstâncias do caso, referiu ainda o TEDH, estas medidas devem ser consideradas suficientes para o arguido colocar em causa as declarações da vítima e a sua credibilidade durante os procedimentos criminais. Essa contestação, nota ainda e por fim o TEDH, permitiu que o Tribunal de recurso reduzisse a pena do arguido pois considerou que parte das acusações contra si deduzidas não se provaram.

Tem também algum interesse, por algumas das suas conclusões, que veremos em seguida, o **Acórdão Chmura contra a Polónia, de 3 de Abril de 2012**¹⁶. Estava em causa a admissibilidade e valoração, por parte de um Tribunal polaco, de declarações para memória futura de uma testemunha de um crime de associação criminosa, rapto e roubo, que não foi, nessa diligência (em tudo semelhante àquelas declarações no CPP), interrogada pelo arguido ou pelo seu defensor, sendo que a testemunha já havia sido inquirido outras vezes, reconhecido o arguido e sido acareado com este durante o inquérito, tendo tido o Sr. Chmura oportunidade de consultar os autos anteriormente às declarações para memória futura. Naquela diligência, o arguido e o seu advogado, depois de lhes ter sido negado pelo procurador o acesso ao inquérito por motivos que se prendiam com a protecção da testemunha (e simultaneamente vítima), decidiram abandonar a diligência sem terem efectuado perguntas àquela testemunha.

testemunho da criança ou testar a sua credibilidade. Apenas no Tribunal de segunda instância e passado um ano e meio dos factos foi efectuada perícia para aferir da credibilidade da criança. Sendo a única prova as declarações da vítima relatadas por terceiros, um deles familiar directo (a mãe), este caso era diferente de outros e por aí o TEDH considerou ter havido violação da CEDH.

Quanto a nós esta decisão pode ser discutida, dependendo da credibilidade e concreta apreciação da prova produzida pelas duas testemunhas em certos pontos, já que a partir daí e não sendo motivo para afastar e valorar tais declarações, pode-se equacionar se não se sobrepôs, de forma (eventualmente) excessiva, o direito do acusado sobre o da vítima. Na nossa opinião, o exame pericial solicitado pela segunda instância colocaria as coisas em equilíbrio, sendo que o acusado poderia ter solicitado (e não o fez) o interrogatório da criança em julgamento de segunda instância.

¹⁶ Cfr. Processo n.º 18475/05, acessível através do sítio www.echr.coe.int

Depois de inúmeras tentativas para fazer com que a testemunha viesse a julgamento depor foi mostrado o vídeo da sua audição para memória futura.

O TEDH entendeu que tal não impedia o arguido de contestar as declarações prestadas por essa testemunha, sendo certo que, como se verifica pelas suas alegações, havia, entre essas declarações e outras, versões contraditórias ou pelo menos discrepantes em relação à intervenção do arguido. Também não deu razão ao ali arguido quando este indicou que não questionou a testemunha e vítima no dia das declarações para memória futura por não ter acesso ao inquérito, já que nada impedia, mesmo nessa circunstância (justificada por motivos de segurança e não colocava em perigo o direito da defesa), de colocar questões, confrontando o seu testemunho, concluindo que o uso daquelas declarações não violava o artigo 6.º, n.ºs 1 e 3, da CEDH.

Na sequência daquilo que já foi referido, o **Acórdão Stubbings e outros contra o Reino Unido, de 22 de Outubro de 1996** ¹⁷, no seu parágrafo 64, estabelece inequivocamente que “O abuso sexual é inquestionavelmente um tipo de delito abominável, com efeitos debilitantes nas suas vítimas. Crianças e outros indivíduos vulneráveis têm o direito à protecção do Estado, na sua forma de dissuasão efectiva, em relação a tais graves tipos de interferência com aspectos essenciais das suas vidas privadas.”

Como vimos, a protecção das vítimas em sentido amplo também passa — e de forma igualmente relevante — pelas obrigações positivas dos Estados no tocante ao respeito pela vida privada, tal como estabelecido pelo artigo 8.º da CEDH.

A conclusão a retirar da jurisprudência do TEDH pode ser a de que o grande problema se encontra na conjunção e equilíbrio dos dois artigos (6.º e 8.º da CEDH) nestes casos especiais de vítimas/testemunhas crianças e jovens e um dever geral de protecção destes desde que ainda seja possível o exercício do contraditório — contraditório esse que pode ser exercido por outras formas que não as tradicionais — sendo que, tendencialmente, cada um desses artigos protege, respectivamente, acusado e vítima. O direito a um confronto cara a cara entre acusador/vítima e arguido não é um direito protegido tal e qual pelo TEDH e quanto a nós muito menos o deve ser quando estamos perante vítimas menores de idade. E isto, compreensivelmente e na esmagadora maioria dos casos nada tem que ver com eventual cobardia de quem acusa outrem ou com o direito a amesquinhar e ameaçar, ainda que sem palavras, as vítimas de crimes.

¹⁷ Cfr. Processos conjuntos n.ºs 22083/93 e 22095/93, acessível através do sítio www.echr.coe.int (tradução nossa). No caso estavam em causa casos de abusos sexuais de crianças e adolescentes apenas detectados pelas próprias vítimas passados muitos anos desses abusos (descobertos com ajuda de profissionais de saúde mental) e a prescrição desse factos.

É interessante notar ainda que a eventual falta de equidade de um processo tem necessariamente de se ver pelo seu todo e não por uma sua parcela (que, não obstante, pode ser uma parcela determinante para aquilatar da violação da CEDH) e que é o próprio TEDH que afirma que a admissibilidade de prova é uma questão nacional que compete à legislação e aos tribunais nacionais, sendo a tarefa do TEDH examinar se os procedimentos foram conduzidos com aquilo que podemos designar de probidade, tal como foi referido no parágrafo 46 do **Acórdão Chmura contra a Polónia**.

Nesta última decisão parece-nos muito importante fazer notar que o TEDH menciona expressamente que existe um interesse público e das vítimas em que a acção penal seja devidamente levada a cabo (cfr. parágrafo 51, ao referir a expressão “*properly prosecuted*”).

Por outro lado, é claro que, como refere o TEDH no parágrafo 53 do **Acórdão SN contra a Suécia** que a prova obtida em casos semelhantes, em que a vítima não vai a julgamento e em que a extensão do direito de defesa pode não ser total, deve ser rodeada de cuidados extremos e obedecer a padrões elevados no tocante ao procedimento e conteúdo. Essa posição é reafirmada no **Acórdão Chmura contra a Polónia** no parágrafo 48.

