

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CRIME DE ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS

JOÃO CONDE CORREIA

Devido a natureza pública do crime de abuso sexual de crianças, aos princípios da oficialidade e da legalidade, o Ministério Público não pode, actualmente, ponderar a promoção processual segundo critérios de custo e de benefício daí decorrente para a vítima. Colhida a *notitia criminis*, o Ministério Público tem de dar início ao procedimento, mesmo contra os mais elementares interesses do menor, podendo contribuir (impotente) para a sua vitimização secundária. Assim, ele deverá fazer tudo o que lhe seja possível para cumprir ou fazer cumprir os diversos dispositivos profiláticos existentes (*maxime* a suspensão provisória do processo), zelando pela observância destes preceitos legais, por forma a evitar que o processo seja uma espécie de instrumento de tortura da vítima, cuja protecção se quis reforçar com o novo regime legal.

«Eu contei a dois polícias (...) e eles foram simpáticos mas depois tive de dizer no hospital e depois os polícias foram a minha casa e perguntaram outra vez e agora estou aqui ... e a primeira vez que contei foi há muito tempo ... a Dra. ainda não sabe?»

Mariana, 11 anos¹

1. INTRODUÇÃO

Estas palavras ingénuas, proferidas por uma criança de apenas onze anos, relatam com fidelidade o pesadelo que, muitas vezes, ainda sucede ao drama do abuso sexual de menores. Ao mal irreparável do crime (*Frist Insult*) pode suceder o mal, porventura também irreparável, de um mau processo (*Second Insult*). O sofrimento directamente causado pelo ofensor pode ser agravado pelo «sofrimento decorrente da participação da vítima no sistema judicial». Para além do ostracismo ou do opróbrio social, característico de uma sociedade machista, ainda, demasiado conservadora e que chega a culpabilizar as suas próprias vítimas (*blaming the victim*), há que contar com a estig-

¹ *Apud in* RIBEIRO, Catarina, *A Criança na Justiça*, Coimbra, Almedina (2009), p. 175, que, para além do depoimento desta criança, cujo nome foi obviamente alterado, contém outros relatos sinceros dos eventuais malefícios de um processo judicial indesejado.

matização processual². As exigências que o processo encerra (v.g. inquirições e exames que contendem com o cerne mais secreto e profundo da intimidade de cada um), os «esforços que a vítima tem de implementar para a prossecução da investigação, constituem fontes de stress tão intensas, ou mais, que os factos que lhe deram origem». Tanto mais que «a intensidade do impacto psicológico do procedimento legal é proporcional à vulnerabilidade e fragilidade da vítima»³. Os ritos, a dinâmica da justiça e as características do abuso — sobretudo quando ele ocorre no contexto familiar — «exigem à vítima um elevado esforço e uma forte mobilização de recursos emocionais, sociais e cognitivos, quer para se adaptar à situação, quer para colaborar eficazmente no processo judicial»⁴.

O Ministério Público, enquanto entidade encarregada de executar a política criminal definida pelos órgãos de soberania e exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e de representar os menores tem aqui um papel ambíguo, delicado e, porventura, contraditório⁵. Uma tarefa pode ser

² O STJ ao defender, num polémico e mítico acórdão, proferido em 18 de Outubro de 1989, que: «não nos podemos esquecer que as duas ofendidas (vítimas do crime de violação), raparigas novas mas mulheres feitas, não hesitaram em vir para a estrada pedir boleia a quem passava, em plena coutada do chamado “macho ibérico” (que) é impossível que não tenham previsto o risco que corriam, pois aqui, tal como no seu país natal, a atracção pelo sexo oposto é um dado indesmentível e, por vezes, não é fácil dominá-la (e que) assim, ao meterem-se as duas num automóvel juntamente com dois rapazes, fizeram-no, a nosso ver, conscientes do perigo que corriam, até mesmo por estarem numa zona de turismo de fama internacional, onde abundam as turistas estrangeiras habitualmente com comportamento sexual muito mais liberal e descontraído do que o da maioria das nativas» retrata bem esta realidade, machista, conservadora e de culpabilização da própria vítima (BMJ 390 [1989], p. 165, interpolados nossos). A crescente liberalização de costumes, que a sociedade portuguesa — fruto de muitos factores — vem demonstrando, não parece ser suficiente para apagar todos os resquícios desta concepção tradicional. A ideia de que foi a criança quem «seduziu» ou que «um homem não é de ferro» ainda continua presente entre nós (CARMO, Rui do/ALBERTO, Isabel/GUERRA, Paulo, *O Abuso Sexual de Menores*, Coimbra, Almedina (2006), p. 81). Curiosamente, nos nossos antípodas, culturais e geográficos, o líder religioso muçulmano australiano, Sheik Taj Din al-HILALI, declarou, em 2006, a propósito da prisão de um grupo de muçulmanos condenados pela violação colectiva de uma mulher que: «se se deixar um bocado de carne à vista no meio da rua ... e aparecerem gatos e a comerem ... de quem é a culpa? Dos gatos ou do bocado de carne à vista? O problema é a carne à vista» (*apud in* ŽIŽEK, Slavoj, *Violência*, Lisboa, Relógio d' água [2009], p. 99).

³ RIBEIRO, Catarina, *A Criança...*, p. 102.

⁴ MAGALHÃES, Teresa/RIBEIRO, Catarina/JARDIM, Patrícia/PEIXOTO, Carlos/OLIVEIRA, Ricardo Jorge Dinis/ABREU, Cândido/PINHEIRO, M. Fátima/GUERRA, Conceição Cerdeira, *Da investigação inicial ao diagnóstico do abuso*, AA.VV., Abuso de Crianças e Jovens, Lisboa, LIDEL (2010), p. 150.

⁵ Art. 219.º, n.º 1, da CRP e arts. 1.º e 3.º, n.º 1, als. a), b), c), h) e n), do Estatuto do Ministério Público, consagrado na Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto. É certo que, normalmente, o exercício da acção penal e a representação dos menores ocorre em processos distintos e é, até, confiada a tribunais e magistrados diversos. Isso não impede, todavia, a existência deste conflito, seja pela ocasional confusão de papéis, seja pela sensibilidade do Ministério Público à problemática dos menores e pela impossibilidade prática de esquecer os seus interesses (mais do que um conflito legal será, muitas vezes, um conflito pessoal). Na síntese de Fernando SILVA (*O Papel do Ministério Público na Protecção de Menores A responsabilidade Comunitária do Ministério Público*, AA.VV., A Responsabilidade Comunitária da Justiça O Papel do Ministério Público, Lisboa, SMMP [2007], p. 226/7) «podemos afirmar que se

incompatível com a outra, gerando um conflito insanável e de difícil resolução. A hipervalorização do *ius puniendi* estadual pode levar à desvalorização ou, mesmo, à destruição dos legítimos interesses da vítima menor e a maximização destes pode conduzir à indesejável minimização daquele (como é evidente, trata-se de crimes graves, cuja investigação pelas instâncias formais de controlo até é considerada prioritária, nos termos do art. 4.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 38/2009, de 20 de Julho). No fundo, no actual modelo legal, espera-se do Ministério Público que tenha aqui o dom de Jano: tem de exercer a acção penal segundo critérios de objectividade e legalidade (art. 219.º, n.º 1, da CRP e arts. 53.º, n.º 1, e 262.º, n.º 2, do CPP) e, ao mesmo tempo, tem de proteger os interesses, porventura contraditórios, do menor (art. 3.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto) e, sobretudo, evitar a sua vitimização secundária.

2. A PROMOÇÃO PROCESSUAL E O SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA

A primeira situação de possível conflito entre o intransigente exercício da acção penal, orientada pelo princípio da legalidade e o superior interesse da criança ocorre logo na promoção processual: a mera instauração do processo criminal e a, conseqüente, revelação do hipotético crime de abuso sexual já pode trazer-lhe danos irreversíveis (o reduto essencial da sua esfera privada é, imediatamente, atingido e revelado a terceiros). Colhida a *notitia criminis*, o Ministério Público tem de dar início ao inquérito, mesmo contra os mais elementares interesses do menor. Não está na sua disponibilidade, ou sequer na disponibilidade daquele, ponderar os custos e os benefícios da perseguição criminal e optar pela solução mais vantajosa. Por isso mesmo, dado o potencial agressivo da instauração e prossecução do inquérito, o Ministério Público deverá, nesta fase inicial, verificar a efectiva consistência da notícia, de modo a afastar, *in limine*, os casos em que ela é, manifestamente, infundada.

