

O RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO PROJECTO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

JOÃO HENRIQUE GOMES DE SOUSA

O reconhecimento é um meio de prova pré-constituído que, em sede de julgamento, pode exercer uma influência decisiva na formulação de um juízo de culpabilidade relativamente à pessoa do arguido assim identificado. Impõe-se assim que, em nome das garantias de defesa típicas de um processo penal equitativo, sejam cumpridas rigorosamente todas e quaisquer formalidades estabelecidas na legislação no sentido de evitar a ocorrência de erros irreparáveis de identificação e de prevenir intervenções policiais abusivas.

Inspirado na experiência anglo-saxónica e sem ignorar outras realidades procedimentais de matriz europeia, o autor critica o carácter pouco ambicioso e não exaustivo da regulamentação proposta a este propósito no Projecto de Código de Processo Penal apresentado em Julho de 2006 pela Unidade de Missão Para Reforma Penal. Para além disso disponibiliza um conjunto de importantes contributos tendentes a maximizar a validade substancial do acto de reconhecimento e sugere pertinentes modificações destinadas a regular devidamente esse meio de prova.

É nosso propósito dar opinião sucinta sobre as alterações propostas para o meio de prova “Reconhecimento”, tais como elas resultam do Projecto de Código de Processo Penal apresentado em Julho de 2006 pela Unidade de Missão para a Reforma Penal, tendo como pano de fundo a prática judiciária e a antevisão das dificuldades de uma futura praxis na exclusiva óptica do “juiz de julgamento”, é dizer, do juiz que preside ao julgamento em 1.^a instância.

Move-nos, tão só, a preocupação nascida de onze anos a presidir a julgamentos colectivos em primeira instância, o que nos permitiu constatar que parte cada vez mais substancial de processos nos chega com pouco mais prova recolhida do que um ou vários reconhecimentos, em regra feito pelas vítimas (principalmente) ou pelas testemunhas arroladas para a audiência de julgamento, tardando a adequada legislação para regular devidamente esse meio de prova.

Entendemos que parte dessa realidade percebida deve ser exibida sem a *secura* (ou *sombra*?) da linguagem excessivamente técnica.

Recorreremos a análises comparativas com os projectos do Grupo Parlamentar do Partido Socialista (Projecto de Lei n.º 519/IX)¹ e com a Proposta

¹ <http://www.ps.parlamento.pt/?menu=iniciativas&leg=IX#apjl>.

de Lei de revisão do Código do Processo Penal apresentada em 2004-06-25 pelo XVI Governo Constitucional² (dada a similitude desta proposta do Ministério Aguiar Branco com a proposta do Partido Social Democrata — Projecto de Lei n.º 237/X — torna-se desnecessária uma análise autónoma deste)³.

A) AS ALTERAÇÕES PROPOSTAS

1 — Se nos parecem globalmente positivas várias das alterações propostas no Projecto, designadamente quanto a escutas telefónicas, parecem-nos, ao invés, assaz modestos os objectivos declarados pela Unidade de Missão para a Reforma Penal no que tange ao reconhecimento de pessoas.

Apercebemo-nos que o legislador não está disposto a estabelecer uma regulamentação precisa, exhaustiva e, maxime, exterior ao Código de Processo Penal, dos actos probatórios realizados pelas forças policiais e respectiva documentação nos autos, como acontece na tradição anglo-saxónica.

A tradição processual penal continental a isso conduz, mas a inserção do nosso Código de Processo Penal entre as tradicionais famílias processuais penais europeias, com importante relevo na “superação da tradicional antinomia entre os modelos «inquisitório» e «acusatório»”, como salientou a Prof. Mireille DELMAS-MARTY⁴, já deveria ter alterado mentalidades no sentido da aceitação da “micro-comparação” com as regras da *evidence* anglo-saxónica, o que se teria revelado de grande utilidade no que às alterações ao “reconhecimento” diz respeito.

De facto, admite-se ser difícil propor alterações que “caibam” no estreito campo delimitado por três artigos — artigos 147.º a 149.º

Mas, mesmo enfrentando essa estreiteza espacial de origem conceptual, muito mais de forma útil e conformadora poderia e deveria ter sido proposto.

2 — Reduzem-se a três as propostas de alteração constantes do projecto apresentado em Julho de 2006, a saber:

- a) Admite-se a possibilidade de os intervenientes serem fotografados e de as fotografias serem juntas aos autos, mediante o respectivo consentimento;

² http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Governos/Governos_Constitucionais/GC15/Ministerios/MJ/Comunicacao/Outros_Documentos/20040625_MJ_Doc_Revis_CPPenal.htm — Ministério Aguiar Branco.

³ http://www.gppsd.pt/actividades_detalhe.asp?s=11595&ctd=2742.

⁴ DELMAS-MARTY, Mireille — “A caminho de um modelo europeu de processo penal”, in “Revista Portuguesa de Ciência Criminal”, Ano 9, Fasc. 2.º, Abril-Junho, pág. 229-231, 1999, e “Conferência Parlamentar — A Revisão do Código de Processo Penal”, in “Código de Processo Penal — Processo Legislativo”, Vol. II, Tomo II, Assembleia da República, Lisboa, pág. 33, 1999.