3. ALGUMAS PERGUNTAS (E AINDA MENOS RESPOSTAS)

A questão que se coloca, então e como já referimos na introdução deste texto, face às orientações expostas, é saber se o sistema de justiça juvenil português permite, prevê ou comporta, já hoje, práticas orientadas para a conformação dos procedimentos naqueles termos. Ou se, ao invés, estamos perante regras inexistentes, sendo que na falta de comandos legais expressos para o efeito, temos de aplicar necessariamente as regras previstas no artigo 271.º do CPP, as quais, como veremos, mesmo assim, não são suficientes, na nossa opinião, para uma adequada protecção das crianças vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

Paira sobre o texto, então, uma ou outra questão antiga a que tentaremos, embora não directamente, dar uma resposta: São as vítimas de crimes também e ainda vítimas do próprio sistema de justiça? Dá o sistema algum direito à vítima, enquanto religiosamente está de guarda para preservar os direitos daqueles que são acusados de crimes? ¹⁸

¹⁸ Para além de se falar já, a esta distância temporal, da “redescoberta da vítima”, estas questões e outras foram já colocadas em 1975 e 1977, por ocasião, respectivamente, das reuniões do International Study Institute on Victimology em Bellagio, Itália (1 a 12 de Julho de 1975) e da American Bar Association — Section of Criminal Justice em Chicago (10 de Agosto de 1977), tal como é referido pelo Professor Ezzat A. Fattah (Canadá), cfr. “Some recent theoretical developments in victimology”, Oitavo Congresso Internacional de Criminologia, Actas, Lisboa, 4 a 9 de Setembro de 1978 (realizado pelo Ministério da Justiça de Portugal na Fundação Calouste Gulbenkian), Publicação da Comissão Organizadora, em representação da Sociedade Internacional de Criminologia, página 685.

Obviamente que a complexidade do problema, que volta a dar passos na criminologia actual, extravasa o âmbito deste texto, embora esteja intimamente relacionado.

Na nossa opinião, como tentaremos demonstrar em seguida, o desenho tutelar educativo não convoca, de forma expressa na sua letra e princípios enformadores a aplicação daquelas regras processuais penais no seu âmbito, pelo que qualquer decisão que estabeleça o contrário tem de ser, necessariamente, vista como errada e alvo de censura, uma vez que desatende, por um lado, às especificidades dos actores processuais que importa levar em conta (o jovem infractor e a vítima) bem como às regras erigidas pelo legislador no que diz respeito à forma como na LTE se pode atingir a prova do facto qualificado como crime.

É também uma posição quanto ao papel da vítima: deve ser ela vista como um mero mas importante instrumento na colocação em movimento da máquina, da realização da justiça e dos objectivos legais ou deve ser olhada como um parceiro societário para um fim comum da justiça penal e (aqui principalmente) da justiça juvenil? ¹⁹

Sendo esta última resposta tida por correcta (e temos para nós que assim é), não devem ser efectuados todos os esforços para moldar as regras aos objectivos que, afinal, constituem já metas legais e conformidade com orientações internacionais, tendo sempre em mente os direitos e objectivos legais dos sistemas de justiça juvenil? Não haverá espaço para os dois objectivos de protecção, evitando-se ao máximo a vitimização secundária? ²⁰

4. A APROXIMAÇÃO INICIAL AO PROBLEMA PROPRIAMENTE DITO

Nada do que tem vindo a ser referido é novo ou constitui uma direcção nova.

De facto, a responsabilidade social e processual para com as vítimas deve ser — as bases para isso estão estabelecidas há muito — uma preocupação constante de qualquer processo penal que se queira apelidar de justo, moderno e preocupado, principalmente no que diz respeito às características *sui generis* dos sistemas de justiça juvenil, em que o próprio infractor é uma criança ou um jovem, com necessidades especiais (também ele, a par

¹⁹ Repare-se que já naquele ano de 1978, **Costa Andrade**, na síntese que efectuou da Quinta Secção (Vitimologia) do Oitavo Congresso Internacional de Criminologia, Actas, Lisboa, 4 a 9 de Setembro de 1978, página 695, refere que “Há que considerar a vítima como o mais importante e decisivo *gate-keeper* do sistema de justiça penal, no plano da aplicação efectiva do direito.”

²⁰ Este propósito Ezzat A. Fattah refere, na conclusão do texto referido que as mudanças que então se verificavam comportavam alteração na forma como se passou a ver a vítima, passando-se, por exemplo, de vitimização primária para vitimização secundária e ainda “da responsabilidade funcional da vítima para a responsabilidade social para com a vítima”, cfr. obra citada, página 688.

da vítima) e objecto de protecção especial, sendo certo que sem o contributo da vítima não se poderá, em muitos casos e especialmente em casos de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, chegar ao principal objectivo — o “direito a um tratamento capaz de favorecer o seu sentido de dignidade e valor, reforçar o seu respeito pelos direitos do homem e as liberdades fundamentais de terceiros e que tenha em conta a sua idade e a necessidade de facilitar a sua reintegração social e o assumir de um papel construtivo no seio da sociedade.”²¹

Na verdade, apesar da aceitação universal do direito consagrado no artigo 6.º, n.º 3, alínea *d*), da CEDH (na terminologia inglesa designado de “*confrontation*”) há muito pouco consenso quanto ao seu escopo o que faz com que um conceito unitário seja visto como um mito e ainda como um direito em encolhimento com várias limitações e excepções²².

Como vimos há pouco e como refere também **Ian Dennis**²³, a confrontação envolve mais do que a relação Estado-arguido e o inerente princípio da presunção de inocência na medida em que tal como o acusado tem o direito à protecção e (por aí) à confrontação com as testemunhas que o Estado apresenta, assim se enformando um processo equitativo, também os co-arguidos e vítimas podem chamar o Estado à sua protecção nesse mesmo processo equitativo, o que gera problemas complexos.

Podemos estar, então, perante a teoria da legitimidade do veredicto²⁴, em que a sua aceitação e respeito apenas surgem se estiverem reunidas três qualidades: deve ser factualmente precisa (“*factually accurate*”); deve ter autoridade moral; e deve, por fim, exprimir ele próprio o valor do Estado de Direito (“*rule of law*”).

Concorde-se ou não com estes três parâmetros, a verdade é que o processo equitativo passa invariavelmente pela matéria de facto dada como assente, descrita como factualmente precisa. E é aí que faz a sua entrada a forma como se chega a essa matéria de facto, isto é, os meios de prova, incluindo a prova testemunhal, que é a que nos interessa directamente neste âmbito sendo que as restantes duas qualidades parecem depender directamente da primeira, já que a autoridade moral e aceitação dificilmente se verificam se os factos forem incorrectos ou imprecisos²⁵.

²¹ Cfr. artigo 40.º, n.º 1, da Convenção Sobre os Direitos da Criança. Em termos latos e de forma certa são estes os objectivos a prosseguir nos casos em que uma criança (menor de 18 anos nos termos do artigo 1.º da Convenção) infringe a lei penal. Este conceito é, desde logo, na nossa opinião, preferível ao conceito legal de educação para o direito, o qual tendemos a considerar, de certa forma, menos denso do que aquilo que deveria ser já que se apresenta como tendencialmente vago e desprovido de sentido prático para os seus destinatários naturais.