2.1. O interesse público e a salvaguarda do interesse da criança

A perseguição da criminalidade sexual tem estado, entre nós, dependente da vontade soberana da vítima ou de quem a represente. Era assim no velho Código Penal de 1852. «O escândalo associado aos processos por estes crimes justificava a solução da lei. O risco de desonra da mulher perpetuado no processo podia ditar que esta ou os seus representantes prefe-

verifica a omnipresença do MP sempre que em causa estejam circunstâncias que envolvam as crianças, seja porque os seus direitos estão colocados em causa, porque estão expostas a situações de perigo ou, então, porque outros discutem entre si o futuro, o destino, ou simplesmente pretensos poderes sobre a pessoa das crianças».

rissem o exclusivo mal do crime»⁶. No fundo era uma clara restrição ao mito da justiça absoluta, que então procurava punir todos os crimes e todos os criminosos, justificada pela necessidade de dar primazia àqueles interesses privados. A única excepção a este modelo legal (de verdadeira sobreposição do interesse privado ao interesse público) eram os crimes praticados contra menor de 12 anos que, pela sua gravidade acrescida — segundo as actuais categorias processuais penais —, tinham natureza pública. Só a perseguição criminal podia satisfazer os interesses da vítima e da própria comunidade⁷.

O Código Penal de 1982 manteve o essencial deste regime dual, fazendo depender da vontade do interessado a perseguição criminal, salvo: quando a vítima fosse menor de 12 anos, quando o facto fosse cometido por meio de outro crime que não dependesse de acusação ou queixa, quando o agente fosse qualquer uma das pessoas que nos termos da lei tivesse legitimidade para requerer procedimento criminal ou, ainda, quando do crime resultasse ofensa corporal grave, suicídio ou morte da vítima (art. 211.º, n.º 2, do CP). A especial gravidade da situação continuava a justificar aqui a perseguição oficiosa destes crimes.

Interrompendo esta longa tradição, a que não será alheio o carácter autoritário do Estado que durante décadas lhe esteve subjacente e a sobreposição do interesse público aos interesses particulares da vítima que acarretava, com a reforma do Código Penal de 1995 (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março) o legislador nacional atribuiu também natureza semi-pública à generalidade dos crimes contra a autodeterminação sexual. A maximização da ideia de eficácia da justiça penal no direito penal sexual, *maxime* no crime de abuso sexual de menores pode ter consequências desastrosas. Uma vez que estão em causa crimes que «afectam de maneira profunda a esfera da intimidade» da vítima (mesmo quando praticados à revelia da sua vontade), compreendia-se que lhe fosse — em princípio — atribuído o poder de «decidir se ao mal do crime lhe convém juntar o que pode ser o mal do desvelamento da sua intimidade e da consequente estigmatização processual; sob pena, de outra forma, de poderem frustrar-se as intenções político-criminais que, nesses casos, se pretendem alcançar com a crimi-

⁶ ALFAIATE, Ana Rita, *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra, Coimbra Editora (2009), p. 43, nota 50. Não podemos esquecer que nas sociedades resultantes da cultura judaico-cristã (o mesmo também aconteceu noutras religiões, nomeadamente na muçulmana) foi atribuída à sexualidade uma carga muito negativa, associada a sentimentos de vergonha e, até, de culpabilidade (pecado). «O cristianismo herdou o tabu anti-sexual da religião judaica, sendo a virgindade e a castidade no celibato, ou a procriação no casamento, uma das únicas possibilidades de expressão sexual propostas pela doutrina cristã» (NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz, *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*, Coimbra, Almedina [1985], p. 80). Compreende-se, por isso, que num mundo profundamente marcado por esta moral (que exaltava a pureza e a virgindade e reprova a sensibilidade, a perversidade e o prazer) o conhecimento público destes crimes podia ter consequências irreversíveis para a vítima (eventualmente, bem mais graves do que o sofrimento decorrente do próprio facto).

⁷ ALFAIATE, Ana Rita, *A Relevância Penal...*, p. 46.

nalização»⁸. Tanto mais que, no caso de menores, a defesa da «estabilidade psíquica e emocional e mesmo do futuro desenvolvimento da personalidade do ofendido, as quais, dada a sua menoridade, poderiam sair irremediavelmente comprometidas em face de uma forçada sujeição a todo um processo penal» também contribuíam decisivamente para a consagração deste regime inovador⁹. Os perigos «que um processo penal *pode* acarretar para o desenvolvimento da personalidade de alguém que ainda está em fase de formação» podem afinal ser maiores do que as vantagens decorrentes da perseguição e punição do infractor¹⁰. Até porque esse crime ocorre tantas vezes no contexto intra-familiar, tornando as coisas ainda mais difíceis. O processo penal pode acabar, aqui, por representar «uma indesejável intromissão na esfera das relações familiares»¹¹.

De todo o modo, apesar desta clara e louvável mudança de paradigma, procurando salvaguardar situações extremas, o Ministério Público tinha legitimidade para promover o processo: quando da prática de crime contra a autodeterminação sexual resultasse o suicídio ou a morte da vítima (art. 178.º, n.º 1, do CP); quando o direito de queixa não pudesse ser exercido porque a sua titularidade caberia apenas ao agente do crime, se especiais razões de interesse público o impusessem (art. 113.º, n.º 5, do CP); e quando a vítima de crime contra a autodeterminação sexual fosse menor de 12 anos e especiais razões do interesse público o reclamassem (art. 178.º, n.º 2, do CP). Ao lado dos crimes públicos e semi-públicos, o legislador criou, assim, um regime híbrido, misto ou atípico, justificado, mais uma vez, pela gravidade excepcional das situações.

Com a reforma de 1998 (Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro) o legislador limitou-se a afinar este regime, alargando a intervenção oficiosa do Ministério Público a menores de 16 anos e sujeitando-a, expressamente, ao interesse da vítima. Em vez do interesse público, está em causa, como não podia deixar de ser, apenas o interesse do menor. Na falta de queixa dos titulares do direito (art. 113.º do CP), o Ministério Público só poderia promover a acção penal, quando a protecção do menor o impusesse (art. 178.º, n.º 4, do CP) e a existência de um processo não lhe fosse prejudicial¹².

⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, Aequitas/Editorial Notícias (1993), p. 667/8. No mesmo sentido, para as funções do direito de queixa neste tipo de crimes, *cf.* CUNHA, José Damião da, *A participação dos particulares no exercício da acção penal*, RPPC (1998), p. 598 ou, de forma reduzida, ZIELINSKI, Diethart, *Strafantrag — Strafantragsrecht*, AA.VV., Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, Berlin, New York, Walter de Gruyter (1986), p. 883.

⁹ ISASCA, Frederico, *O Projecto do Novo Código Penal (Fevereiro de 1991) Uma Primeira Leitura Adjectiva*, RPCC (1993), p. 93, ANTUNES, Maria João, *Oposição de maior de 16 anos à continuação de processo promovido nos termos do artigo 178.º, n.º 4, do Código Penal*, RMP (2005), 103, p. 22.

¹⁰ ANTUNES, Maria João, AA.VV., *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra, Coimbra Editora (1999), I, p. 596 (o tempo verbal em itálico foi, por nós, alterado).

¹¹ ANTUNES, Maria João, AA.VV., *Comentário...*, p. 596.

¹² ANTUNES, Maria João, AA.VV., *Comentário...*, p. 594. Este regime clarificava assim que o interesse público coincide aqui com o interesse do menor e não com um qualquer interesse

Apesar do equilíbrio da solução, que conciliava uma acção penal eficaz com a salvaguarda do superior interesse da criança, o regime não foi bem compreendido. Na doutrina falava-se numa «aparente incoerência na simultânea autonomização da liberdade e autodeterminação sexual e na atribuição de natureza semipública a estes crimes»¹³. Na jurisprudência, numa reacção movida por interesses que parecem mais corporativos do que jurídicos, dizia-se que «mal se compreenderia que, fugindo à regra da estrita legalidade na definição da natureza dos crimes, se deixasse ao critério do M.º P.º definir se o interesse da vítima justificava a sua iniciativa, com a consequente alteração da natureza do crime» e que «com esta norma de cariz genérico também acabariam transmutados em crimes públicos todos aqueles em que o M.º P.º entendesse a sua iniciativa processual justificada pelo interesse da vítima. Solução inaceitável também da perspectiva do arguido que veria um pressuposto processual essencial da perseguição penal fixado por critérios de mera oportunidade do M.º P.º não estabelecidos na Lei e judicialmente incontroláveis; o que seria de mais do que duvidosa constitucionalidade, por, em derradeira análise, traduzir um desvio das regras do princípio da legalidade na aplicação de reacções criminais»¹⁴.