- b) Determina-se que o reconhecimento por fotografia, filme ou gravação realizado no âmbito de investigação criminal só vale como meio de prova quando for seguido de reconhecimento presencial;
- c) Admite-se que as imagens de pessoas que não tiverem sido reconhecidas sejam juntas ao auto, mediante o seu consentimento.

As restantes alterações propostas são mera adaptação à nova numeração criada.

Para além de modestas, as alterações assumem, *prima facie*, diferente natureza prática.

3 — Relativamente à primeira, apenas se discorda do comedimento da alteração proposta.

É que esta subdivide-se em duas:

- a) A possibilidade de os intervenientes serem fotografados e de as fotografias serem juntas aos autos;
- b) Mediante o respectivo consentimento.

Já afirmámos, em trabalho não publicado, que os actos de reconhecimento «são executados sem se atender à necessidade de “convencer” o juiz de julgamento de que o ou os arguidos foram “properly and adequately identified”, ou pressupondo mesmo que este será pouco exigente na sua análise, que se bastará pela verificação da existência de um auto de reconhecimento que cumpra os requisitos formais, designadamente de que na linha de identificação se encontram, pelo menos, duas outras pessoas para além do arguido.

De facto, o juiz de julgamento na maioria dos reconhecimentos presentemente efectuados apenas dispõe de um auto que afirma que o arguido foi (ou não) identificado pelo ofendido ou testemunha. Nada mais!

O juiz de julgamento não dispõe de elementos que permitam apurar o acerto nos procedimentos de reconhecimento; o local (e suas características) onde o mesmo foi realizado, o número e o tipo de pessoas que formaram a “linha de identificação” e suas características físicas. Estes são elementos essenciais para controlar o acerto do procedimento, formar a convicção do julgador e permitir a respectiva motivação.

As cautelas de que deveriam ser rodeados os actos de reconhecimento não resultam evidentes (ou sequer existentes) perante o Tribunal de julgamento. A redacção dos autos de reconhecimento é de uma conflagradora formalidade asséptica e a certeza quanto à pessoa reconhecida é deixada à livre apreciação da prova pelo juiz de julgamento, que se vê na desconfortável situação de “acreditar” ou “não acreditar” num auto que apenas “afirma” que o arguido foi ou não reconhecido por determinada pessoa.

O cumprimento dos requisitos mínimos é a regra supletiva (a regra geral é a nulidade ou, se se preferir, a apresentação de um meio de prova imprescritível) e a inexistência de registos fotográficos ou videográficos dos reconhe-

cimentos físicos realizados pelas polícias constitui uma falha grave que impede uma melhor apreciação e motivação da prova.

E este seria elemento de especial relevância, pois que nos recordamos de autos de “reconhecimento” efectuados com agentes policiais a integrar a linha de identificação que, com apelo à memória ou verificação em audiência, com os arguidos tinham a mesma semelhança que existe entre a água e o azeite.

Pede-se (e espera-se), portanto, do juiz de julgamento, um “acto de fé” num procedimento que — pela nossa experiência — é exclusivamente policial e que, em regra quase absoluta, não tem a presença de defensor do arguido».

Vivemos, pois, no reino do mínimo formal, quando algo se aproveita.

Esperava-se, portanto, algum arrojo do legislador que, ao invés, parece ter ficado tolhido pelas viagens comparatísticas aos ordenamentos processuais penais continentais e pelo receio da violação da intimidade dos intervenientes no auto de reconhecimento e não atendeu às necessidades sentidas pelos juízes de julgamento em sede de convicção.

Sequer ajudam, as tímidas alterações propostas, a uma adequada instrução dos autos em fase de inquérito, nem à necessidade de controlo dos actos policiais.

Sem atender, igualmente, à circunstância de ser fácil obviar à violação da privacidade dos intervenientes pela aposição, no registo fotográfico, de uma tira ocular impeditiva da identificação dos intervenientes, mas que permitiria ao juiz de julgamento um controle adequado do acto de reconhecimento (semelhança/dissemelhança e número de intervenientes) e uma mais fundada apreciação da prova.

Assim, se somos claramente apoiantes da primeira opção, não como mera possibilidade, mas sim como necessidade de os intervenientes serem fotografados e de as fotografias serem juntas aos autos (fotografias da “linha de identificação”, entenda-se⁵), julgamos que a exigência de consentimento dos intervenientes (que não o arguido) se deveria limitar à possibilidade de os mesmos poderem exigir a ocultação da sua identidade.

A consagração de tal opção não seria mais do que prever norma idêntica à constante do artigo 214.º, n.º 3, do Códice di Procedura Penale italiano, que permite a documentação “*fotografiche o cinematografiche o mediante altri strumenti o procedimenti*”, com a ligeira precisão quanto à reserva da identidade dos intervenientes.