²² Cfr. **Ian Dennis**, “The right to confront witnesses: Meanings, Myths and Human Rights”, *The Criminal Law Review*, 2010, página 256, acessível através do sítio <http://agc-wopac.agc.gov.my/e-docs/Journal/0000016534.pdf>

²³ Cfr. obra citada, página 257.

²⁴ Sobre a teoria e seus pressupostos, cfr. obra citada, página 258 e seguintes.

²⁵ Como refere **Dennis**, obra citada, página 259, “Pode haver uma contradição no Estado procurar sustentar o primado da lei na base da sua própria violação do mesmo.”

Esta confrontação é uma questão, então e quanto a nós, do direito do próprio arguido contra um veredicto factualmente impreciso e o seu papel na construção de uma decisão justa.

O Estado, corporizado no Tribunal, deve protecção, então, tanto ao arguido e aos seus direitos como à vítima e aos direitos, pelo que uma decisão judicial terá necessariamente que se balançar nesta corda para poder ser encarada, por todos os seus destinatários, como justa e equitativa, a final, dotada de autoridade moral, dessa forma se exteriorizando pela aceitação geral.

Isto pode significar que em alguns casos o direito do acusado possa não ser secundarizado ou relegado para segundo plano, mas pelo menos não dotado de primazia em relação à vítima. E esta constatação pode alterar por vezes os tabuleiros onde se joga a decisão de forma perfeitamente legítima.

Um ponto essencial neste âmbito é então ter em mente que o direito ao interrogatório das testemunhas e vítimas pode ser levado a cabo de forma não presencial e directa, isto, é, não num sentido que podemos designar por físico-oposicional. Daí referir-se a este confronto também como um exame e contra exame das declarações prestadas por uma vítima que convoque especiais cuidados e atenção sem deixar de se tratar de um direito fundamental dos acusados, que poderá ser exercido pelos respectivos defensores e de formas variadas, podendo, por exemplo, solicitar a formulação de questões por qualquer forma, solicitar perícias sobre a credibilidade de determinadas vítimas ou a realização de outro tipo de perícias físicas, sendo que o problema apenas se agudiza ou se torna verdadeira e potencialmente criador de distorções quando estamos em face do testemunho da vítima como única prova possível e existente. E mesmo neste caso é preciso analisar e questionar se essa prova única pode ou deve, no caso concreto, ser valorizada em relação à versão contrária presumivelmente apresentada pelo arguido pois uma supremacia *ab initio* de uma em relação à outra é em si mesma contrária a um processo equitativo ²⁶.

Tudo isto se liga de forma íntima no âmbito do papel do Juiz no âmbito deste tipo de julgamentos e do artigo 127.º do Código de Processo Penal ²⁷ e ao equilíbrio a que o julgador deve presidir em concreto, sem prejuízo do chamamento, com os cuidados necessários ²⁸, da vítima a julgamento, não obstante essa possibilidade dever ser reduzida ao mínimo imprescindível e

²⁶ Por que motivo, nos casos de duas versões contraditórias, se tem de optar pela dúvida razoável que arrasta consigo a absolvição do arguido? É certamente mais fácil mas certamente não mais justo...

²⁷ Que estabelece o princípio da livre apreciação da prova pelo julgador.

²⁸ Como sejam a audição em separado, distorção de som e imagem, etc., a não ser que a própria vítima requeira essa confrontação com o arguido no exercício de um direito muito próprio.

em casos muito especiais de desbloqueamento de dúvidas verdadeiramente inultrapassáveis de outra forma.

Se o problema já é de si complicado em qualquer caso e julgamento, ganha características especialmente difíceis no âmbito da justiça juvenil e em casos de crimes sexuais sobre vítimas menores de idade.

Pegando então naquilo que tem vindo a ser referido, torna-se essencial, então, a habilidade e sensibilidade dos magistrados (e não só), aliada a uma visão de espectro mais lato do que aquele que a LTE pode à primeira vista fazer transparecer (a lei escrita não muda mas pode adaptar-se às preocupações e objectivos da justiça) por forma a conferir, pelo menos nos casos que o exijam, o desejável e necessário equilíbrio entre os interesses do jovem suspeito de ter praticado um facto qualificado como crime pela lei penal e a vítima desse mesmo facto.

É que, não obstante a direcção do processo ser **quase toda** (mas não exclusivamente, como decorre daquilo que já foi referido) direccionada para o jovem ao qual poderá ser aplicada uma medida tutelar, o Direito não se pode esquecer (e por vezes fá-lo de forma inaceitável) da vítima e dos ofendidos em todo o desenho tutelar educativo. Na verdade, não se pode colocar a vítima num pedestal e o jovem no fundo. Mas também não se pode colocar o jovem num pedestal e a vítima no fundo. Daí termos apelado para a gestão dos equilíbrios e a visão de largo espectro de onde se parte e para onde se quer ir com a intervenção tutelar educativa.

Neste seguimento, não podemos deixar de referir que parte da intervenção tutelar educativa pode passar, e passa de facto em alguns casos, pelo “diálogo” que se poderá estabelecer entre o jovem infractor e a vítima (em sentido lato), de que as medidas tutelares educativas de reparação ao ofendido e de tarefas a favor da comunidade, previstas, respectivamente, pelos artigos 11.º e 12.º da LTE, são exemplos certos.

A vinda da vítima ao processo pode igualmente servir para elucidar alguns pontos que eventualmente possam carecer de densificação para se ter uma visão global de um determinado conflito que possa existir. Isto porque, muitas vezes, o acto praticado pelo jovem e que dá início a um determinado inquérito ou processo é utilizado como desculpa ou ponto de partida para cometer factos criminosos por parte das vítimas iniciais (pense-se num furto ou num roubo em que as vítimas alegam terem sido subtraídos mais bens ou valores do que aqueles que na realidade foram pelo jovem, obtendo, com isso, um enriquecimento ilegítimo por parte de seguradoras, por exemplo).

Temos, então, de ter em conta os interesses da vítima mas também do jovem. Dá-se um exemplo comum: as agressões entre jovens em contexto escolar ou de grupos em tempos fora da escola. É necessário ver o contexto dos factos como um todo e não o facto em questão — que determinou o início do inquérito — isoladamente. O jovem sobre o qual se intervém pode ter tido o azar de, hoje, naquele facto concreto, ser visto como o agressor, quando poderia nem sequer ser a parte com maiores culpas na situação.

Torna-se, assim, necessário ver o conflito como um todo (porventura incindível), podendo tratar-se de conflitos antigos e uma situação em que a vítima no nosso processo, hoje, seja quem de facto, no total, mais agrediu e foi mais vezes o agressor.

O magistrado deve ter, então, atenção a tudo isto, preocupando-se, por vezes, em afirmar que o que está para trás tem relevância no futuro do inquérito ou do processo, metendo em discussão, se for preciso, todo o conflito e não apenas os factos que motivaram a intervenção do Tribunal.