Estes argumentos não impressionaram, nem a generalidade da doutrina, nem a maioria da jurisprudência. Por exemplo, Maria João ANTUNES preconizava que «os crimes sexuais contra menores de 16 anos, cujo procedimento criminal se justifique em nome do interesse da vítima, têm natureza *atípica*, precisamente porque a legitimidade do Ministério Público quanto à promoção processual está condicionada pela valoração do interesse desta. Esta magistratura só tem legitimidade para *dar início ao procedimento se o interesse da vítima o impuser*». No mesmo sentido, o Supremo Tribunal de Justiça defendia que esta norma «atribui relevância decisiva ao interesse da vítima menor de 16 anos, quando tal interesse, de um ponto de vista objetivo, impõe o procedimento, de tal forma que, sempre que se verifique ... o processo não pode deixar de iniciar-se ou de prosseguir» e «confere ao Ministério Público o encargo de, a título subsidiário, promover a realização daquele interesse, iniciando ou fazendo prosseguir o procedimento. Qual a finalidade de ordem político-criminal que se persegue? Sem dúvida, a de impedir situações de chocante impunidade que, justamente por não estar justificada pela

comunitário (como parecia resultar de uma leitura literal do preceito anterior) que o Ministério Público entendesse relevante.

¹³ PALMA, Maria Fernanda, *A Revisão de 1995 do Código Penal de 1982 no Contexto da Reforma do Sistema Penal A Tutela da Pessoa e a Eficácia do Sistema*, AA.VV., Jornadas de Direito Criminal, Lisboa, CEJ (1996), I, p. 143, que, todavia, parece também cair em contradição ao salientar, bem, que «o interesse público é o interesse da vítima, não sendo concebíveis contradições relevantes entre o interesse público e o da vítima» (nota 16) para depois defender que lhe deve ser negado o exercício desse seu direito.

¹⁴ Ac. da Rel. do Porto de 10 de Fevereiro de 1999, publicado na RPCC (1999), p. 315, com comentário crítico de Maria João ANTUNES. No mesmo sentido, cfr. o Ac., da mesma Relação, de 3 de Dezembro de 1997, CJ (1991), I, p. 241.

protecção do interesse da vítima, resulta, de todo em todo, socialmente intolerável». Finalmente, o Tribunal Constitucional também esclareceu que «a atribuição desta faculdade ao Ministério Público, devendo ser ... devidamente fundamentada, ... não contende com os princípios da legalidade e determinabilidade, estado fixadas na lei as condições que possibilitam o exercício da acção penal. A ponderação, a ser feita necessariamente caso a caso, da intensidade do interesse do menor, sendo, como é, rodeada da referida garantia de dever de fundamentação expressa, não permite a acusação de estarmos perante uma situação em que o risco da arbitrariedade e da subjectividade seja incompatível com aqueles princípios constitucionais»¹⁵.

Brevitatis causa: apesar das dúvidas iniciais, a solução acabou, assim, por se impor e receber o beneplácito da doutrina e da jurisprudência maioritária.

2.2. O bem jurídico tutelado e a natureza processual do crime de abuso sexual de crianças

Toda esta polémica sobre a natureza processual do crime de abuso sexual de menores está interligada com a discussão sobre o bem jurídico violado. Na verdade, os bens jurídicos tutelados pelos crimes sexuais foram, entre nós, durante séculos, associados à protecção da moral sexual dominante, aos costumes, ao pudor ou aos fundamentos éticos da sociedade. O próprio Código Penal de 1982 ainda era partidário desta concepção ultrapassada e tradicional. Como a própria inserção sistemática indica («crimes contra os fundamentos ético sociais da vida em sociedade») o legislador «foi incapaz de romper definitivamente com toda e qualquer ascendência moralista, não se coibindo de prever os crimes relativos ao pudor»¹⁶.

Só com a revisão de 1995 foi possível superar este paradigma clássico e passar da moralidade para a liberdade e autodeterminação sexual. Em vez daquelas concepções moralistas, está agora em causa apenas a liberdade e autodeterminação sexual de cada um¹⁷. Ao interesse comunitário ou *supra*

¹⁵ Respectivamente, *Oposição de maior...*, p. 28/9, Ac. de 31 de Maio de 2000 (reproduzido em CARMO, Rui do/ALBERTO, Isabel/GUERRA, Paulo, *O Abuso Sexual...*, p. 9 e ss.) e Ac. n.º 407/2007, de 11 de Julho de 2007 (*DR*, 2.ª série, de 8 de Novembro de 2007). No mesmo sentido (embora com posições finais muito diferentes), cfr. os Ac.s do STJ de 24 de Outubro de 1996, de 3 de Fevereiro e de 7 de Julho de 1999 (respectivamente CJUSTJ [1996], III, p. 174, BMJ 484 [1999], p. 145 e 489 [1999], p. 95) e o despacho de pronúncia proferido, em 27 de Maio de 2002, no processo 39/01.9JAPDL (Sub Judice [2003], p. 153). Em sentido contrário, cfr. o Ac. da Rel. do Porto de 3 de Dezembro de 1997, CJ (1997), V, p. 233 e ss. Para o sistema alemão, cfr. ROXIN, CLAUS, *Strafverfahrensrecht*, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (1998), p. 80.

¹⁶ RAPOSO, Vera Lúcia, *Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual*, AA.VV., Liber Discipulorum, Coimbra, Coimbra Editora (2003), p. 937. O que — apesar das vozes que já se faziam sentir — não era de estranhar, numa sociedade conservadora e, extremamente, marcada pelas (seculares) posições da igreja católica.

¹⁷ Entre outros, DIAS, Jorge de Figueiredo, AA.VV., *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra, Coimbra Editora (1999), I, p. 442 e ss. e 541; ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora (1991), p. 382 e ss, NATS-

individual na manutenção de uma certa ordem de valores sucedeu um bem jurídico individual.

Neste contexto revolucionário, não surpreende que a mutação do bem jurídico tutelado com a incriminação tenha sido acompanhada pela modificação da índole processual do ilícito, nomeadamente que ao seu carácter público tenha sucedido uma natureza híbrida, mista ou atípica. A opção por um bem jurídico disponível não podia deixar de ter também consequências processuais. Tanto mais que — como já referimos — está em causa a intimidade da vítima e, muitas vezes, a manutenção das próprias relações familiares. Aliás, a imposição a perseguição criminal, à revelia da sua vontade, pode provocar a recusa de prestar depoimento, nos casos em que isso seja possível (art. 134.º do CPP) ou até falsos depoimentos¹⁸. A vítima pode silenciar o crime, pode modificar a sua versão, pode retratar-se a fim de evitar a condenação do seu algoz. Em suma: o menor, os seus representantes e, subsidiariamente, o Ministério Público são os melhores juízes da equação custos/benefícios que a perseguição destes crimes encerra, devendo ao carácter disponível do bem jurídico tutelado pelo ilícito corresponder o poder de dispor do próprio processo. Se o bem jurídico é a liberdade e autodeterminação sexual estão a perseguição criminal deverá estar dependente da vontade da vítima ou de quem a represente.

