

Universidade do Minho
Escola de Direito

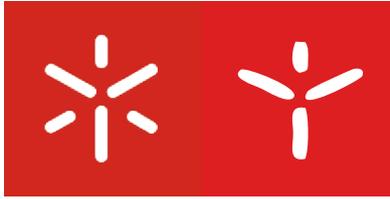
Mariana Vanessa Pereira da Silva **A prova do crime de abuso sexual de menores: uma perspectiva crítica**

Mariana Vanessa Pereira da Silva

**A prova do crime de abuso sexual de
menores: uma perspectiva crítica**

UMinho | 2017

janeiro de 2017



Universidade do Minho

Escola de Direito

Mariana Vanessa Pereira da Silva

**A prova do crime de abuso sexual de
menores: uma perspectiva crítica**

Tese de Mestrado
Mestrado em Direito Judiciário

Trabalho efetuado sob a orientação da
Professora Doutora Maria Clara Calheiros

e sob co-orientação da
Professora Doutora Margarida Santos

janeiro de 2017

DECLARAÇÃO

Nome: Mariana Vanessa Pereira da Silva

Endereço electrónico: mariana_silva7@live.com.pt

Telemóvel: 919335999

Número de Bilhete de Identidade: 13748881

Título da dissertação: A prova do crime de abuso sexual de menores: uma perspectiva crítica

Orientadora: Professora Doutora Maria Clara Calheiros

Coorientadora: Professora Doutora Margarida Santos

Ano de conclusão: 2017

Designação do Mestrado: Direito Judiciário

Declara que:

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO INTEGRAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, ___/___/_____

Assinatura: _____

Agradeço:

Aos meus pais e irmãos, por existirem na minha vida, e porque sem eles nunca teria a possibilidade de prosseguir com o meu sonho.

À Diana, à Tânia e à Joana, pelas dicas e palavras de incentivo, alento e força que, independentemente das dificuldades fizeram com que nunca desistisse desta etapa da minha vida.

À minha orientadora e coorientadora, pelo acompanhamento e auxílio prestado, para além da disponibilidade demonstrada ao longo deste percurso.

Por fim, mas não menos importante por isso, ao meu namorado pela inexorável capacidade de acreditar em mim e pelo seu apoio prestado, que sem ele não teria concluído o presente trabalho.

A todos, o meu muito obrigada!

A prova do crime de abuso sexual de menores: uma perspectiva crítica

Resumo

A presente dissertação tem como objeto de estudo a prova no crime de abuso sexual de menores, mais concretamente, a prova testemunhal e a prova pericial.

Sabemos que o crime de abuso sexual contra menores não é um fenómeno raro na sociedade, mas por acontecer num contexto de intimidade onde se criam dinâmicas muito específicas, acaba por ser um crime oculto sem grande visibilidade. Trazendo algumas dificuldades à investigação criminal, nomeadamente à produção de provas que, consequentemente, dificulta a tomada de uma decisão judicial.

Em relação ao testemunho da criança, este meio de prova apresenta-se envolto em grande controvérsia, uma vez que devido à dinâmica tipicamente oculta e secreta deste tipo de crime, apenas a vítima e o agressor tem conhecimento dos factos, sendo rara a ocorrência de confissão por parte do agressor e, na maior parte das vezes, não existem vestígios físicos ou biológicos, ou sequer evidências de ocorrência de abuso, que o exame médico-legal possa indicar, restando o testemunho da criança por ser o único meio de prova no qual se pode aferir a verdade material.

Por outro lado, a perícia médico-legal tem uma elevada importância probatória, pois é através dos especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos do perito que se apuram factos novos que, de outra forma, não seriam trazidos para o processo e que podem ser imprescindíveis na solução do caso submetido a julgamento.

Neste sentido realiza-se uma revisão da literatura publicada nacionalmente e internacionalmente quanto a estes os meios de prova, bem como análise à nossa jurisprudência e doutrina dominante.

Palavras-chave: Abuso sexual, perícia médico-legal, perícia sobre a personalidade declarações para memória futura.