Tudo isto para referir, em suma, que, para lá dos casos em que o ofendido/vítima assume um papel importante para os factos qualificados como crime, pode ser importante, por vezes, trazê-lo ao processo para que seja ouvido e sinta, nos casos em que se entenda haver a necessidade de o demonstrar, que, não obstante o processo não estar direccionado para si, não o ignora totalmente, seja para seu benefício ou, eventualmente, “para seu prejuízo”.

O ofendido, referido indistintamente como ofendido ou vítima, recorde-se, é convocado para estar presente na audiência preliminar (cfr. artigo 101.º, n.º 2, alínea c), da LTE), o que se justifica pela importância que pode ter para a solução legal sobre a medida a aplicar ao jovem, que pode passar pelo seu consentimento, principalmente na medida tutelar educativa de reparação ao ofendido prevista no artigo 11.º, n.º 1, alíneas b) e c), e n.º 6, da LTE.

Não nos podemos esquecer que, no caso de vítimas ou testemunhas menores de 18 anos de idade também se aplicam, especialmente, as *Guidelines* do Comité de Ministros do Conselho da Europa para uma Justiça Amiga das Crianças de 17 de Novembro de 2010, o que leva a que se tenha de ter especial atenção, não só ao jovem infractor mas também àqueles actores processuais.

A vítima ou ofendido poderá, em princípio, fazer-se acompanhar às diligências com pessoas da sua confiança, tais como pais ou cuidadores e/ou ainda, sempre que se justifique, por profissionais que lhe possam prestar cuidados e assistência (cfr. *guidelines* 22 a 25 da Resolução 2005/20 do Conselho Económico e Social das Nações Unidas, que estabelece as *Guidelines* sobre justiça em assuntos que envolvam crianças vítimas e testemunhas de crimes).

4.1. A decisão do Tribunal da Relação de Lisboa no Acórdão de 30 de Junho de 2011

Posto isto, teremos de equacionar se tem plena aplicação no âmbito da justiça juvenil o disposto no artigo 271.º do CPP, no que diz respeito às declarações para memória futura e se se aplicam também neste domínio as situações ali previstas, entre outras, tais como:

- Em caso de doença grave de uma testemunha que previsivelmente a impeça de ser ouvida em julgamento;
- Em caso de deslocação para o estrangeiro de uma testemunha que previsivelmente a impeça de ser ouvida em julgamento;

- Nos casos de vítimas de crime de tráfico de pessoas;
- Nos casos (não raros e que nos interessam especialmente aqui) de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual em que se procede, por força da lei, sempre à inquirição do ofendido no decurso do inquérito, desde que a vítima não seja ainda maior.

Ora, segundo uma visão das coisas, sempre que estejamos em face de uma destas situações e em sede de inquérito, pode e deve (como vimos nesta última situação) lançar-se mão deste procedimento, solicitando ao Juiz a designação de data para o efeito e fundamentando devidamente o pedido. A inquirição da vítima competirá não ao Ministério Público mas sim ao Juiz do Tribunal de Família, actuando como “JIC”, de acordo com o n.º 5 daquele artigo 271.º do CPP, tratando-se, assim, de um acto jurisdicional ²⁹ na sua acepção corrente.

Foi este, em suma, o entendimento do **Tribunal da Relação de Lisboa no Acórdão de 30 de Junho de 2011** que decidiu, de forma algo lacónica, que “I. A admissão de declarações para memória futura, no caso previsto no n.º 2, do art. 271.º, do Código de Processo Penal, visa a protecção do menor vítima de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, poupando-o ao trauma de reviver vezes sem conta os acontecimentos e ao constrangimento inerente à solenidade e formalismo de uma audiência de julgamento; II. Aquela norma, por força do art. 128.º, n.º 1, da Lei Tutelar Educativa, é subsidiariamente aplicável ao inquérito tutelar educativo, devendo a vítima de menoridade ser ouvida pelo juiz nesta fase processual”.

Salvo o devido respeito por opiniões contrárias, não nos parece, no entanto, que esta decisão se tenha debruçado sobre a questão essencial levantada pelo despacho judicial recorrido, o qual entendeu — e quanto a nós bem ³⁰ — não se aplicarem aquelas regras previstas no artigo 271.º do CPP no domínio da LTE.

²⁹ Pode-se, com efeito, alegar que não considerar como acto jurisdicional com apoio no disposto nos artigos 40.º, n.º 1, alínea a), 75.º, n.º 1, 66.º, n.º 3, e 28.º, n.º 1, alínea a), todos da LTE é esquecer a aplicabilidade subsidiária do CPP por via do artigo 128.º da LTE e a especificidade, objectivos e melindre da diligência requerida (e as garantias conferidas pela intervenção do chamado Juiz das liberdades, quer para o jovem, quer para a vítima). Estando fora de questão negar que o inquérito tutelar educativo é dirigido pelo Ministério Público, não se poderia admitir que se posterguem, por aí, as regras gerais do CPP, ainda por cima em casos que não estarão previstos na LTE.

³⁰ O despacho recorrido tem o seguinte teor “I — Requerimento de fls. 104:

1. Conforme resulta dos artigos 40.º, n.º 1, alínea a), e 75.º, n.º 1, da L.T.E., o inquérito tutelar educativo é dirigido pelo Ministério Público, ficando apenas reservada ao Tribunal nessa fase de inquérito a prática dos actos jurisdicionais, ao abrigo do disposto no artigo 28.º, n.º 1, alínea a), do mesmo diploma legal.
2. Sucede, como infra esclareceremos, que a inquirição do ofendido A... não constitui, a nosso ver, acto de natureza jurisdicional em sede de I.T.E.

Desde logo porque de acordo com o n.º 3 do artigo 66.º da L.T.E., que estabelece essa regra independentemente da natureza do crime a investigar, o ofendido é inquirido pela autoridade

Na verdade, naquele despacho é referido que a especificidade da justiça juvenil, pelo disposto nos artigos nos artigos 40.º, n.º 1, alínea a), 75.º, n.º 1, 66.º, n.º 3, e 28.º, n.º 1, alínea a), todos da LTE e especialmente o disposto no artigo 106.º da LTE, que permite sempre a leitura dos autos do inquérito que contenham as declarações da vítima, ofendidos ou testemunhas, tornariam desnecessária a intervenção do Juiz para efeitos daquela diligência (declarações para memória futura).

Ora, como se constata do teor da decisão, o **Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30 de Junho de 2011** não se pronunciou acerca desta especificidade do artigo 106.º da LTE (o qual contém regras totalmente opostas às previstas no CPP com o objectivo de assentar factos de forma mais fácil e sem as distorções processuais penais injustificadas na busca da verdade), conjugando-a com a razão de ser da tomada de declarações para memória futura nos casos de factos qualificados como crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual e não tirou quaisquer consequências nesses pressupostos.