A ser assim — necessidade de o reconhecimento (e não unicamente dos intervenientes individualmente considerados) ser documentado fotograficamente e de as fotografias serem juntas aos autos — a terceira alteração proposta perde razão de ser, qualquer que ela seja.

⁵ Entendemos que relevante é o registo fotográfico claro e elucidativo da “linha de identificação” com todos os intervenientes em simultâneo e não apenas as fotografias isoladas de cada um dos intervenientes já que esta última prática, a instalar-se (o que, inevitavelmente, ocorrerá e caberá ao poder judicial não aceitar), afectará quer os direitos de defesa, quer o controlo judicial — via motivação — do acto de reconhecimento.

Quanto a esta (a *junção aos autos de imagens de pessoas que não tiverem sido reconhecidas*) não se descortina uma razão plausível, suficientemente forte, para a sua existência com tratamento autónomo.

A ocorrer acusação, esse não reconhecimento pode ter importante relevo na apreciação da prova em audiência de julgamento se estiver relacionado com o crime para que se fez o dito reconhecimento.

E, a ser assim, aquela terceira alteração aparenta ser inútil e perder autonomia face à primeira e a questão reconduz-se ao acerto da alteração proposta em primeiro lugar.

Isto é, tudo reenvia para a questão de se saber como deve ser documentado o reconhecimento e o não reconhecimento, já que quer um quer outro podem ser de importante relevo, quer em fase de inquérito, quer em fase de julgamento.

A essa conclusão chegou o “Thecnical Working Group for Eyewitness Evidence”, responsável pelo desenvolvimento e publicação do “*Eyewitness Evidence — A Guide for Law Enforcement*” que neste propôs a adopção de procedimentos que devem ser seguidos pelas forças policiais norte-americanas, entre eles avultando o princípio de que o procedimento deve ficar documentado de forma completa, quer a identificação quer a não identificação do suspeito, pois que o acto e sua documentação podem ser de crítica importância durante a investigação e no julgamento.

4 — Já quanto à segunda alteração proposta — *o reconhecimento por fotografia, filme ou gravação realizado no âmbito de investigação criminal só valer como meio de prova quando for seguido de reconhecimento presencial* — a sua implementação como regra geral assume valor claramente negativo, na medida em que irá inquinare todos os reconhecimentos da suspeita de estarem influenciados pelas exposições prévias.

Como é defendido quase unanimemente, a repetição do acto de reconhecimento afecta naturalmente, em maior ou menor grau, o segundo acto de reconhecimento.

Parece poder afirmar-se que um primeiro procedimento influenciará, necessariamente, um segundo⁶, ou por se desconhecer se a testemunha não estará a identificar a pessoa que por ela foi vista no primeiro procedimento em vez de identificar o autor do acto ilícito⁷, ou porque a testemunha se ache “comprometida” a fazer a mesma escolha que fez anteriormente (“Commitment effect”⁸).

⁶ Ver, sobre este ponto, a decisão no caso *Simmons v. US*, 390 US 377 (1968).

⁷ MEMOM, HOPE, BARTLETT & BULL — “*Eyewitness recognition errors: the effects of mug shot viewing and choosing in young and old adults*”, *Memory and Cognition*, Vol. 30, n.º 8, págs. 1219-1227, Dezembro 2002.

⁸ DYSART, LINDSAY, HAMMOND & DUPUIS — “*Mug shot exposure prior to line-up identification: interference, transference and commitment effects*”, *Journal of Applied Psychology*, Vol. 86 (6), págs. 1280-1284, Dezembro 2001.

Assim como se sabe ser aconselhável evitar que uma mesma testemunha seja interveniente em vários reconhecimentos de um mesmo suspeito, já que as várias intervenções diminuirão a sua capacidade de identificação⁹.

Mas percebe-se que o legislador pretenda rodear o acto de reconhecimento fotográfico, videográfico ou áudio das necessárias garantias e que acredite que a necessidade de proceder a um posterior reconhecimento físico possa conduzir as forças policiais a uma maior cautela na execução do acto.

O que não se acredita é que esta seja a forma adequada de alcançar esse desiderato, pois que tal alteração é um convite claro a que as forças policiais tenham tendência a “garantir”, durante o “reconhecimento prévio”, que o declarante ou testemunha “acerte” no “reconhecimento físico”, principalmente nos casos de reconhecimentos foto e videográficos.

Assim, admite-se e aceita-se tal opção quanto a um singelo acto de reconhecimento, desde que seja garantida a forma de execução do prévio reconhecimento e respectiva documentação no processo. E, neste ponto, o projecto é omissivo.

O que se não percebe é que se estabeleça tal sequência de reconhecimentos como regra geral, havendo necessidade de realizar pluralidade de reconhecimentos.

Tal opção (ou interpretação permitida pelo projecto) cria para toda essa pluralidade de reconhecimentos a dúvida legítima sobre a credibilidade de todos eles, quando teria sido muito mais curial prever norma semelhante à constante do *Police and Criminal Evidence Act 1984* (PACE), mais especificamente no ponto a.6 do anexo E do *Code of practice for the identification of persons by Police Officers (Code of Practice D)*.