2.3. O interesse superior da criança como princípio processual?

A mutação da natureza processual do crime de abuso sexual de menores e do bem jurídico que lhe está subjacente foi acompanhada pela tentativa de erigir o superior interesse da criança em princípio processual penal. Na sequência da Convenção dos Direitos da Criança e da Constituição da República Portuguesa (cujo art. 69.º, n.º 1, protege a criança da sociedade e do Estado com vista à sua protecção integral) também o processo penal deveria ser um instrumento de salvaguarda dos interesses dos menores, concebidos de «forma não linear e fundamentalista, antes considerando a sua complexidade»¹⁹. O que

CHERADETZ, Karl Prelhaz, *O Direito Penal Sexual...*, p. 119 e ss., BELEZA, Teresa Pizarro, *Sem Sombra de Pecado O Repensar dos Crimes Sexuais na Revisão do Código Penal*, AA.VV., Jornadas de Direito Criminal, Lisboa, CEJ (1996), I, p. 165, LEITE, Inês Ferreira, *Pedofilia*, Coimbra, Almedina (2004), p. 23 e ss., ALFAIATE, Ana Rita, *A Relevância Penal...*, p. 89, REBOCHO, Maria Francisca, *Caracterização do Violador Português*, Coimbra, Almedina (2007), p. 31/2, RAPOSO, Vera Lúcia, *Da moralidade à liberdade...*, p. 952 e ss. Isso não impede que se reconheça que nesta matéria o Código Penal criminaliza outras condutas que protegem bens jurídicos supra individuais. Será o caso do recurso à prostituição de menores (art. 174.º), do lenocínio de menores (art. 175.º) e da pornografia de menores (art. 176.º), onde parece estar em causa a protecção da infância e da juventude (ALFAIATE, Ana Rita, *A Relevância Penal...*, p. 96).

¹⁸ Como relata VEIGA, António Miguel, *Notas sobre o âmbito e a natureza dos depoimentos (ou declarações) para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais (ou da razão de ser de uma aparente “insensibilidade judicial” em sede de audiência de julgamento)*, RPCC (2009), p. 109.

¹⁹ CARMO, Rui do/ALBERTO, Isabel/GUERRA, Paulo, *O Abuso Sexual...*, p. 57

incluiria, nomeadamente, o direito ao desenvolvimento integral e harmonioso, o direito a ser amado, respeitado e tratado com dignidade, o direito a viver num ambiente familiar e a ser tratado como filho, a direito a ligações psicológicas profundas e à continuidade das relações afectivas gratificantes ou o direito à preservação da intimidade e da privacidade²⁰.

Todos estes aspectos deveriam «ser previstos dentro do processo de intervenção em casos de situações de abuso sexual, de modo a garantir que a abordagem legal ... pondere a divergência e a incompatibilidade entre as necessidades da criança e a acusação/punição do agressor; entre os interesses da criança e a execução criminal do agressor»²¹. O superior interesse da criança deveria «ser considerado prioritário em todas as decisões em que esteja em causa o (seu) bem-estar psíquico e afectivo». Em síntese, a decisão deveria ter sempre em consideração o desenvolvimento integral e harmonioso da criança. A intervenção do Ministério Público, do princípio ao fim do processo penal, seria necessariamente marcada pela resposta à questão fundamental: «qual a decisão que se revela mais adequada à salvaguarda e ao respeito pelos interesses da criança?»²² Solução processual «que significa que é o interesse da vítima que preside às decisões de vária ordem, que sejam tomadas nas diversas fases processuais, designadamente em relação à principal decisão, relacionada com a promoção ou não do respectivo processo crime»²³. As nossas crianças são um bem demasiado escasso para as colocarmos em risco.

No fundo, com esta tese, elevando o superior interesse da criança a padrão irrecusável de ponderação, procura subordinar-se o exercício da acção penal a uma forma peculiar do princípio da oportunidade. Em vez da rigidez tradicional, o Ministério Público só deve dar início ao processo ou prosseguir com ele quando o interesse da vítima o aconselhe²⁴. A vontade do menor ou

²⁰ CARMO, Rui do/ALBERTO, Isabel/GUERRA, Paulo, *O Abuso Sexual...*, p. 57.

²¹ CARMO, Rui do/ALBERTO, Isabel/GUERRA, Paulo, *O Abuso...*, p. 58.

²² Em ambos os casos, *cf.* SILVA, Fernando, *Representação dos Menores em Processo Penal*, AA.VV., Que Futuro para o Direito Processual Penal? Coimbra, Coimbra Editora (2009), respectivamente, p. 775 (interpolado nosso) e p. 776.

²³ SILVA, Fernando, *Representação...*, p. 771. Tem-se assistido nos últimos anos a uma proliferação indesejável de princípios ou finalidades processuais que, dificilmente, encontra justificação ou densidade teórica e razão prática suficiente (sobre esta lógica, *cf.* por todos, SALAS, Minor, E. *Kritik des Strafprozessualen Denkens*, München, Verlag C. H. Beck [2005], p. 264 e ss.). Esta tentativa de elevar o superior interesse da criança a princípio processual processual penal é, apenas, mais um episódio dessa deplorável tendência. Se é verdade que uma justiça alheia aos problemas da vítima ou feita à sua custa é incompreensível, também é certo que não constitui finalidade do processo lograr uma protecção incondicional da vítima e dos seus interesses (RIEß, PETER, *Über die Aufgaben des Strafverfahrens*, JR [2006], p. 276).

²⁴ Como, aliás, reconhece Fernando SILVA (*Representação...*, p. 785). O antepassado do actual art. 113.º, n.º 5, do CPP, já foi entre nós considerado como uma manifestação material do princípio da oportunidade. É o caso de, ISASCA, Frederico, *O Projecto do Novo Código Penal...*, p. 92/3 ou, de forma menos categórica, de SANTANA, Cecília, *Princípio da oportunidade na reforma do sistema penal*, AA.VV., Jornadas sobre a revisão do Código Penal, Lisboa, AAFDL (1998), p. 403/4. O mesmo pensamento parece também estar presente em DUARTE, Jorge Dias, *Homossexualidade com menores*, RMP (1999) 78, p. 90. Na mesma linha, já na jurisprudência,

de quem o representante será irrelevante. O Ministério Público poderá promover o processo sem essa vontade ou não o promover não obstante essa vontade (se entender que, apesar de tudo, a inércia é a melhor solução para o caso), revelando, igualmente, um indesejável paternalismo estadual. Escolha que, na tentativa de melhor proteger o menor, acaba por calar a sua voz e por, assim, cair no extremo oposto. Também aqui o seu querer é, afinal, irrelevante, podendo ser contrariado.

2.4. A solução legal e o interesse da criança

Apesar de toda esta evolução legal e da valorização crescente do superior interesse da criança, com a reforma de 2007 (Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro), o legislador, porventura influenciado pelos mais recentes casos de pedofilia (internos ou externos) e as repercussões que eles tiveram sobre a opinião pública nacional, optou por consagrar, de novo, simbolicamente, o carácter público da generalidade dos crimes sexuais contra menores²⁵. A perseguição criminal destes factos passou a ser, outra vez, assunto da própria comunidade. Assim, no que concerne à promoção processual, o papel do Ministério Público, enquanto fiel da balança entre o interesse público na perseguição criminal e os interesses do ofendido, é actualmente muito reduzido. Exceptuando o crime de actos sexuais com adolescentes (art. 173.º do CP), colhida a notícia do crime, o Ministério Público tem de dar origem ao procedimento, nos termos do art. 262.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, sem qualquer possibilidade de ponderar, em concreto, os interesses da vítima, nomeadamente os efeitos perniciosos que daí possam decorrer. O interesse

o Ac. da Rel. do Porto de 10 de Fevereiro de 1999 (RPCC [1999], p. 315) diz expressamente — como já vimos — que a solução legal significava fixar um pressuposto processual segundo critérios de mera oportunidade. No direito alemão, *cfr.* ROXIN, CLAUS, *Strafverfahrensrecht...*, p. 81.