The proof of sexual abuse of minors: a critical perspective

Abstract

The object of study of this dissertation is the evidence of crime in sexual abuse of minors, more specifically, the evidence of witnesses (the testimonial evidence) and expert evidence.

It is known that the crime of sexual abuse of minors is not a rare phenomenon in today's society, and since it happens in an intimate context, in which very specific dynamics are created, it turns out to be a hidden crime without great visibility, bringing some difficulties to criminal investigation, particularly the production of evidence, making it difficult to take a court decision.

Regarding the testimony of the child, this evidence is quite controversial due to the usually hidden and secret dynamics of this type of crime and only the victim and the attacker have knowledge of the facts, being rare the offender's confession and, in most cases, there are no physical or biological residues, or even evidence of the occurrence of abuse that can be detected in forensic examination, leaving the child's testimony as the only evidence on which to assess the truth of the facts.

On the other hand, the forensic expertise has a high probative value, because it is through special technical, scientific or artistic knowledge of the expert that new facts are detected, that otherwise wouldn't be brought into the process, and which may be essential for the resolution of the case subjected to trial.

Therefore, it was carried out a review of the literature published nationally and internationally, regarding these types of evidence, as well as the analysis of our jurisprudence and dominant doctrine.

Keywords: sexual abuse, forensic expertise, expertise on the personality, statements for future memory

Índice

Agradecimentos	III
Resumo	V
Abstract	VII
Lista de Siglas	XII
Introdução	1
Capítulo I- Abuso Sexual de Crianças	
1. Evolução histórica dos crimes sexuais contra menores.....	3
2. Bem jurídico tutelado.....	14
3. Natureza jurídica.....	19
4. Conceito de “abuso sexual de menores”	21
Capítulo II- A Perícia Médico Legal- Forense	
1. Enquadramento Processual.....	25
2. Consentimento.....	31
3. Intervenção médico-legal.....	34
3.1. Fases do exame médico forense.....	42
3.1.1. História médica-forense.....	43
3.1.2. Exame físico e colheita de vestígios.....	46
3.1.3. Exames complementares.....	54
Capítulo III- A Prova Testemunhal	
1. Conceito.....	57
2. Capacidade e dever em testemunhar.....	61
2.1. A criança como testemunha: a perícia sobre a personalidade.....	62
2.1.1. Distinção entre a verdade e a mentira.....	66
2.1.2. Distinção da realidade da fantasia.....	71
2.1.3. Capacidades mnésicas.....	73
2.1.4. Linguagem.....	76
2.1.5. Sugestionabilidade.....	78
3. Entrevista Forense.....	82

3.1. Protocolos de entrevista forense: O Protocolo do NICHD (National Institute of Child Health and Human Development)	86
4. Declarações para memória futura.....	92
4.1. Enquadramento legal.....	93
4.2. Finalidade e fundamentos das declarações para memória futura.....	94
4.3. Realização da diligência.....	97
4.4. O princípio do contraditório nas declarações para memória futura.....	103
Conclusões	109
Bibliografia	112

Lista de Siglas

Art. – Artigo

Art.s- Artigos

CAC- Children Advocacy Center

CEDH- Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CH- Children`s Houses

Coord. – Coordenador/(a)

CP – Código Penal

CPCJ- Comissão de Proteção de Crianças e Jovens

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL- Decreto-lei

Ed. – Edição

EUA – Estados Unidos da América

HMF- História Médica Forense

IST- Infecções Sexualmente Transmissíveis

HMF- História Médica Forense

INMLCF- Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses

LPT-Lei de Proteção de Testemunhas

MP – Ministério Público

Nº - Número

NACJR- Núcleos de Apoio a Crianças e Jovens em Risco

NICHHD-National Institute of Child Health and Human Development

Ob. Cit. – Obra Citada

OMS-Organização Mundial de Saúde

OPC-órgãos de Polícia Criminal

P. – Página

Proc- Processo

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

SAP – Síndrome de Alienação Parental

SNS- Serviço Nacional de Saúde
STJ- Supremo Tribunal de Justiça
UE – União Europeia
Vol. – Volume

Introdução

Com este trabalho pretendemos analisar os principais meios de prova num crime de abuso sexual de menores, refletindo sobre o seu impacto no processo-crime. A pertinência deste trabalho surge com o facto de apesar de os crimes sexuais contra menores não serem um fenómeno novo na sociedade, a realidade é que ainda geram diversas controvérsias, quer ao nível das práticas, quer ao nível da investigação, afetando a produção de provas e consequentemente a resolução do processo-crime.