Isto é, se uma das testemunhas efectua uma identificação fotográfica positiva, às restantes não devem ser exibidas fotografias. Pelo contrário, devem realizar um dos restantes procedimentos de identificação (“vídeo identification”, “identification parade” ou “group identification”), no nosso caso o “reconhecimento físico”, já que o nosso Código de Processo Penal apenas esta forma de reconhecimento prevê e não é caso, naturalmente, de realização de um reconhecimento intelectual.

Percebe-se a razão desta exigência da legislação inglesa e galesa. Apenas um dos reconhecimentos fica afectado pela dúvida sobre a “repetibilidade” do reconhecimento.

Antevê-se, por outro lado, que esta exigência de um reconhecimento físico na sequência de um reconhecimento prévio irá alargar o âmbito da controvérsia da “irrepetibilidade” dos reconhecimentos, que até agora se limitou aos realizados em sede de inquérito (por nulidade do primeiro reconhecimento) e à realização de um segundo “reconhecimento” em audiência de julgamento.

⁹ HINZ, T. & PEZDEK, K. — “The effect of exposure to multiple lineups on face identification accuracy”, *Law and Human Behavior*, 25, 185-198 (2001).

Estas são, a nosso ver, boas razões para não estabelecer como regra geral a alteração proposta.

Mas a proposta teria valor extremamente positivo se consagrasse expressamente a possibilidade de realização de reconhecimentos por fotografia, por filme ou gravação sonora¹⁰.

E não se antevê razão, bem pelo contrário, para não tratar cada uma dessas formas de reconhecimento — áudio, foto ou videográfico — como um meio de prova autónomo, atribuindo-lhe relevância semelhante à do reconhecimento físico (o reconhecimento por fotografia ou vídeo), admitindo-se ser acertado manter o reconhecimento físico em “linha de identificação” como paradigma¹¹.

Naturalmente isso implicará uma mais cuidada regulamentação da execução e documentação de cada um deles.

Razão suficiente para que se discorde da menorização (com a agravante da deficiente documentação), destas diversas formas de procedimento de “reconhecimento” prévio a um “reconhecimento físico”, como se aqueles não influenciassem este de forma que pode ser irreparável, tratando-os como meros actos policiais de investigação, irrelevantes e sem reflexo nos meios de prova subsequentes, o que aparenta ser a aceitação infeliz de alguma jurisprudência espanhola redutora e inadequada sobre o reconhecimento fotográfico.

5 — Mesmo não sendo aceite tal ideia, o que também se não entende é porque a proposta não opta pela forma mais fácil e expedita de acautelar a justa execução dos reconhecimentos prévios, designadamente do fotográfico (o mais frequente), garantindo simultaneamente uma melhor instrução dos autos, os direitos de defesa do arguido e a adequada ponderação, em julgamento, do acerto do reconhecimento fotográfico: o registo fotográfico do “reconhecimento fotográfico”.

Nada de novo, já que o referido anexo E do *Code of practice for the identification of persons by Police Officers (Code of Practice D) do Police and Criminal Evidence Act 1984* nos seus pontos a.10 e b.11 regulamenta de forma adequada a documentação de um reconhecimento fotográfico.

Concretizando.

Nenhuma das fotografias exibidas às testemunhas será destruída, tenha ou não sido realizada uma identificação positiva, já que pode ser necessário apresentá-las como prova em audiência; as fotografias devem ser numeradas e uma fotografia separada deve ser tirada do álbum ou conjunto de fotos no qual a testemunha tenha feito uma identificação positiva — ponto a.10;

¹⁰ Em sentido idêntico a proposta contida no n.º 5 do artigo 147.º do Projecto de Revisão do Código de Processo Penal apresentado pelo Grupo Parlamentar do PS no Projecto de Lei n.º 519/IX.

¹¹ De notar que nas anteriores versões da legislação inglesa/galesa, o Code D, se dava preferência à “identification parade” e agora se reconhece que a identificação por vídeo pode ser mais rápida e adequada, surgindo esta logo no Anexo A e a “identification parade” no Anexo B.

Quer tenha ou não sido feita uma identificação positiva, deve ser feita uma gravação da exibição fotográfica, aí se incluindo tudo o que tenha sido dito pela testemunha acerca de qualquer identificação ou sobre o procedimento, assim como das razões porque as regras do código não foram cumpridas bem como o nome e patente do agente encarregado do procedimento — ponto a.11;

Ou optar — com diversa formulação — por solução idêntica à proposta contida no n.º 5 do artigo 147.º do Projecto de Revisão do Código de Processo Penal apresentado pelo Grupo Parlamentar do PS, que se transcreve:

“É aplicável o disposto no n.º 1 nas demais diligências de reconhecimento em que a presença de pessoas seja substituída por imagem a identificar, seja qual for a forma do registo”.