²⁵ Manuel da Costa ANDRADE (*“Bruscamente no Verão Passado”, a reforma do Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora [2009], p. 34) associou, claramente, esta alteração à «herança do caso *Casa Pia* e dos impulsos de paternalismo e fundamentalismo moralistas que provocou em certos sectores da sociedade portuguesa». A favor desta alteração (que a pretexto de uma integral protecção dos interesses do menor acaba por poder posterga-los) invoca-se também (ALFAIATE, Ana Rita, *A Relevância Penal...*, p. 61, ANTUNES, Maria João, *Oposição de maior...*, p. 37, nota 31, e LOPES, José Mouraz, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, Coimbra, Coimbra Editora [2008], p. 121) a necessidade de adoptar no ordenamento jurídico interno as regras da Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, segundo a qual «cada Estado-Membro deve determinar que as investigações ou a instauração de procedimento penal por infracções abrangidas pela presente Decisão-Quadro não dependem de denúncia ou queixa por uma pessoa que tenha sido vítima da infracção» (art. 9.º, n.º 1). Já defender «a atribuição de natureza pública aos crimes sexuais, de modo a ultrapassar as dificuldades com que a Polícia de Segurança Pública se depara na realização de actos urgentes no âmbito da investigação deste tipo de crimes» (como fez o Comissário Domingos ANTUNES na Unidade de Missão Para a Reforma da Justiça Penal) parece-nos uma completa inversão de valores (*cfr.* acta n.º 10 da referida Unidade).

público na perseguição criminal sobrepõe-se aos interesses do ofendido. O Ministério Público desencadeia oficiosamente o processo investigando os factos à *charge et à décharge*, orientado por critérios de pura objectividade e legalidade (art. 52.º do CPP), sendo a oportunidade ou utilidade do processo para a própria vítima completamente irrelevante. A pretexto da integral protecção do menor, o legislador acabou por silenciar a sua voz. O que «pode, não raro, condenar a vítima à “vitimização secundária”, com a consequente indução duma irreversível carreira de vitimização ou, noutra direcção de delinquência. Que pode ser induzida, por exemplo, por sentimentos de “*frustração-agressão*” e potenciada pelo “*sentimento de injustiça sofrida*”». Na síntese clarificadora de Jorge de Figueiredo DIAS «a “histeria de massas” contra abusadores sexuais de criança é tão ou (por vezes) mais responsável por perigos (ou danos) para o desenvolvimento harmonioso da personalidade da criança na esfera sexual do que os próprios agentes do crime»²⁶. Num processo penal dotado de um elevado grau de autismo ou de insensibilidade perante os anseios e necessidades da vítima, a natureza pública do crime pode revelar-se contraproducente. A solução legal significa assim um claro retrocesso rumo às concepções paternalistas e moralistas que — como vimos — marcaram o nosso direito penal sexual durante os últimos séculos.

3. A RECOLHA DE INDÍCIOS E A SALVAGUARDA DO INTERESSE DA CRIANÇA

A perseguição criminal oficiosa, à revelia da vontade da vítima, também pode revelar-se desastrosa para os interesses do menor logo durante a fase de inquérito. O corpo e a voz da criança são estrangidos aqui a um papel difícil mas fundamental ao sucesso da investigação obrigatória: sem eles o processo está destinado ao fracasso. O exame médico-legal, apesar de implicar uma grande intrusão no corpo da vítima, que é esquadrihado (os cabelos, toda a superfície cutânea, as cavidades oral, anal e vaginal) na busca de eventuais

²⁶ Respectivamente, ANDRADE, Manuel da Costa, “*Bruscamente no Verão Passado...*”, p. 35, e AA.VV., *Comentário Conimbricense...*, p. 553. No mesmo sentido, ALVES, Sénio Manuel dos Reis, *Crimes Sexuais Notas e Comentários aos artigos 163 a 179 do Código Penal*, Coimbra, Almedina (1995), p. 120. Não nos parece um argumento de vulto dizer que, mesmo no modelo anterior, o menor estava sujeito aos perigos de um mau processo, nomeadamente nos casos de uma leitura errada do rácio custo/benefício por parte do seu representante legal. Com efeito, a natureza processual do crime permitia que aquele efectuasse uma espécie de monitorização do menor, a actualização constante daquela leitura e a consequente interrupção do processo. Ainda que tivessem decidido mal, essa decisão não era irreversível. O actual carácter público do crime, para além de lhes retirar essa possibilidade de ponderar, impõe-lhes um conflito que, muitas vezes, não têm vontade nem capacidade de gerir. O mesmo regime era, aliás, defendido por Jorge Dias DUARTE (*Homossexualidade...*, p. 89/90) para os casos em que o MP desse início ao procedimento atento o interesse da vítima e, depois, viesse a verificar que afinal esse interesse já não subsistia, carecendo, por isso, de legitimidade para fazer prosseguir o processo.

vestígios, é imprescindível²⁷. Acresce que o facto de na grande maioria dos casos não haver evidências do abuso reveladas por esse exame físico e a inexistência de um “síndrome” ou de um “perfil psicológico” da criança abusada faz com que o seu relato e «o seu testemunho sejam a principal forma de reconstituir o acontecimento e, conseqüentemente, um dos únicos meios de prova»²⁸. Em ambos os casos, se não forem tomadas as devidas precauções, os riscos de vitimização secundária não são despiciendos. A criança tem de revelar toda a sua intimidade a terceiros, que lhe são, quase sempre, meros desconhecidos. Daí que tudo deva ser feito para evitar os prováveis efeitos psicológicos negativos dessa nova vivência. É que o sistema judicial nacional não apresenta ainda um modo de funcionamento compatível com as verdadeiras necessidades da vítima, nomeadamente quando ela é uma criança, podendo ter efeitos perniciosos ao nível da sua reorganização psicológica e afectar a sua recuperação, «no que diz respeito à integração da experiência de vitimação (abuso), avivando-a cada vez que se indica uma diligência ou que se toma (ou não) uma decisão, mas também dificultando a colaboração da criança no processo»²⁹. Não podemos esquecer que «para a criança vítima, relatar a situação de vitimação pode significar reexperimentar de forma intensa e desgastante uma experiência traumática»³⁰.

O papel do Ministério Público, enquanto *dominus* do inquérito, deverá portanto ser aqui fundamental para a salvaguarda dos interesses do menor: já que tem de ser, ao menos que seja da forma menos onerosa possível para aquele. Para além das suas funções de direcção do inquérito, de fiscalização da actividade das polícias, que — apesar de tudo — continuam actuar na sua dependência funcional (arts. 56.º e 263.º, n.ºs 2 e 4, do CPP, e art. 2.º da Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto), deverá maximizar as sinergias que resultam da sua estrutura hierárquica, com vista à «criação de canais de comunicação e de coordenação entre os seus magistrados por forma a que a sua acção conjugada pugne pela coerência na condução dos diferentes procedimentos e das respectivas decisões do ponto de vista da afirmação do superior interesse da criança ou do jovem, que lhe cabe defender»³¹.

²⁷ Sobre a importância desse exame, *cf.* RIBEIRO, Catarina, *A Criança...*, p. 110/11, JARDIM, Patrícia/MAGALHÃES, Teresa, *Indicadores físicos e biológicos de abuso sexual*, AA.VV., Abuso de Crianças e Jovens, Lisboa, LIDEL (2010), p. 110, MAGALHÃES, Teresa/ RIBEIRO, Catarina/JARDIM, Patrícia/PEIXOTO, Carlos/OLIVEIRA, Ricardo Jorge Dinis/ABREU, Cândido/PINHEIRO, M. Fátima/GUERRA, Conceição Cerdeira, *Da investigação...*, p. 149 e ss.

²⁸ RIBEIRO, Catarina, *A Criança...*, p. 113.

²⁹ RIBEIRO, Catarina, *A Criança...*, p. 104.

³⁰ RIBEIRO, Catarina, *A Criança...*, p. 117.

³¹ CARMO, Rui, *A justiça e o abuso de criança e jovens. Um caminho em constante construção*, AA.VV., Abuso de Crianças e Jovens, Lisboa, LIDEL (2010), p. 201. Nos DIAPS de Lisboa e do Porto existem protocolos ou compromissos de boas práticas, celebrados com diversas entidades (nomeadamente as Procuradorias dos Tribunais de Família e Menores, dos Tribunais de Instrução Criminal, as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo e as Delegações do Instituto Nacional de Medicina Legal), tendo em vista estabelecer canais de comunicação entre as diferentes instituições, uma melhor abordagem das situações, evi-

Tanto quanto seja possível, o Ministério Público deverá evitar a incongruência, a sobreposição das medidas e, sobretudo, a repetição de diligências susceptíveis de induzir a vitimização secundária.

3.1. A ausência de publicidade e outras medidas protectoras

Consciente desta problemática, o Código de Processo Penal dispõe no domínio da recolha de indícios ou, depois, de produção de prova, de uma série de medidas protectoras esparsas, que não parecem obedecer a um denominador comum, mas que, na perspectiva demasiado optimista do legislador, quando bem utilizadas, podem reduzir os riscos da vitimização secundária a uma margem ainda aceitável. A sua implementação em concreto seria suficiente para afastar ou, pelo menos, minorar, os perigos de um mau processo. É o caso, desde logo, da exclusão da publicidade de acto processual penal (arts. 87.º, n.º 3, e 321.º, n.º 2, do CPP) ou da proibição da revelação da identidade da vítima (art. 88.º, n.º 2, al. c), do CPP), que, em vez da regra geral, consagram um regime especial de segredo, independente da fase processual em causa, de modo a evitar os efeitos, ainda devastadores da personalidade da vítima, que a divulgação pública do facto pode provocar³². No raciocínio do legislador, se a publicidade pode prejudicar a vítima, então, bastará sujeitar o caso a um estrito regime de segredo para que esse prejuízo não se verifique ou, pelo menos, seja minimizado.