Quando falamos destes tipos de crimes estamos a colocar a criança no centro da investigação criminal, pois sendo a vítima é sobre ela que o processo judicial vai-se desenrolar, trazendo algumas dificuldades acrescidas à produção de prova.

Como sabemos, na maioria das vezes o abuso sexual é vivenciado no contexto familiar, não havendo vestígios físicos ou biológicos comprováveis por exame físico médico-legal, tornando-se o depoimento da criança um dos meios de prova fundamentais (ou único) de que o sistema judicial dispõe, tendo o menor que obrigatoriamente participar no processo judicial. No entanto, a criança vê-se confrontada com um sistema que ainda não se encontra preparado para lidar com as especificidades da criança, tornando a sua participação no processo muito complexa.

Assim, tendo em conta que os crimes sexuais contra menores são considerados especialmente difíceis em termos de produção de prova, e não podendo aqui analisar todos os problemas probatórios que o abuso sexual enquanto crime suscita, o objetivo primordial deste trabalho é analisar, numa perspetiva crítica, os principais meios de prova utilizados neste tipo de crimes, nomeadamente, a perícia médico-legal e a prova testemunhal. Saber de que modo estes meios de prova podem condicionar a investigação criminal e a sua resolução, já que muitas das vezes o processo crime não prossegue por insuficiência de provas, seja porque não houve vestígios físicos e biológicos que comprovassem cientificamente que aquela determinada criança foi abusada, como por desconfiança que ainda existe dos tribunais em relação ao testemunho de uma criança, tal como por falta de testemunhas que tenham presenciado o crime, e que por estas razões e muitas outras mais, este processo crime é dos mais difíceis de resolver.

Neste seguimento, no primeiro capítulo procede-se ao enquadramento conceptual dos crimes sexuais contra menores, começando por contextualizar historicamente a

evolução destes crimes no nosso ordenamento jurídico em face as alterações socioculturais e políticas ocorridas; expõe-se o conceito de ato sexual de relevo e do bem jurídico subjacente aos crimes sexuais, e reflete-se acerca da definição do abuso sexual que torna-se complexo devido a uma série de aspetos entre si relacionados, existindo algumas variações na sua definição por entre os diferentes autores.

De seguida, aborda-se a prova pericial de natureza médico-legal que apresenta nestas situações de abuso sexual um papel probatório elevado. Pois no âmbito de um crime sexual, a sua prática pode deixar tanto na vítima como no ofensor vestígios característicos, como esperma e pelos púbicos que indiquem a prática de um ato sexual e ainda sinais no vestuário e nas zonas corporais para e extra genitais, que indiquem a ocorrência de atividade sexual. Ora, a verificação desses vestígios e a sua apreciação só é possível através dos especiais conhecimentos do perito (técnicos, científicos ou artísticos) que, deste modo, permite apurar factos que, de outra forma, não seriam trazidos para o processo e que podem ser imprescindíveis na solução do caso submetido a julgamento.

Neste sentido, procede-se à análise do enquadramento jurídico da perícia médico-legal, abordando a questão do consentimento prestado pela vítima ou pelos representantes legais e analisando os procedimentos efetuados no âmbito desta perícia, nomeadamente, as fases do exame médico forense.

Por fim, no último capítulo, damos ênfase à prova testemunhal, que enquanto meio probatório tem um valor fundamental na investigação do abuso sexual, pois se por um lado, a perícia médico-legal tem a importância que referimos anteriormente, por outro lado, sabemos que na maior parte dos casos não se verificam vestígios físicos ou biológicos do ato sexual, para além de também não existirem testemunhas a não ser a vítima e o ofensor. Deste modo, estas circunstâncias fazem com que o relato da criança seja o único meio de prova no qual se possa reconstituir o acontecimento e chegar à verdade material. Assim, neste capítulo são abordadas as complexidades do testemunho da criança, designadamente: a perícia sobre a personalidade que ocorre unicamente nos casos de abuso sexual, que tem como objetivo avaliar a capacidade da criança em testemunhar; a importância da adoção de um protocolo para condução de entrevistas e a relevância das declarações para memória futura no plano da produção de prova.