Na verdade, temos por correcta a interpretação de que o objectivo daquela norma é permitir não só poupar a vítima “ao trauma de reviver vezes sem conta os acontecimentos e ao constrangimento inerente à solenidade e formalismo de uma audiência de julgamento” ³¹, como acertadamente referiu

judiciária quando tenha idade inferior a 16 anos devendo entender-se autoridade judiciária na fase de inquérito como sendo o Ministério Público uma vez que se trata do Magistrado, como acima assinalámos, que inequivocamente detém a direcção exclusiva dessa fase processual.

O recurso à norma específica do artigo 271.º do C.P.P., apenas poderia fazer-se por apelo ao disposto no n.º 1 do artigo 128.º da L.T.E., o que pressuporia sempre que não existisse norma reguladora da tomada de declarações ao ofendido, que de facto existe conforme salientado e até prevenindo a especialidade daquele ter idade inferior a 16 anos obrigando nesses casos à intervenção directa do Magistrado, o que afasta a relevância jurídica da recolha dessas declarações por parte da entidade policial e/ou dos serviços do I.R.S., os quais assistem, nomeadamente no âmbito do inquérito, o Ministério Público.

Por outro lado haverá que reter, ainda, que salvaguardando a norma do artigo 271.º do C.P.P. os casos em que será conveniente assegurar que depoimentos prestados em fase anterior possam relevar futuramente, nomeadamente em fase de julgamento, nos autos, daí a epígrafe “declarações para memória futura” tal preocupação está minorada no âmbito do processo tutelar educativo uma vez que as limitações ao recurso em fase de audiência final a declarações e depoimentos recolhidos em fase incipiente do processo são menores no âmbito da intervenção tutelar educativa conforme se alcança nomeadamente do disposto no artigo 106.º da L.T.E.

3. Nos termos acima expostos decido indeferir o requerido.

II — Notifique e após devolva os autos aos Serviços do Ministério Público.”

³¹ Cfr. **Paulo Pinto de Albuquerque**, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 2.ª Edição actualizada, UCE, 2008, página 703, nota 10. Ao referir-se aos motivos da norma nos casos de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, o autor explica que “A inserção da previsão das vítimas de crimes sexuais entre aquelas testemunhas que podiam ser ouvidas para memória futura ficou a dever-se a uma iniciativa de um grupo de Juízes do TIC de Lisboa, nas vésperas da revisão de 1998. O argumento era o de que estas testemunhas

o Tribunal da Relação, mas também antecipar e recriar, em sede de inquérito, as formalidades da audiência de discussão e julgamento, numa produção antecipada de prova.

Ora, se assim é, parece que, na verdade, atendendo às disposições conjugadas dos artigos 66.º, n.ºs 3 e 4, e 106.º, ambos da LTE, aquela inquirição pelo Juiz parece desnecessária, pelo menos nos casos em que sejam ofendido/vítimas crianças ou jovens com idade inferior a 16 anos, já que as declarações prestadas por qualquer testemunha em sentido amplo, mesmo perante OPC, podem ser sempre lidas e tidas em conta na formação da convicção do Juiz no âmbito do processo tutelar educativo.

Podemos assim afirmar que a razão de ser da norma no âmbito do CPP perde a razão de ser no âmbito da LTE, pelo menos quanto àquelas vítimas com idade inferior a 16 anos uma vez que são sempre ouvidas pelo Ministério Público (autoridade judiciária), de acordo com o n.º 3 do artigo 66.º da LTE e são inquiridas apenas quando se entender, de acordo com o n.º 4, que a sua inquirição é conveniente para a boa decisão da causa. Ora, nos casos de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual não se concebe, em condições normais, uma não audição da vítima.

Neste pressuposto, também não nos parece, atendendo ao desenho tutelar educativo e ao papel do Ministério Público na defesa e protecção das crianças e jovens (cfr. artigo 40.º da LTE) que a intervenção do “JIC” seja aqui uma necessidade imperiosa de defesa das liberdades já que a sua intervenção está ligada, na nossa opinião, à antecipação da prova e reprodução da audiência por antecipação e não, neste contexto, às garantias que a sua intervenção implique, antecipação de prova essa que não faz sentido no domínio da LTE em face do disposto no artigo 106.º da LTE já referido.

Uma vez que somos do entendimento que o depoimento de crianças ou jovens vítimas pode e deve ser sempre gravado em sede de inquérito — e de preferência em vídeo — podendo ter a intervenção de outras entidades (OPC, psicólogos e serviço de reinserção social, com o objectivo de evitar a repetição futura da inquirição, como é defendido também no âmbito das recomendações já indicadas supra), perde totalmente a razão de ser que poderia subsistir no evitar da repetição da tomada de declarações daqueles. A questão passa muito, assim, por uma questão de práticas na efectivação das inquirições, sendo as considerações efectuadas válidas para as inquirições clássicas (entre magistrado e vítima no papel).

Isto evita, igualmente que se possa discutir, muitas vezes, o carácter das vítimas, preferências e hábitos sexuais, evitando-se que o julgamento se possa

deveriam ser poupadas ao vexame de ter de repetir a sua história e reviver a sua dor vezes sem conta, diante do OPC do MP, do juiz de instrução, do tribunal de julgamento e neste tantas vezes quantas o julgamento tivesse de ser repetido. Daqui decorre que é admissível a inquirição para memória futura da vítima de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual mesmo que não seja previsível o impedimento de comparecer em julgamento (acórdão do TRP, de 18.4.2001, in CJ, XXVI, 2, 228”).

tornar até vexatório para aquelas e se façam, como não raras vezes o processo penal e alguns Tribunais permitem, autênticos julgamentos de carácter das vítimas de crimes sexuais, em completa violação do seu direito à intimidade e protecção no âmbito de um processo equitativo, esquecendo-se da verdadeira idade das vítimas, direitos esses protegidos, como vimos, pelos artigos 8.º e 6.º da CEDH. Quem já foi testemunha num qualquer processo sabe e pode então imaginar a pressão inerente à confrontação cara a cara com o arguido em julgamentos em que está em causa a prática por parte daquele de crimes sexuais. Imagine-se agora esta pressão para uma criança ou jovem menor de idade.

Daí que se considere que a decisão de 30 de Junho de 2011 do Tribunal da Relação de Lisboa não teve em conta nem as especificidades da justiça juvenil portuguesa nem, em conjunto com estas, as orientações e recomendações internacionais que analisámos supra nem sequer as orientações e interpretações efectuadas pelo TEDH e TJUE, que estabelecem especiais ponderações no que diz respeito ao papel da vítima, seja no âmbito da justiça juvenil, seja no âmbito do processo penal, tornando a decisão, quanto a nós, especialmente infeliz.