É também o caso, já em sede de audiência de discussão e julgamento, do afastamento do arguido durante a prestação de declarações, se o declarante for menor de 16 anos e houver razões para crer que a sua audição na presença do arguido poderia prejudicá-lo gravemente (art. 352.º, n.º 1, al. b), do CPP). Até porque, «o facto de ter de contar e recontar a sua experiência pode produzir efeitos muito destabilizadores em crianças vítimas de abuso sexual, especialmente nos casos em que as crianças têm de testemunhar na presença do arguido» ou, até, em que este é um seu familiar próximo³³.

O mesmo intuito protector está, ainda, subjacente ao abandono do modelo da *cross examination* e à atribuição ao presidente de competência exclusiva para a inquirição de testemunha menor de 16 anos, terminada a qual os res-

tar a vitimização secundária e garantir a celeridade e a eficaz obtenção de meios de prova criminal. O grande problema que estas medidas de articulação suscitam é, no entanto, o da sua difícil implementação prática. Por um lado, não é fácil conjugar as diversas formas de actuação, na multiplicidade dos seus órgãos e dos seus ritos específicos. Por outro lado, estão em causa lógicas, tempos e objectivos diferentes ou até antagónicos. Finamente, não podemos deixar de referir que estas medidas assentam numa lógica unívoca. Se o processo de promoção e protecção pode aproveitar a prova produzida no processo penal, já será difícil que este, no actual modelo constitucional — pelas suas garantias acrescidas — possa utilizar a prova ali produzida.

³² SILVA, Sandra Oliveira e, *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora (2007), p. 111 e ss.

³³ RIBEIRO, Catarina, *A Criança...*, p. 181.

tantes sujeitos processuais podem sugerir-lhe que formule perguntas adicionais (art. 349.º do CPP)³⁴.

Embora sejam um paliativo, a verdade é que estes mecanismos processuais avulsos não impedem o conhecimento público do facto e o possível labéu daí resultante, nem os efeitos perniciosos para a personalidade do menor, ainda em formação, decorrentes da sua participação forçada no processo. Numa palavra, não impedem a possibilidade da indesejável (e frequente) vitimização secundária. Confiar demasiado na sua eficácia pode ser uma perigosa ilusão³⁵.

3.2. As declarações para memória futura

Outro mecanismo processual penal que procura evitar os danos de um mau processo consiste na tomada de declarações para memória futura (que, pelo seu relevo, merecem uma referência autónoma). «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», num «ambiente informal e reservado, com vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e a sinceridade das respostas, devendo o menor ser assistido no decurso do acto por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito» (art. 271.º, n.ºs 2 e 4, do CPP)³⁶.

No entanto, apesar do louvável intuito que encerra, este regime não evita nem a reinquirição no quadro do mesmo processo, nem a reinquirição no quadro doutros processos e a conseqüente produção dos efeitos nefastos que, com este regime, se pretendem evitar³⁷. A tomada de declarações para

³⁴ Para o carácter protector de todas estas medidas, *cfr.* MAGALHÃES, Teresa/RIBEIRO, Catarina/JARDIM, Patrícia/PEIXOTO, Carlos/OLIVEIRA, Ricardo Jorge Dinis/ABREU, Cândido/PINHEIRO, M. Fátima/GUERRA, Conceição Cerdeira, *Da investigação...*, p. 159, RIBEIRO, Catarina, *A Criança...*, p. 120 e SILVA, Sandra Oliveira e, *A Protecção...*, p. 110 e ss. Já o facto de não prestar juramento legal (art. 91.º, n.º 6, al. a), do CPP) parece decorrer mais da natural incapacidade para compreender o alcance e o significado do acto do que de um qualquer intuito protector da própria testemunha.

³⁵ Não podemos, assim, acreditar que, através do supremo bom senso, da ponderação e da humanidade na condução e tomada de esclarecimentos ao menor será possível desdramatizar o acto e impedir que ele resvale para um “suplício” injustificado, de quem já tanto sofreu, como defende António Miguel VEIGA, *Notas sobre o âmbito...*, p. 132. A mera realização do acto já pode ser desaconselhada e prejudicial, por mais precauções que se tomem e por mais capacidades que o juiz revele. É, aliás, por isso mesmo que — como veremos — o art. 28.º, da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho (Lei de Protecção de Testemunhas) desaconselha a repetição em audiência das declarações de testemunhas vulneráveis, *maxime* de crianças, anteriormente prestadas, havendo assim uma certa incongruência com o regime das declarações para memória futura, previsto no art. 271.º, n.º 8, do CPP.

³⁶ A omissão desta formalidade constitui causa de invalidade, nos termos do art. 120.º, n.º 2, al. a), do CPP (por não ter sido praticado um acto legalmente obrigatório).

³⁷ Que António Miguel VEIGA (*Notas sobre o âmbito...*, p. 122 e ss.) procura justificar à luz dos princípios da oralidade e da imediação. Esta argumentação parece esquecer a jurisprudência, quer do TJUE, quer do TEDH, que aponta (porventura de forma também demasiado generosa)

memória futura não prejudica a prestação de depoimento em audiência de julgamento, sempre que ela for possível e não ponha em causa a saúde física ou psíquica da pessoa que o deve prestar (art. 271.º, n.º 8, do CPP) e também não evita a necessidade de novas inquirições. Em bom rigor, entre nós, ela tem sido, demasiadas vezes, a regra geral: mais do que o sistema legal, parece estar aqui em causa a praxis quotidiana. Acresce que, paralelamente ao processo criminal, corre termos, muitas vezes, o processo de promoção e protecção, também ele sujeito aos seus próprios rituais, susceptíveis de influir negativamente sobre a personalidade do menor. A inexistência de uma verdadeira osmose processual impede (em princípio) o aproveitamento destes actos fora do processo onde foram praticados, levando à sua repetição, com custos acrescidos quer para a administração da justiça, quer, sobretudo, para o menor.

3.3. A Lei de protecção de testemunhas

Também fora do Código de Processo Penal, cumprindo o actual desígnio descodificador do legislador, existem medidas de protecção dos menores. Segundo o art. 26.º da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho (que regula a aplicação de medidas para protecção de testemunhas em processo penal), quando num determinado acto processual deva participar testemunha especialmente vulnerável (nomeadamente devido à sua idade diminuta, ao seu estado de saúde ou ao facto de ter de depor ou prestar declarações contra pessoa da própria família ou de grupo social fechado em que esteja inserida numa condição de subordinação ou dependência), a autoridade judiciária competente providenciará para que (independentemente de outras medidas) tal acto decorra nas melhores condições possíveis, com vista a garantir a espontaneidade e a sinceridade das respostas. Para além disso, logo que se aperceba da especial vulnerabilidade da testemunha, a autoridade judiciária deverá designar um técnico de serviço social, ou outra pessoa especialmente habilitada para o seu acompanhamento e, se for o caso, proporcionar à testemunha o apoio psicológico necessário por técnico especializado (art. 27.º, n.º 1, da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho)³⁸.

No decurso do inquérito, o depoimento ou as declarações da testemunha especialmente vulnerável deverá ter lugar o mais brevemente possível após a ocorrência do crime, devendo ser evitada a repetição da sua audiência (art. 28.º da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho)³⁹.

no sentido da possibilidade de inquirição antecipada, sem confronto pessoal com o arguido, de testemunhas vulneráveis. Sobre a admissibilidade da prova pré-constituída do processo penal e o princípio do contraditório, *cf.* GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch (2006), p. 289 e ss., e GREVI, Vittorio, *Alla Ricerca di un Processo Penale «Giusto»*, Milano, Giuffrè (2000), p. 269 e ss.

³⁸ Sobre este regime, por todos, SILVA, Sandra Oliveira e, *A Protecção...*, p. 161 e ss.