Terminamos a presente dissertação com uma síntese das conclusões e reflexões mais pertinentes da utilização destes meios de prova na ordem jurídica portuguesa e de como podem afetar o processo-crime na descoberta da verdade material.

Capítulo I – Abuso sexual de Crianças

1. Evolução histórica dos crimes sexuais contra menores

Os crimes sexuais contra menores estão consagrados no nosso Código Penal (CP) num capítulo autónomo com o título "Dos crimes contra a Liberdade Sexual e Autodeterminação Sexual". Este capítulo está integrado no Título I, o qual tipifica os "crimes contra as pessoas" e está dividido em duas secções. A Secção I é relativa a "Crimes contra a Liberdade Sexual" e a Secção II relativa a "Crimes contra a Autodeterminação Sexual". Nos primeiros são punidos os comportamentos que atentam contra o direito de cada pessoa a decidir livremente da sua vida e práticas sexuais¹. Nos segundos são punidas condutas que incidem sobre vítimas que, atendendo à idade, se entendeu não estarem ainda em condições de se autodeterminar sexualmente, pelo que, mesmo na ausência de qualquer meio explicitamente violento, de coação ou fraudulento, serão suscetíveis de prejudicar o livre desenvolvimento da sua maturidade e vida sexuais².

Assim, na Secção I o cerne do ilícito reside na violação da liberdade sexual, ou seja, do poder de disposição do corpo pela pessoa, enquanto na Secção II, o cerne do ilícito está na violação do livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual³.

Contudo, nem sempre os crimes sexuais foram entendidos desta forma⁴. Até 1852, os crimes sexuais eram denominados de "crimes morais"⁵, pois atentavam contra a formação da moralidade social. No CP de 1852 e no CP de 1886 eram chamados de "Crimes contra a Honestidade", uma vez que se protegia a "honra sexual da mulher contra a desfloração por meio de sedução"⁶. Assim, não eram considerados como crimes contra as pessoas, mas sim contra a sociedade, dado que o bem jurídico protegido era a moral social.

¹ CARMO, Rui do, ALBERTO, Isabel, GUERRA, Paulo, *O Abuso Sexual de Menores: uma conversa sobre a Justiça entre o Direito e a Psicologia*, Coimbra: Almedina, 2006, p.38.

² CARMO, Rui do, ALBERTO, Isabel, GUERRA, Paulo, *op. cit.*, p. 36

³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto De, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, p.439.

⁴ Maria Clara Sottomayor diz que o "o tipo legal de abuso de crianças, como crime autónomo, é recente na ordem jurídica portuguesa, fenómeno que se explica pelo silêncio coletivo de sociedades patriarcais, que valorizam pouco as crianças e que encobrem o fenómeno, quer ao nível da população em geral, quer ao nível das elites políticas e culturais. O discurso da descriminalização subjacente ao Código de 1982 em relação ao adultério e à homossexualidade consentida entre adultos, terá obscurecido a necessidade de punir os crimes de abuso sexual de crianças." SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas De Direito das Crianças*, Coimbra: Almedina, 2014, p.247-248.

⁵ Os crimes morais incluíam o concubinato, o adultério, a bigamia, o estupro voluntário ou violento, o incesto, a sodomia, a bestialidade, a molície e o lenocínio. Para maiores desenvolvimentos v. NATSCHERADETZ, Karl Prehaz, *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*, Coimbra: Almedina, 1985, p.18.

⁶ ALVES, Sênio, *Crimes Sexuais*, Coimbra: Almedina, 1995, p.87.