Na verdade, não colocando em causa o objectivo protector por detrás da decisão, entendemos que a visão de conjunto da LTE prescinde, sem margem para grandes dúvidas, da formalidade da audiência que ali se quis recriar, tratando o problema colocado como um simples caso processual penal quando não era isso que estava em causa, já que a LTE possui regras próprias, como vimos, para a produção de prova testemunhal. Dessa forma criou-se para a vítima um problema acrescido e mais uma audição desnecessária face aos objectivos do desenho tutelar educativo.

4.2. Um *twist* no problema — o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Fevereiro de 2012

Pode-se configurar, no entanto, relacionada com a questão das declarações para memória futura, uma outra questão (podendo não ser tão rara como isso) em que seja necessário lançar mão, no âmbito de um processo tutelar educativo, de declarações prestadas em processo penal pela mesma vítima, em virtude da separação de processos por via das diferentes idades dos co-autores (maiores e menores de 16 anos de idade).

Ora, entendemos, igualmente, que em casos de “co-autoria” entre jovens maiores e menores de 16 anos se poderia (ou deveria) admitir a junção de declarações da vítima prestadas para memória futura naquele inquérito criminal, já que obedece e até excede as formalidades impostas pela LTE.

Essa importação de prova foi debatida no âmbito do **Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Fevereiro de 2012** no qual se decidiu, num caso de violação de uma jovem de 13 anos de idade, que “II. Em processo tutelar educativo, é de admitir a junção de certidão do auto de declarações de testemunha (menor vítima de crime contra a liberdade e auto-deter-

minação sexual), prestadas para memória futura em processo-crime instaurado pelos mesmos factos, mesmo não tendo intervindo nesse processo o menor/arguido do processo tutelar, nem o seu defensor; **III.** Não estando a defesa do menor/arguido, impedida de indicar outra prova que contradite aquelas declarações, de confrontar o menor com as mesmas, ou de as discutir em contra-argumentação, com a sua produção em audiência não são afectadas as exigências de contraditório e de possibilidade de defesa; **IV.** Não tendo sido admitida a produção daquela prova em julgamento, ocorreu uma omissão de diligência reputada essencial para a descoberta da verdade, ou seja, a nulidade relativa prevista na al. d) do n.º 2 do art. 120.º, do Código de Processo Penal, aplicável por força do art. 128.º, da LTE, que tem por consequência necessária a nulidade do próprio acórdão proferido, devendo ser reaberta a audiência de julgamento para que, na sua continuação, aquela prova possa ser produzida, discutida e valorada”.

O Ministério Público, neste caso, recorreu da decisão do Tribunal de primeira instância que negou aquela importação de prova, tendo solicitado essa importação com base nas dificuldades observadas em concreto de obter a presença da vítima no julgamento. Constatando e referindo que a vítima prestara declarações para memória futura no âmbito do processo crime que envolvia os “co-autores” maiores de 16 anos do ali jovem infractor, solicitou a junção de certidão e suporte digital dessas declarações ao processo tutelar educativo.

Essa solicitação foi deferida.

Posteriormente, e confrontando-se o julgamento com um adiamento por falta da vítima, foi proferido despacho judicial de onde se retiram, conforme refere o Tribunal da Relação, os seguintes argumentos relacionados com a não leitura das declarações prestadas para memória futura no processo penal:

- a) No processo penal a que se faz referência não é interveniente processual o jovem actor do processo tutelar educativo nem a sua defensora oficiosa;
- b) A prova relevante é a que é produzida em audiência pública de julgamento, sendo apenas esta a que o tribunal pode valorar na elaboração da sua decisão;
- c) Em função daquela exterioridade a tal processo, nem o jovem nem a sua defensora tiveram oportunidade de ali assegurar a sua defesa;
- d) Assim, não foi possível fazer cumprir o princípio do contraditório, estruturante na Constituição da República Portuguesa e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, da mesma maneira que o princípio de igualdade de armas;
- e) Pelo que tal prova seria nula por força do disposto no artigo 119.º, alínea c), do CPP (ausência do arguido ou do defensor, nos casos em que a lei exigir a respectiva comparência).

Para lá das perplexidades que suscita, face ao que ficou referido supra, o argumento apostado na alínea b) da argumentação (não estamos perante um

processo penal tal e qual e a LTE possui regras próprias de produção e prova), não nos parece razoável ou irrefutável qualquer dos argumentos referidos, mais uma vez parecendo que se dá prioridade ao agressor em detrimento da vítima, a favor de formalidades insensatas e desnecessárias no âmbito da LTE.

Face ao que foi referido relativamente à CEDH bem assim como à jurisprudência do TEDH, também não deixa de ser curiosa a argumentação da alínea d), aparentemente vendo-se o contraditório como um cara a cara e uma verdadeira confrontação quando a LTE, como vimos, pelas suas próprias características não o impõe, sendo certo que a interpretação do problema não parece ter sido norteadas pelas recomendações e orientações internacionais.

Passado um mês desse despacho, o Ministério Público prescindiu do depoimento presencial da vítima, requerendo a sua substituição pela leitura das declarações para memória futura prestadas em processo penal, uma vez que esteve presente o Juiz, Ministério Público e advogados, ao abrigo dos artigos 66.º, n.º 4, e 106.º, n.º 2, ambos da LTE.

Como estava pendente recurso interlocutório, foi remetida a resposta para a argumentação anterior.

Ora, ao analisar o caso e depois de estabelecer as diferenças processuais e de objectivos entre o processo penal e o processo tutelar educativo, o Tribunal da Relação de Lisboa entendeu que nenhuma objecção havia na importação daquela diligência para o processo tutelar, dessa forma se podendo valorar a mesma, já que as formalidades exigidas para a audição de ofendidos prevista no artigo 66.º, n.º 3, da LTE era até menor do que aquilo que se estaria a exigir e que existia no caso concreto (havia uma solenidade maior do que a exigida no âmbito da LTE já que a diligência tinha sido presidida por um Juiz, na presença de defensores — não do jovem mas dos co-arguidos — do Ministério Público e por técnicos dos serviços de reinserção social em apoio da vítima). Também é ressaltado que atendendo à unidade factual entre os dois processos dificilmente se poderia falar de processos diversos, apenas se podendo fazer num sentido formalista.

Face ao desenho do artigo 106.º, n.º 1, da LTE e uma vez que havia sido uma autoridade judiciária (o JIC) a ouvir a vítima, nada obstará, a não ser o contraditório, à leitura e valoração daquelas declarações prestadas pela vítima.

No que diz respeito a isso, então, o Tribunal da Relação expôs que “Temos com efeito desta questão, uma noção menos rígida do que a patenteada pela Mm.^a Juiz a quo.

No fundo, aquelas declarações prestadas para memória futura não são algo, que, sem mais, se atribua prova plena ao que se mostrar narrado.

Elas podem ser objecto de discussão em audiência, a defesa não está impedida de indicar outra prova que a contradite ou nomeadamente fazê-la confrontar com o menor.