Esta seria uma forma simples — não obstante consagrar um regime insuficiente para vários tipos de reconhecimento, com diversa natureza e a exigir diverso tratamento — de sujeitar todos os tipos de reconhecimento ao regime geral do “reconhecimento físico”, oferecendo, dessa forma, maiores garantias, desde que assegurada uma adequada documentação do acto.

E entendemos insuficiente já que, no que ao reconhecimento fotográfico diz respeito, parece-nos escassa a simples exigência de exibição de três fotografias, prática que se seguiria mediante uma leitura literal dos preceitos (o que é habitual), insuficiente para atribuir credibilidade ao procedimento e inviabilizador de um adequado trabalho de investigação policial.

Também aqui os pontos a.4, a.5 do anexo E do *Code of practice* estabelecem regras que nos parecem acertadas.

A exigência de exibição à testemunha de conjuntos de doze fotografias de tipo semelhante, com as advertências de que aquela só no final da exibição de todas elas deve decidir pela identificação ou não identificação; e que a testemunha não pode ser ajudada ou influenciada.

Mas a proposta contida neste n.º 5 vai mais longe, pois permite (e sujeita ao mesmo regime do reconhecimento físico) que se proceda a reconhecimento nos termos do n.º 1 do artigo 147.º o Código de Processo Penal se houver imagem a identificar, “seja qual for a forma do registo”. Isto é, tanto o reconhecimento por fotografia, como por vídeo.

Quer-nos parecer que, até por isto, a proposta é extremamente positiva (semelhante mas em diferente grau, ao n.º 5 do artigo 147.º do Projecto da UMRP), o que seria um primeiro passo legislativo neste campo ainda inexplorado entre nós, não obstante a regra ser demasiado genérica e exigir outra extensão reguladora.

B) AS ALTERAÇÕES ABANDONADAS

1 — Foram, simultaneamente, abandonadas as alterações constantes da Proposta de Lei de Revisão do Código do Processo Penal apresentada pelo

XVI Governo Constitucional em 2004-06-25, de teor semelhante ao projecto apresentado pelo grupo parlamentar do PSD, bem como parte das soluções constantes do Projecto apresentado pelo grupo parlamentar do PS.

No primeiro, três alterações eram apresentadas:

- a) A consagração da reserva exclusiva de competência das autoridades judiciais para presidir à realização do reconhecimento (insusceptível de delegação por parte do Ministério Público nos órgãos de polícia criminal);
- b) A obrigatoriedade de a pessoa a reconhecer ser assistida por defensor;
- c) A consagração expressa de uma excepção à regra que apenas permite a leitura em audiência de autos de inquérito ou de instrução que não contenham declarações do arguido, do assistente, das partes civis ou de testemunhas.

O Projecto apresentado pelo grupo parlamentar do PS, para além de defender, igualmente, as propostas referidas em b) e c) — sendo que, no primeiro caso a ausência de defensor conduziria à inexistência de valor do “reconhecimento” como meio de prova — consagrava expressamente a possibilidade de o defensor “requerer os esclarecimentos e medidas procedimentais que tiver por conveniente”.

Esta última é uma possibilidade que o subscritor pensa ser uma opção de valor meramente interpretativo pois, face à actual redacção do Código de Processo Penal e aos princípios que necessariamente o enformam, julgamos que isso não só é possível ao defensor como é uma exigência de um cabal desempenho das suas funções. E este pode opor-se, inclusivamente, à inclusão na “linha de identificação” de pessoa que seja dissemelhante do arguido a identificar, o que já ocorreu em processo por nós julgado e conduziu à não aceitação, como meio de prova válido, de parte dos reconhecimentos efectuados em inquérito.

Relativamente ao valor como meio de prova de “reconhecimento” realizado na ausência de defensor, tal é proposta a merecer atenção em conjunto com a hipótese b).

Nenhuma destas propostas foi consagrada no Projecto apresentado em Julho de 2006 pela UMRP.

E justificava-se que uma delas tivesse permanecido: a hipótese b), incluindo a não valoração do meio de prova se não assistido por defensor. Entendemos que foi acertado o abandono das hipóteses a) e c).

2 — Quanto à primeira — *a consagração da reserva exclusiva de competência das autoridades judiciais para presidir à realização do reconhecimento (insusceptível de delegação por parte do Ministério Público nos órgãos de polícia criminal)* — justifica-se o seu abandono por três razões: logísticas

(o acréscimo de trabalho para o Ministério Público e a inexistência de instalações adequadas junto dos serviços deste); operacionais (a conveniência de manter a prática do acto na disponibilidade das forças policiais e a dificuldade de compatibilizar todos os tipos de reconhecimento — físicos e intelectuais — com a previsão da alteração em termos tão genéricos; a inutilidade (a correcta realização dos reconhecimentos e respectiva documentação foto ou videográfica e a presença obrigatória do defensor torna inútil a proposta).

De facto, os reconhecimentos físicos (em linha de identificação) podem, por razões de credibilidade instrutória e de salvaguarda dos direitos da defesa, ser reservados para a competência exclusiva das autoridades judiciais.