O Código de 1982, aprovado pelo DL nº 400/82 de 23 de setembro, revelou alterações significativas. No que em especial diz respeito à nossa temática, incluiu um conjunto de crimes num título expressamente designado de "crimes sexuais", o que constituiu uma inovação face à legislação penal europeia vigente naquela altura⁷. Estes crimes enquadravam-se no capítulo intitulado "- Dos Crimes Contra os Fundamentos Éticos-Sociais da Vida Social", pertencente ao Título III "-Dos Crimes Contra os Valores e Interesses da Vida Social".

O art. 205º, que corresponde ao "atentado ao pudor com violência"⁸, inseria-se neste tipo de crimes. De acordo com Maia Gonçalves, o pudor era definido como o "sentimento de vergonha, honestidade ou pejo, relacionado com o instinto sexual e inato na generalidade das pessoas"⁹. Por sua vez, Rocco definia-o como "o sentimento moral da própria dignidade pessoal nas relações pessoais"¹⁰. Portanto, a noção de pudor está ligada, legalmente, ao conceito de moralidade sexual. Esta, *grosso modo*, compreende o "conjunto de regras que disciplinam, numa dada sociedade, o comportamento ligado ao sexo"¹¹.

Assim, segundo Maria do Carmo Dias, "dava-se primazia à preservação dos sentimentos gerais de moralidade sexual em detrimento da categoria do ato, para o qual se exigia apenas um mínimo de conteúdo ou significado sexual"¹². Prevalecendo a liberdade de determinação ou expressão sexual, não enquanto valor individual, mas enquanto valor supra individual da comunidade ou do Estado¹³.

Deste modo, verifica-se que o CP de 1982 não deixou de ligar os crimes sexuais aos sentimentos gerais da moralidade sexual, pois entendia-se que o bem jurídico tutelado em tais tipos legais era a honra e a formação moral.

Com a revisão operada pelo DL nº 48/95, de 15 de março, eliminou-se todas as referências a "atentado ao pudor" e os crimes sexuais deixaram de ser "crimes contra a honestidade", "atentatórios dos fundamentos ético-sociais da vida em sociedade", ligados aos "sentimentos gerais da moralidade sexual", para passarem a verdadeiros crimes contra

⁷ LOPES, José Mouraz, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.13.

⁸ O atentado ao pudor era definido no artigo 205º, n.º3 como o comportamento pelo qual outrem é levado a sofrer, presenciar ou praticar um ato que viola, em grau elevado, os sentimentos gerais da moralidade sexual. ALVES, Sénio. *op. cit.*, p.8

⁹ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Anotação ao art.391º do C.P/1886*, in *Código Penal Português- Anotado e Comentado- Legislação Complementar*, Coimbra: Almedina, 18ª Edição, 2007, p.

¹⁰ Rocco citado por Sénio Alves, *op. cit.*, p.9.

¹¹ SANTOS, Manuel Simas, LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Código Penal Anotado*, Lisboa: Rei dos Livros, 2003, p.75.

¹² DIAS, Maria do Carmo, *Crimes Sexuais com Adolescentes: Particularidades dos Artigos 174º e 175º do Código Penal Português*, Coimbra: Almedina, 2006, p.89.

¹³ *Idem, ibidem...*, p.89.

as pessoas, mais concretamente, contra o valor da liberdade e autodeterminações sexuais, que é o nosso paradigma atual¹⁴.

O bem jurídico tutelado em tais tipos legais de crime não é a honra ou a formação moral da vítima, mas sim a liberdade sexual e o livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual. Por isso, as "atividades sexuais entre adultos, em privado, agindo de livre vontade não devem ser punidas"¹⁵.

Karl Prehaz refere que "se a missão do Estado é garantir a coexistência entre os cidadãos, então só podem ser punidos os comportamentos que ofendam direitos de outras pessoas, e não os comportamentos pecaminosos e imorais, já que o Estado não assume tarefas que transcendam a ordem social, garantindo apenas a segurança dos direitos individuais"¹⁶. Nesta área, a tutela penal não pretende tutelar um padrão de comportamentos sexuais ou proteger qualquer classe ou tipo de pessoas em particular, mas sim tutelar e proteger "uma vontade individual"¹⁷. Assim, a tutela penal visa proteger o indivíduo e não as valorações da sociedade (tratam-se de realidades diferentes)¹⁸.