³⁹ A mera repetição dos actos processuais, muitas vezes feita por pessoas e em contextos diferentes, pode perturbar a criança. «Por um lado, “obrigam-no” a lembrar-se com todo o por-

Já nas fases subsequentes ao inquérito, o juiz que presida a acto processual público ou sujeito ao contraditório, deverá dirigir os trabalhos de modo a que a testemunha especialmente vulnerável nunca se encontre com certos intervenientes no mesmo acto, designadamente o arguido, ouvir a testemunha através de meios de ocultação ou de teleconferência, proceder à sua inquirição, finda a qual os demais sujeitos processuais podem pedir-lhe que formule perguntas adicionais (art. 29.º da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho), organizar uma apresentação prévia da testemunha (devidamente acompanhada) e uma visita às instalações onde irá decorrer o acto (artigo da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho). Tudo isto no sentido de evitar ou reduzir o provável impacto negativo que o acto pode ter sobre o menor.

No entanto, à semelhança das medidas preventivas previstas no Código de Processo Penal, também estas medidas consagradas em legislação extravagante podem ser, afinal, insuficientes para compensar a natureza pública do crime e os estragos (talvez irremediáveis) que um mau processo pode causar, deixando o Ministério Público e o juiz impotentes, sem nada poderem fazer, perante o sofrimento do menor.

4. A PROSECUÇÃO PROCESSUAL E A SALVAGUARDA DO INTERESSE DA CRIANÇA

Num processo penal orientado pelo princípio da legalidade (art. 219.º, n.º 1, da CRP), o Ministério Público não pode, como já referimos, ponderar a prossecução processual segundo critérios de custo/benefício daí decorrente para a vítima. O Ministério Público não tem competência para arquivar o inquérito se entender que o exercício da acção penal comporta para o menor mais prejuízos do que benefícios. À semelhança da promoção processual também a prossecução processual está sujeita a estritos critérios de legalidade. Exceptuando o arquivamento em caso de dispensa de pena (art. 280.º do CPP), a suspensão provisória do processo (art. 281.º do CPP) e, agora, a mediação penal (Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho) com a recolha de indícios surge o dever de acusar⁴⁰. A protecção do superior interesse da criança não pode ser invocada para o derrogar.

menor do que ele quer evitar a todo o custo, e a divulgá-lo a várias pessoas (toda a gente fica a saber); por outro, sente que não acreditam nele, e que andam a tentar “apanhá-lo em falso”» (CARMO, Rui do/ALBERTO, Isabel/GUERRA, Paulo, *O Abuso Sexual...*, p. 82/3). Os interrogatórios repetitivos podem ser uma poderosa fonte de vitimização não imputável aos factos.

⁴⁰ Cujá violação é, como se sabe, causa de ilicitude material, constituindo crime de denegação da justiça e prevaricação, previsto no art. 369.º do CP. Curiosamente, toda a jurisprudência consultada (relativa ao regime anterior) debate o problema da eventual falta de legitimidade do Ministério Público e, logo, uma excessiva promoção processual e não a sua omissão ou inércia no desencadear supletivo do processo. O que parece estar em causa é sempre um eventual exagero do processo e não o contrário. Aliás — apesar das dificuldades, nomea-

4.1. A suspensão provisória do processo

No que concerne à prossecução processual, o legislador parece, assim, querer compensar a natureza pública destes crimes apenas com uma generosa possibilidade de suspensão provisória do processo⁴¹. Recolhidos indícios suficientes da prática do ilícito e de quem foi o seu autor, o Ministério Público deverá ponderar apenas essa possibilidade adicional, de acordo com o interesse da vítima (art. 178.º, n.º 3, do CP), em vez de produzir logo uma acusação formal e de remeter o processo para julgamento. Só depois de esgotar esta possibilidade poderá partir para aquela⁴².

damente ao nível probatório que esse regime convoca e que o convertem num preceito de carácter simbólico — em casos de omissão do Ministério Público, o ofendido pode, hoje, exercer o direito de queixa a partir da data em que perfizer 16 anos (art. 113.º, n.º 6, do CP).

⁴¹ Para a associação entre o carácter público do crime e a possibilidade da suspensão provisória do processo, logo na versão de 1998, *cf.* LOPES, José Mouraz, *Os crimes...*, p. 173 ou (fazendo apelo à proposta de Lei n.º 149/IX) ANTUNES, Maria João, *Oposição de maior...*, p. 37, nota 31 (de todo o modo, em bom rigor, deve dizer-se que a suspensão provisória do processo foi introduzida com a reforma do art. 178.º, n.º 2, do CP, operada pela Lei n.º 99/2001, de 25 de Agosto, numa altura em que o crime ainda não tinha carácter público). Na Unidade de Missão Para a Reforma da Justiça Penal, Maria Manuela BASTOS (representante do Gabinete de Política Legislativa e Planeamento) também defendeu a mesma tese (*cf.* acta n.º 10). A muito generosa possibilidade de suspensão provisória do processo nos termos do art. 178.º, n.º 3, do CP, coloca ainda a questão adicional de saber se, noutros casos de crimes sexuais menos graves, mas, mesmo assim, punidos com pena de prisão de máximo superior a 5 anos, o Ministério Público também pode suspender o processo, se estiverem reunidos os restantes pressupostos legais (nomeadamente se o vítima o requerer)? A favor de uma interpretação negativa poderá dizer-se que se trata de uma excepção ao regime geral da suspensão provisória, justificada pela necessidade de salvaguardar o interesse da vítima, que deve manter-se na estrita letra da lei (art. 11.º do CC). Já a favor de uma interpretação afirmativa poderá invocar-se que quem pode o mais também deve poder o menos e que excluir essa possibilidade seria violar o princípio da igualdade (art. 13.º, n.º 1, da CRP), tratando de forma desigual situações substancialmente iguais (a única diferença entre a violação de uma menor e de um maior é a idade de vítima e, logo, a maior ou menor gravidade do facto).

⁴² O facto de o Código Penal dizer que o Ministério Público «pode determinar» (art. 178.º, n.º 3) e o Código de Processo Penal dizer que o Ministério Público «determina» (art. 281.º, n.º 7) não nos parece motivo suficiente para remeter o mecanismo para o domínio da mera oportunidade. Independentemente da fórmula legal, o Ministério Público só pode acusar depois de esgotar as virtualidades da suspensão provisória do processo (neste sentido, por todos, *cf.* CORREIA, João Conde, *Questões Práticas Relativas ao Arquivamento e à Acusação e à sua Impugnação*, Porto, Publicações Universidade Católica [2007], p. 73 e ss.). Já a possibilidade de arquivamento em caso de dispensa de pena (art. 280.º do CPP) é aqui impen-sável (ao contrário do § 182, al. IV), do StGB, o legislador português não previu essa hipótese específica) por não estarem reunidos os pressupostos legais gerais (art. 74.º do CP). Quanto à Mediação Penal o próprio legislador teve o cuidado de a afastar expressamente no art. 2.º, n.º 3, al. b), da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho. O que não deixa de ser estranho face à grande generosidade da suspensão provisória do processo, onde um possível «contacto directo da vítima com o agressor pode ser (e será frequentemente) contraproducente» (a frase é de ALMEIDA, Carlota Pizarro, *A Propósito da Decisão-Quadro do Conselho de 15 de Março de 2001: algumas considerações (e interrogações) sobre a mediação penal*, RPCC [2005], p. 398 e foi utilizada para justificar a exclusão dos crimes sexuais do seio da mediação penal. No mesmo sentido, pugnano pela inaplicabilidade da mediação penal nestes casos, *cf.* LEITE, André Lamas, *A Mediação Penal de Adultos*, Coimbra, Coimbra Editora [2008], p. 62 e 65. Em sentido contrário, no que respeita a vítimas maiores de 16 anos, *cf.* SANTOS, Cláudia, *A Mediação Penal, a Justiça Restaurativa e o Sistema Criminal — Algumas refle-*

Este regime especial de suspensão provisória do processo, consagrado no art. 178.º, n.º 3, do Código Penal e no art. 281.º, n.º 7, do Código de Processo Penal, suscita, no entanto, algumas perplexidades. Em primeiro lugar, alarga a possibilidade da suspensão a limites dificilmente admissíveis e razoáveis. Enquanto o regime geral abrange crimes puníveis com pena de prisão não superior a 5 anos, aqui podemos chegar ao triplo (art. 177.º, n.º 6, do CP), incluindo situações que, de forma alguma, podem ser consideradas como pequena ou média criminalidade. O legislador parece ter esquecido a necessária proporcionalidade entre a gravidade do crime e a gravidade da sanção. Em segundo lugar, porque os propósitos do legislador dificilmente podem ser alcançados com a suspensão provisória do processo. Por apelar ao consenso, este mecanismo raramente poderá constituir uma resposta adequada às necessidades da vítima, que, aliás, mais uma vez, nem sequer é formalmente questionada⁴³. Nada assegura que o arguido aceite a solução — condição indispensável à validade mesma — e também nada garante que ela tenha sido conseguida sem a indesejável vitimização secundária do menor⁴⁴. Insensível à sua problemática, o arguido tenderá, muitas vezes, até a forçar o julgamento, no intuito de, pelo menos aí, conseguir a absolvição.