Mas para além de estas não disporem de instalações adequadas, tal pressuporia uma radical mudança de posição do Ministério Público quanto à execução dos actos e sua documentação.

E, por aquilo que nos é dado ver nos processos por nós julgados, o Ministério Público não alteraria a actual forma de realização e documentação dos reconhecimentos. Ao indicar os “reconhecimentos” actualmente realizados como meios de prova a analisar em audiência, demonstra que está de acordo com a forma como eles são executados pelas forças policiais.

A ser assim e mantendo-se as regras de execução e a ausência de defensor ao acto, não descortinamos vantagem na atribuição da presidência do mesmo ao Ministério Público. Uma diferença seria notória. Em vez de agentes policiais a integrar a “linha de identificação” ao lado do arguido, passaríamos a ver a mesma integrada por funcionários judiciais em reconhecimentos realizados em qualquer corredor ou vão de escada. Pouco! Seguramente menos do que o pretendido.

Ao invés deve ser estabelecida uma rigorosa regulamentação dos actos e uma exigente documentação foto ou videográfica do mesmo e exigir-se a presença do defensor do arguido, formas mais adequadas de obter o fim desejado.

A que deveria acrescer alteração também útil: a de estabelecer regra que exigisse que o acto fosse dirigido por agente policial com uma patente mínima e a proibição da sua direcção por agente com responsabilidades na investigação do processo, à semelhança do que ocorre com a legislação inglesa/galesa.

Por outro lado, não faz sentido atribuir a presidência dos “reconhecimentos intelectuais” ao Ministério Público.

Estes últimos ocorrem nas fases iniciais dos inquéritos e são, essencialmente, tarefa das entidades policiais no momento em que procedem à tomada de declarações e depoimentos, em regra actos genericamente delegados pelo Ministério Público.

Exigir a sua presidência pelo Ministério Público inviabilizaria o desempenho expedito de funções, quer pelas polícias, quer pelo Ministério Público, sobrecarregando este de trabalho melhor desempenhado pelas forças policiais, sem retorno positivo visível.

3 — Já quanto à segunda — a *obrigatoriedade de a pessoa a reconhecer ser assistida por defensor* — razão alguma justifica o seu abandono.

Se admitirmos que qualquer procedimento de identificação deve estar de acordo com as regras do “due process of law”, não é aceitável o abandono daquela projectada intenção de obrigar à presença de defensor nos procedimentos de identificação em que o arguido esteja presente, isto é, nos reconhecimentos físicos. Naturalmente que tal obrigatoriedade se não justifica, pela natureza do acto e consequente ausência do arguido, nos reconhecimentos intelectuais e nos reconhecimentos fotográficos¹².

Não obstante se não conhecer jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre este ponto, não se nos oferecem muitas dúvidas de que a questão — mais tarde ou mais cedo — virá a ser discutida em sede da noção de “processo equitativo”, tal como definida no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Mas já é entendimento do Supremo Tribunal norte-americano que o direito ao “due process”, ao processo justo, inclui o direito a não ser objecto de procedimentos policiais que criem um irreparável “erro de identificação”, uma errada identificação do suspeito através de um deficiente “reconhecimento”¹³.

A Sixth Amendment¹⁴ é fundamento para que seja exigida a presença do advogado do suspeito no “line-up” se os procedimentos formais já se tiverem iniciado tal como decidido no caso *United States v. Wade*¹⁵, não obstante alguns Estados exigirem a presença de advogado para todos os suspeitos em custódia, mesmo que contra eles se não tenha ainda iniciado um processo formal.

Como a maioria dos “lineups” se realiza antes do início dos procedimentos formais, antes de uma acusação formal contra o acusado (“charge”) ou pela “pronúncia” (“indictment” — decisão que julga procedente a denúncia e determina o julgamento pelo júri), a aplicação prática do princípio é limitada nos Estados que sigam a referida decisão¹⁶.

No entanto, ela ganha muito maior relevo no nosso ordenamento face à previsão do artigo 58.º do Código de Processo Penal — momento em que se opera a constituição de arguido — pelo que faz sentido apurar os sustentáculos daquela posição e constatar que, por maioria de razão, ela mais se justifica no nosso ordenamento processual penal, pois que quando da realização do reconhecimento existe, sempre, um procedimento formal.

¹² Naturalmente que estamos a excluir que se proceda a um reconhecimento fotográfico do arguido na ausência deste ou seu defensor (se já houver constituição de arguido).

¹³ Decisões do US Supreme Court *Neil v. Biggers* (409 US 188 — 1972) e *Stovall v. Denno* (388 US 293 — 1967).

¹⁴ **Amendment VI** — “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury... and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence*”.

¹⁵ *United States v. Wade* (388 US 218 — 1967).

¹⁶ BLOOM, Robert e BRODIN, Mark — “*Criminal Procedure — Examples and explanations*”, 2.ª ed., Little, Brown and Company, pág. 345, 1996.