Pode também ser discutida em contra-argumentação. No limite, até poderão colocar-se questões que ao não poderem ser respondidas pessoal-

mente, sejam possíveis de infirmar aos olhos do Tribunal ou da Defesa, a sua credibilidade total ou sectorial...

Não há aqui pois nada de fechado, de inelutável e exterior à própria audiência. Na nossa perspectiva, aquele é um simples elemento probatório sujeito à livre apreciação do julgador.”

Entendendo, em consequência, anular o acórdão proferido, verificando-se a nulidade já referida no sumário indicado supra, determinando a reabertura da audiência de julgamento para que, na sua continuação, a prova consistente nas declarações prestadas pela vítima em sede de memória futura no processo penal pudesse ser produzida, discutida e valorada.

A decisão merece, sem dúvida, o nosso aplauso, já que contraria entendimentos rígidos e formalistas, recentrando, de certa forma, o problema de uma forma dupla — por um lado permite a discussão e posterior valoração daquilo que se aproxima mais do conceito de verdade material, protegendo também a vítima, e por outro lado permite, por aí, que o processo tutelar educativo possa seguir o seu caminho e, provando-se o facto, prosseguir com os seus objectivos essenciais direccionados para a responsabilização e educação do jovem.

5. CONCLUSÕES

Os dois Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa foram referidos na continuidade daquilo que se pretende que seja uma abordagem inicial de uma discussão séria sobre o papel da justiça juvenil e, dentro dela, o tratamento processual a dar às vítimas de crimes, muito concretamente, de vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, em especial vítimas menores de 18 anos de idade, na sequência do que estabelecem as orientações e recomendações internacionais.

Como é fácil ver, a idade dessas vítimas comporta problemas acrescidos tal como esses problemas, já de si complicados, são agudizados no âmbito da justiça juvenil, em que estamos perante dois intervenientes carecidos, em sentido lato, de protecção e cuidados redobrados, quer no antes, no durante, no pós julgamento e decisão.

Como se pode constatar, quer pelos Acórdãos referidos, quer pela jurisprudência do TEDH, quer pelos instrumentos e recomendações internacionais e ainda pela inserção que dos mesmos foi efectuada, não a única mas certamente a mais interessante e preocupante questão que pode subsistir, já que não existem grandes dúvidas sobre o papel do processo na protecção das vítimas, seria a do contraditório e do seu papel nos casos em que não exista a aludida confrontação em sentido estrito a que tivemos oportunidade de fazer referência.

Ora, a falta de intervenção do jovem e/ou do seu defensor pode, efectivamente, trazer problemas acrescidos quando estamos em face de provas mais frágeis e dependentes apenas do relato de uma vítima contra a negação desses factos por parte de um acusado sempre que, por exemplo, no âmbito do dese-

nho tutelar educativo, se leiam declarações da vítima em audiência, como pode e deve em princípio ser feito ³². Porém, não estamos certos que esses casos tenham necessariamente de redundar em dúvidas insanáveis e decisões enformadas com dúvidas razoáveis, já que temos por correcto que um contra um não é necessariamente igual a um zero probatório. Isso poderia equivaler a dar prioridade aos direitos da defesa em detrimento dos direitos da vítima (e porque não dizê-lo, já que também pode ser disso que se trata, sem paternalismos, do próprio jovem em conflito com a lei) sendo certo que uma aplicação cega dessa equação pode deitar por terra o próprio princípio insito no artigo 127.º do CPP da livre apreciação da prova. Isto só se afigura problemático quando não existe qualquer outra prova em que se possa apoiar a decisão.

No entanto, estamos em crer que a jurisprudência do TEDH dá guarida ao entendimento que o contraditório do acusado pode ser exercido com recurso a outros meios de prova que possa requerer ou que estejam disponíveis nos autos, no limite, com recurso à audição da vítima na audiência, sendo que o processo equitativo não pode ser olhado apenas numa só dimensão ou espelhar-se num acto processual mas deve ser visto no conjunto dos procedimentos levados a cabo num determinado processo. Daí que a justiça do veredicto deva ser, como referiu **Dennis**, legítima, sendo que a autoridade moral e a expressão do Estado de Direito devem estar presentes num diálogo simultaneamente virado para o poder judicial-sociedade e arguido-vítima, apenas dessa forma se logrando a propalada autoridade moral da decisão uma vez estabelecida a característica da precisão factual daquele veredicto.

Isto implica, seguramente, a não colocação de entraves artificiais e formais ou injustificadamente prevalecentes na forma como se pode alcançar a decisão no caso concreto.

Por outro lado, as objecções que podem ser colocadas na vertente da falta de contraditório, como vimos, se não possuem razão de ser actualmente, podem ser minoradas em fases posteriores ao inquérito e serão mais aparentes do que reais, já que podem ser levadas a cabo práticas que permitam, *ab initio*, isto é, na própria fase de inquérito e à semelhança do que sucedeu no âmbito do **Caso SN contra a Suécia** do TEDH, que seja permitido pelo Ministério Público ao defensor do jovem ³³ colocar perguntas, por escrito ou até presencialmente na diligência que for agendada para audição da vítima, dessa forma solicitando a defesa os esclarecimentos que entenda pertinentes e cumprindo-se de forma equilibrada o contraditório para a leitura futura dessas declarações.

As orientações e recomendações internacionais, embora podendo não ter um carácter ou força vinculativa por si próprias, devem ser certamente

³² Guardando a sua chamada à audiência apenas nos casos em que tal se revele imprescindível e sempre rodeada de cuidados extra.

³³ E não o jovem já que o artigo 6.º, n.º 3, alínea d), da CEDH permite que assim seja, ao referir interrogar ou fazer interrogar as testemunhas.

encaradas como um guia na forma como se analisam as questões ligadas à protecção das vítimas, principalmente no âmbito da justiça juvenil, escolhendo-se, de entre as várias interpretações possíveis, aquela que melhor se coaduna com a protecção de crianças e jovens que ali se visa, sendo certo que existe, como tivemos oportunidade de verificar, legislação e jurisprudência comunitária que estabelecem regras e orientações muito concretas acerca da interpretação a dar às legislações nacionais. Estamos em crer que nenhum problema se colocaria naquela sede sobre o sistema de justiça juvenil português, já que, tirando a falta de consideração geral com a vítima — o que na questão das inquirições e audições nem se coloca face aos artigos 66.º e 106.º da LTE — a legislação é proporcional e adequada aos fins que visa, que primacialmente são constituídos pela facilitação da prova do facto ³⁴ e daí partir-se para aquilo que realmente interessa que é a responsabilização e reinserção do jovem infractor.