Mesmo assim, independentemente destas dificuldades, a suspensão provisória do processo será, sem dúvida, um instrumento capaz de afastar ou, pelo menos, reduzir os riscos de vitimização secundária. O Ministério Público deverá, por isso, utilizar o mecanismo sempre que estiverem reunidos os respectivos pressupostos legais. Em vez de uma gestão discricionária e oportunista da suspensão (como continua a suceder) impõe-se uma utilização constante e uniforme de modo a lograr todos aquele desideratos legais⁴⁵.

xões suscitadas pelo Anteprojecto que introduz a mediação penal «de adultos» em Portugal, RPCC [2006], p. 97 e ss.).

⁴³ Em certo que, em nosso entender, a suspensão provisória do processo deve contar com o consentimento da vítima, ainda que não constituída como assistente (CORREIA, João Conde, *Questões Práticas...*, p. 90/1 ou *Concordância Judicial à Suspensão Provisória do Processo: equívocos que persistem*, RMP [2009], 117, p. 74, nota 66). No entanto, não tendo sido essa a prática generalizada, com o apoio, quer da doutrina, quer da jurisprudência, impondo-se, por isso, uma clarificação legislativa urgente.

⁴⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, *“Bruscamente no Verão Passado”...*, p. 32, ou ALFAIATE, Ana Rita, *A Relevância Penal...*, p. 59/61. De todo o modo deve dizer-se, em abono da verdade, que a base de dados da Procuradoria-Geral da República sobre a suspensão provisória do processo (regulada pelo Decreto-Lei n.º 299/99 de 4 de Agosto) regista (nos anos de 2007 a 2010) 49 suspensões provisórias em crimes de abuso sexual de menor, sendo três deles da comarca de Ponta Delgada. Também é revelador o facto de a medida apresentar um crescimento significativo. No ano de 2007 foi aplicada uma vez, no ano de 2008 foi aplicada duas vezes, no ano de 2009 foi aplicada 23 vezes e no ano de 2010 (até Maio) foi também aplicada 23 vezes. Finalmente, refira-se que, na sua esmagadora maioria, as referidas suspensões são oriundas do DIAP de Coimbra.

⁴⁵ A distribuição geográfica assimétrica dos casos de suspensão provisória do processo registados é a melhor testemunha daquele inadimplemento dos preceitos legais.

5. A INSUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS COMPENSATÓRIAS DA NATUREZA PÚBLICA DO CRIME E DA INDISPONIBILIDADE DO BEM JURÍDICO TUTELADO E AS NOVAS PROPOSTAS

A atribuição destas medidas compensatórias da natureza pública do crime e da indisponibilidade processual do bem jurídico protegido é insuficiente à tutela do superior interesse da criança, podendo gerar no Ministério Público — repetimos mais uma vez — um claro conflito de interesses: a perseguição criminal oficiosa e intransigente de todas as notícias de crime pode destruir irremediavelmente aquele superior interesse.

Por isso mesmo, começam a surgir propostas inovadoras (nomeadamente do Observatório Permanente da Adopção, que está integrado no Centro de Direito da Família, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), baseadas numa abordagem completamente nova de toda esta problemática. Em vez da separação tradicional entre justiça protectiva e justiça repressiva, deverá operar-se a «concordância prática entre as intervenções criminal e de promoção dos direitos e de protecção, em três aspectos essenciais: na avaliação dos factos, na obtenção da prova e na protecção da vítima». No caso de notícia de ofensa sexual contra vítima menor de idade, as intervenções de promoção e protecção do superior interesse da criança e de investigação criminal oficiosa devem ser simultâneas, «por forma a que se alcance uma abordagem holística de cada caso e sem novos danos para a vítima... para que, para além do sofrimento que resultou dos factos, a vítima não sofra os efeitos da ineficácia do sistema de justiça»⁴⁶.

O Ministério Público deverá — segundo a mesma proposta — estar no centro desta nova forma de organização da intervenção da justiça em casos de abuso sexual de crianças e jovens, dirigindo uma equipa multidisciplinar, integrada por elementos da Polícia Judiciária, do Instituto Nacional de Medicina Legal e da Segurança Social com vista a lograr: «a triagem dos casos de acordo com protocolos que definam claramente as normas de valorização dos diversos indicadores (sociais, psicológicos e/ou físicos) e o seu grau de consistência; a imediata protecção da vítima; a recolha e conservação de prova para efeitos de procedimento criminal, de instrução de processo de promoção e protecção, e de eventual procedimento tutelar cível; o desenvolvimento de acções no sentido de evitar a revitimização e a vitimização secundária»⁴⁷. Nova forma de organização da intervenção da justiça que, se forem salvaguardadas todas as garantias jurídico-constitucionais do processo penal, não obstante a rigidez do princípio da legalidade, permitirá superar ou, pelo menos, reduzir aquele conflito entre o intransigente exercício da acção penal e o superior interesse do menor, maximizando os ganhos e minimizando os custos.

⁴⁶ Em todos os casos, CARMO, Rui, *A justiça...*, p. 202.

⁴⁷ CARMO, Rui, *A justiça...*, p. 201.

6. AS EXIGÊNCIAS DO PAPEL ACTUAL E A SUA DIFICULDADE

Enquanto isso não acontece (se efectivamente for possível operar aquela concordância prática) e, sobretudo, enquanto continuar espartilhado pelo princípio da legalidade, o papel do Ministério Público não será, aqui, diferente ou diverso: limitar-se-á a exercer a acção penal, orientado por critérios de pura objectividade e legalidade⁴⁸. Mesmo assim, deverá fazer tudo o que lhe seja possível para cumprir ou fazer cumprir estes dispositivos profiláticos, zelando pela observância destes preceitos legais, por forma a evitar que o processo seja um «novo calvário», «um suplício» ou uma nova espécie de «instrumento de tortura da vítima, cuja protecção se quis reforçar»⁴⁹. Numa palavra, deverá dar a maior atenção possível aos interesses da vítima. Já que tem de ser — repetimos de novo —, ao menos que seja com o menor custo possível.

Esta sua missão, embora ingrata e difícil (não pode agradar a Gregos e a Troianos), não é impossível. Em cada caso concreto, o Ministério Público há-de saber encontrar as soluções mais adequadas à defesa daqueles dois interesses: incondicional exercício da acção penal e, simultânea, protecção do menor. Apesar de tudo, a participação da criança no processo judicial não tem de ser, necessariamente, uma experiência negativa, podendo ser «sentida como construtiva pela criança vítima, desde que lhe sejam garantidas condições adequadas». Muitas vezes, o escrupuloso cumprimento daqueles preceitos e a desejável articulação entre procedimentos será suficiente para afastar os riscos da vitimização secundária. Como dizia o João, de 10 anos de idade, «depois tive de contar também à Dra. da protecção de menores e à médica e agora estou aqui. Eu não me importava de ir lá mas não queria era falar de tudo outra vez»⁵⁰.

⁴⁸ Arts. 53.º, n.º 1, e 262.º, n.º 2, do CPP.

⁴⁹ As duas primeiras expressões são de VEIGA, António Miguel, *Notas sobre o âmbito...*, p. 103 e 132, e a terceira é de DUARTE, Jorge Dias, *Homossexualidade...*, p. 90.

⁵⁰ Em ambos os casos, *cfr.* RIBEIRO, Catarina, *A Criança...*, respectivamente, p. 181 e 180.