E o fundamento para aquela exigência dos tribunais americanos assenta na constatação de que uma identificação prévia ao julgamento é uma fase crítica e importante para a acusação em qualquer caso concreto onde esse meio de prova se mostre relevante.

E fase crítica na medida em que é susceptível de ser alvo de abusos por parte da polícia, assim como dos erros típicos e inerentes à identificação visual, erros de identificação.

Daí que se considere importante a “efectiva” presença do advogado quer para obviar ao cometimento daqueles dois possíveis erros, quer para assegurar que o advogado, pelo conhecimento obtido na identificação, possa a esse respeito confrontar a testemunha em julgamento, de forma útil.

Estes princípios são, inclusivamente, extensíveis a procedimentos de identificação não permitidos pelo nosso ordenamento (“One-on-one show-ups”¹⁷)¹⁸.

Não se entende, pois, a razão porque foi abandonada aquela inicial intenção, que não ficou consagrada nem no artigo 147.º, nem no artigo 64.º do Projecto.

É, pois, nossa opinião que não só se deverá consagrar a obrigatoriedade de o arguido a reconhecer ser assistido de defensor, como também a cominação da não valoração do “reconhecimento” como meio de prova, se feito na ausência deste.

Parece-nos, no entanto, que a sede adequada para a alteração é o artigo 64.º e não o artigo 147.º do Código de Processo Penal.

4 — Finalmente, o abandono da terceira indicada alteração — *a consagração expressa de uma excepção à regra que apenas permite a leitura em audiência de autos de inquérito ou de instrução que não contenham declarações do arguido, do assistente, das partes civis ou de testemunhas* — parece-nos, de todo, acertada e, a ser consagrada, suscitaria uma dúvida paradoxal: de que forma e com que fundamento legal foram, até agora, aceites e examinados em audiência de julgamento os “reconhecimentos” físicos até agora realizados; como se justifica tanto trabalho jurisprudencial sobre o reconhecimento se eles, sem esta alteração, não podem ser produzidos em audiência de julgamento?

A alteração proposta ao artigo 356.º do Código de Processo Penal pelo XVI Governo Constitucional e por ambos os referidos partidos políticos, supõe a natureza testemunhal do “reconhecimento”.

Para quem considere que o reconhecimento mantém a natureza de prova

¹⁷ Acto de apresentação de um suspeito isolado, em pessoa, a uma testemunha em qualquer momento de uma investigação anterior a um julgamento, com o fim de o identificar. Trata-se de conduzir a testemunha a local onde se sabe que o suspeito está ou vai aparecer em pessoa e perguntar à testemunha se o reconhece.

¹⁸ Mas não são aplicáveis às exhibições de fotografias às testemunhas, na medida em que o acusado se não encontra presente — *US v. Ash* (413 US 300 — 1973).

testemunhal, a alteração proposta é essencial para estabelecer a ponte entre essa prova “pré-constituída” em inquérito e a audiência de julgamento.

Não é esse o nosso entendimento. Não parece ser, igualmente, o entendimento da jurisprudência nacional dominante.

A consagração dessa alteração significaria que o legislador estaria a alterar a natureza do meio de prova “reconhecimento”, já que este, nos últimos anos, tem sido produzido em audiências de julgamentos em primeira instância e analisado até ao Tribunal Constitucional sem que essa alteração se mostrasse necessária.

Não nos parece ser o caminho acertado!

Assim, caberá à jurisprudência portuguesa continuar a trilhar o caminho que, lenta e timidamente, já iniciou para consagrar a ideia de que o reconhecimento realizado em inquérito é uma “*prova autónoma pré-constituída*” a ser examinada em audiência de julgamento nos termos do artigo 355.º, n.º 1, *in fine*, e n.º 2, do Código de Processo Penal.

Prova essa que tem clara autonomia relativamente às declarações do arguido, do assistente, das partes civis ou de testemunhas e que, por via disso, se inserem na previsão do artigo 356.º, n.º 1, al. *b*), do Código de Processo Penal.

Não é, portanto, prova com natureza declarativa ou testemunhal e, sob pena de esvaziar de sentido a “Prova por reconhecimento”, não tem natureza meramente indiciária.

O “reconhecimento”, enquanto elemento objectivo da convicção do Tribunal, não pode ser encarado pelo prisma da simples leitura autorizada de declarações ou depoimentos.

O “reconhecimento” é um meio de prova “pré-constituído” pois que, pela sua natureza e pelas conclusões apresentadas por estudos em psicologia da memória, deve ser realizada temporalmente o mais próximo possível da prática do acto ilícito — no início do inquérito, portanto — inadequado para, ex novo, ser praticado em audiência de julgamento, de valor moderado mas discutível se nesta for praticado pela segunda vez, mas passível de, em audiência, ser contraditado.