Ora, segundo algumas das recomendações internacionais e jurisprudência do TEDH analisada, não nos parece que o contraditório tenha de ser presencial ou imediato. O que se quer permitir é, em fases mais ou menos embrionárias ou avançadas de um processo, colocar em causa/contraditar a prova obtida. Com efeito, a *guideline* 65 das *Guidelines* do Comité de Ministros do Conselho da Europa para uma Justiça Amiga das Crianças de 17 de Novembro de 2010 refere já que depoimentos audiovisuais de crianças que sejam vítimas ou testemunhas devem ser encorajados, conquanto respeitem o direito das outras partes de contestar o conteúdo de tais depoimentos. Também as *guidelines* 68 e 69 parecem indicar neste sentido, recomendando-se que o contacto directo da criança vítima com o alegado perpetrador deve ser evitado sempre que possível, a não ser que a vítima o requeira e que deve ser dada a oportunidade às crianças de prestar depoimentos sem a presença do alegado infractor.

A *guideline* 31, alínea *b)*, da Resolução 2005/20 do Conselho Económico e Social das Nações Unidas, que estabelece as *Guidelines* sobre justiça em assuntos que envolvam crianças vítimas e testemunhas de crimes parece também, como vimos, ir neste sentido.

A salvaguarda do interesse e protecção da vítima pode fazer com que, no respeito pelos direitos de defesa, não se permita ou não se permita da mesma forma, o contra interrogatório (*cross examination*) pelo alegado perpetrador abandonando-se, pelas idiossincrasias do caso, o velho mito do contraditório ter de ser constituído pelo cara a cara.

Isto pode fundamentar que, no inquérito, não se dê qualquer contraditório ³⁵ e na fase jurisdicional seja dado, se necessário, de forma mitigada sem

³⁴ Sem os formalismos ou protecções inconcebíveis que por vezes se verificam no âmbito do processo penal.

³⁵ Se bem que a formulação de perguntas por escrito para poderem ser colocadas pelo Ministério Público possam e devam ser sempre levadas a cabo, até porque pode ajudar na for-

que tal reduza o valor probatório das declarações. Face a isto o Ministério Público, na procura da verdade material deve, na fase de inquérito e quando ouça a vítima, procurar eventuais falhas e incongruências que o seu testemunho possa conter por forma a avaliar a consistência das declarações daquela.

Já no caso de “co-autoria” referido e com o enquadramento que temos vindo a efectuar, a questão principal que poderia impedir ou fragilizar o aproveitamento (total ou parcial) das declarações para memória futura no processo penal e que não poderia ser secundarizado, é, mais do que um eventual ³⁶ exercício do contraditório, aquela que se pode prender com as declarações que a vítima faz acerca do concreto envolvimento do jovem infractor na prática dos factos qualificados como crime pela lei penal. Com efeito, a vítima, já que a diligência não estava direccionada para a actuação concreta do jovem infractor — porque dirigida a imputáveis “co-autores” — pode pouco dizer com aproveitamento para o processo tutelar e dessa forma a prova do facto pode não se verificar ou ter a extensão que poderia ter. Mas isso são vicissitudes processuais a inserir no âmbito do já referido artigo 127.º do CPP, por força do disposto no artigo 128.º da LTE.

Outra alternativa para quem não concorde com algumas das soluções adiantadas poderia passar por um indispensável diálogo próximo e conjunto entre ambas as jurisdições (crime e família) organizando-se a diligência em conjunto, dessa forma permitindo que a vítima apenas fosse ouvida por uma vez, com aproveitamento em ambos os processos. Não vemos qualquer óbice a que assim se possa proceder, permitindo-se que o defensor do jovem pudesse estar presente na diligência (declarações para memória futura) e aí pudesse exercer aquele contraditório, já que apenas artificialmente tivemos um tratamento processual diferenciado à nascença (os factos são os mesmos, a vítima é a mesma mas os actores e tratamento processual são diferentes) que não deve ser feito pesar na intervenção da vítima, já que a organização do sistema não deve funcionar em seu prejuízo ³⁷, sendo a sua protecção, por aqui, também um direito a preservar

mação da convicção de quem incumbe requerer ou não a abertura da fase jurisdicional. Poderia ser esta forma de actuar como uma boa prática a implementar.

³⁶ E como vimos mitigado pelas circunstâncias do caso e interpretado de forma não tradicional ou clássica.

³⁷ Como tivemos a ocasião de indicar, a Decisão-Quadro do Conselho, de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal estabelece no seu considerando 5.º que “As necessidades da vítima devem ser consideradas e tratadas de forma abrangente e articulada, evitando soluções parcelares ou incoerentes que possam dar lugar a uma vitimização secundária”, estabelecendo o artigo 3.º que “Cada Estado-Membro toma as medidas adequadas para que as suas autoridades apenas interroguem a vítima na medida do necessário para o desenrolar do processo penal”. O artigo 8.º, n.º 4, estabelece ainda que “Quando for necessário proteger as vítimas, designadamente as mais vulneráveis, dos efeitos do seu depoimento em audiência pública, cada Estado-Membro assegura o direito de a vítima poder beneficiar, por decisão judicial, de condições de depoimento que permi-

pelos Estados. Para tal parece-nos que o carácter *sui generis* e raro destes casos apenas convocará conformação de procedimentos e práticas, não exigindo alterações legislativas, as quais, como se sabe, muitas vezes não convocam, elas próprias e por si só, alterações de práticas judiciais.

Ora, posto tudo isto, somos do entendimento que não há necessidade legal ou prática de lançar mão daquela possibilidade de declaração para memória futura uma vez que o artigo 106.º da LTE confere já essas características às declarações que sejam prestadas no âmbito daqueles factos qualificados como crime contra a liberdade e autodeterminação sexual por crianças e jovens vítimas ³⁸ sendo que também os jovens de 16 e 17 anos podem ser sempre ouvidos nestes termos.

Tal como o próprio tema indica, as decisões do Tribunal da Relação de Lisboa foram apenas um pretexto para outras considerações sobre um problema ainda incipiente e nem sempre bem tratado na jurisprudência, que é aquele do justo equilíbrio entre interesses contrapostos e protegidos pelos artigos 6.º e 8.º da CEDH.

E num jogo de equilíbrios é a decisão no fio da navalha.

tam atingir esse objectivo por qualquer meio compatível com os seus princípios jurídicos fundamentais.”

Com efeito, uma vítima de um crime é uma vítima de um crime, mesmo que estejamos no âmbito daquilo que a LTE designa como factos qualificados como crime — é uma questão de forma e não de substância, principalmente para quem é vítima desse facto pelo que lhe é devido respeito e protecção.

³⁸ Isto, claro está, sem prejuízo da tomada de declarações à vítima no âmbito da audiência preliminar ou audiência, caso o Juiz, Defensor ou Ministério Público entendam que tal é imprescindível para a descoberta da verdade e não ponha em causa a saúde física e psíquica da criança ou jovem vítima (cfr. artigo 66.º, n.º 4, da LTE). Esta vinda da vítima à audiência deve ser rodeada das maiores cautelas e nunca deve haver confrontação com o jovem, a não ser que a própria vítima o requeira, prestando declarações fora da presença daquele.