A semelhante conclusão — exclusivamente quanto à característica de prova pré-constituída¹⁹ — chegou já a jurisprudência espanhola, onde a “rueda de identification” é vista como uma diligência de identificação específica do inquérito²⁰ e normalmente inidónea para ser praticada em audiência de julgamento e nesta introduzida pelo comando contido no artigo 726.º da Ley de Enjuiciamiento Criminal, ao determinar que o Tribunal deve, por si mesmo, analisar os livros, documentos, papéis e demais “peças de convicção” que possam contribuir para o esclarecimento dos factos e descoberta da verdade.

¹⁹ A jurisprudência espanhola parece manter a opinião — via ratificação em audiência — da natureza testemunhal da “rueda de identification”.

²⁰ Del sumario — artigos 259.º e segs. da LEC.

A sentença n.º 10/1992 do Tribunal Constitucional espanhol adianta as razões que sustentam tal posicionamento, a saber, a proximidade entre a prática do facto e a realização da “rueda” e a publicidade e o distanciamento temporal entre o facto e a audiência de julgamento.

Assim, é nosso entendimento que bem fez o legislador ao abandonar essa proposta intenção, na medida em que a jurisprudência iniciou já o indicado percurso, o de considerar o reconhecimento realizado em inquérito uma “prova autónoma pré-constituída” a ser examinada em audiência de julgamento nos termos do artigo 355.º, n.º 1, *in fine*, e n.º 2, do Código de Processo Penal.

C) CONCLUSÃO

Em síntese conclusiva dir-se-á que o Projecto de alterações ao Código de Processo Penal quanto ao meio de prova “Reconhecimento” é demasiado modesto, apresentando a vantagem do abandono de duas propostas indesejáveis.

No que omite e no que consagra revela distanciamento de algumas das preocupações sentidas na praxis judiciária.

No que consagra revela-se quase irrelevante para o controlo dos reconhecimentos e ponderação e motivação da prova pelo juiz de julgamento.

Há que afirmar ser nossa opinião que existe — em termos objectivos de consagração de um regime normativo mais preciso e abrangente do meio de prova “reconhecimento” — um aparente alheamento da tempestade que, de há vários anos se espalha pelo mundo do direito e da psicologia a propósito dos erros judiciários cometidos à sombra de erros de identificação ocorridos em processos judiciais.

Tais realidades — a que não estamos imunes — induzem a maiores cuidados na apreciação dos reconhecimentos de pessoas em processo penal, determinando uma abordagem mais substancial do “acto de reconhecimento” e exigem um maior controlo dos pressupostos de tal acto, de forma a maximizar a possibilidade de o Juiz de julgamento decidir seguro de que os reconhecimentos efectuados pela polícia em inquérito o foram de forma adequada.

Assim, sejam quais forem as opções e formulações a adoptar, o essencial é que o legislador se aperceba de que, ao não estabelecer regras claras para a execução e documentação de qualquer acto de reconhecimento físico, foto, áudio ou videográfico em sede de inquérito — na sua quase totalidade realizados pelas forças policiais, geralmente com ausência de defensor e nunca devidamente documentados²¹ — está a manter na sombra uma quan-

²¹ Na nossa prática já nos defrontámos com actos de “reconhecimento” fotográfico realizados pelas forças policiais e nunca os vimos documentados. Com a agravante de terem sido realizados imediatamente antes dos reconhecimentos físicos, naturalmente influenciando estes, o que conduziu à não consideração destes como meio de prova atendível em sede de motivação.

tidade apreciável de actos de produção de prova (ou que a estes podem influenciar negativamente), relevantíssimos quer para o curso de inquérito, quer para a audiência de julgamento e que são substancialmente incontroláveis pelo juiz de julgamento (a não ser que este se baste com o formalismo asséptico) e pela defesa, que se vê confrontada com um acto formalmente inexistente ou meramente formal, de impossível ou difícil contraditoriedade²².

Ao fim e ao cabo preocupações que a nosso ver, apesar da aparência modesta do tema, do acto e das alterações propostas, se inserem no âmago da noção de “processo equitativo”, tal como delimitada pelo artigo 6.º da Convenção Europeia dos direitos do Homem.

O que leva a afirmar que tudo aconselharia uma maior ambição nas propostas de alteração ao regime do meio de prova “reconhecimento”.

Agosto de 2006

²² Há já, constatados pessoalmente, um razoável número de casos de “reconhecimentos” feitos imediatamente a seguir à prática do acto ilícito — de que o legislador, doutrina e tribunais superiores ainda se não aperceberam — em que as forças policiais conduzem a vítima para local onde supõem estar o agente do ilícito para aí, na sua presença ou à distância, se proceder à sua identificação (um “one-on-one show-up” clandestino). Estes “actos”, nunca documentados e só perceptíveis em inquirições em audiência de julgamento, ficam na “sombra” criada pelo legislador ao não prever aquilo que a legislação inglesa/galesa, mais pragmática, designa como “Street identification”. O valor destes actos pela positiva é, obviamente, nulo. Pela negativa inquinam os posteriores e formais “reconhecimentos”. Em todo o caso demonstram o perigo de uma insuficiente ou excessivamente lata regulamentação do “reconhecimento”.