O direito à sexualidade é reconhecido implicitamente como direito a proteger e tutelar, no âmbito do direito à liberdade individual, mas também o direito à proteção da sexualidade numa fase inicial ou em desenvolvimento¹⁹.

Contudo, segundo Maria do Carmo Dias, é importante distinguir o que é essencial para salvaguardar e tutelar a liberdade e a autodeterminação sexual, "sem se cair um mais ou menos "encapotado" reconhecimento legal de padrões sociais sexuais, que mais não são do que representações coletivas de duvidosa legitimidade"²⁰.

Esta alteração merece um especial destaque, pois o menor ofendido passou a ser visto como titular dos interesses que a lei especialmente quis proteger com as incriminações. Autonomizou-se os crimes contra a autodeterminação sexual numa secção própria e à cabeça dessa secção foi colocado o crime de abuso sexual de crianças (art.

¹⁴ CUNHA, Conceição Ferreira, *Crimes Sexuais contra Crianças e Jovens, Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens: A Função dos Juizes Sociais*, Atas do Encontro, Coimbra: Almedina, 2003, p. 194.

¹⁵ Conceição Ferreira da Cunha refere ainda que "é com base neste "credo" (como lhe chama Teresa Beleza) que não é punida a homossexualidade entre adultos, baseada num livre consentimento e que não existe também um tipo legal autónomo de incesto, ou seja, um tipo legal que puna condutas incestuosas entre adultos, baseadas num livre consentimento (porém, a existência de relações incestuosas é agravante dos crimes sexuais, ou seja, havendo abuso sexual, o facto de entre o agente e a vítima interceder um a relação familiar equiparada agrava a punibilidade)." CUNHA, Conceição Ferreira, *op. cit.*, p. 194.

¹⁶ NATSCHERADETZ, Karl Prehaz, *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*, Coimbra: Almedina, 1985, p.94. O mesmo Autor (pp.70-71) indica que o "direito penal só deve intervir quando a ordem jurídica não possuir outros meios para prevenir a ocorrência do dano, dano este que para assumir a dignidade tem de ser independente da violação da moral social ou da mera imoralidade da conduta". Ver também DIAS, Jorge Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, Artigos 131º a 201º, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp.442-443. DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal-Parte Geral*, Tomo I, Questões Fundamentais, a doutrina geral do crime, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

¹⁷ LOPES, José Mouraz, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, Coimbra Editora, 2008, p.16.

¹⁸ DIAS, Maria do Carmo, *Notas substantivas sobre crimes sexuais com vítimas menores de idade*, *Revista do CEJ*, Nº15, 1º semestre, 2011, p.211.

¹⁹ LOPES, José Mouraz, *op. cit.*, p.16.

²⁰ DIAS, Maria do Carmo, *op. cit.*, p.211.

172º), que punia a prática de ato sexual de relevo com, em, ou perante menor de 14 anos, a cópula e o coito anal com menor de 14 anos do sexo feminino, a prática de ato exibicionista perante menor de 14 anos e a atuação sobre menor de 14 anos por meio de conversa obscena ou de escrito, espetáculo ou objeto pornográfico, ou a utilização do menor de 14 anos em fotografia, filme ou gravação pornográfica.

O que está em causa nestes crimes contra a autodeterminação sexual não é o consentimento ou a falta deste por parte da criança, mas sim, como já referi, a incapacidade desenvolvimental da criança para se autodeterminar relativamente àquela situação particular²¹. Protege-se, assim, a criança mesmo nas situações em que não haja coação, porque se pressupõe que a vítima não tem capacidade para compreender o significado de certas situações²².

Acrescendo a esta proteção penal das crianças, a lei penal criou outras duas incriminações que foram o abuso sexual de adolescentes entre 14 e 16 anos, confiados para educação ou assistência ao agente, com abuso de funções pelo agente (art. 173º, nº1, al. a)), e o abuso sexual de adolescentes entre 16 e 18 anos, que tenham sido confiados para educação ou assistência do agente, com abuso de funções pelo agente (art. 173º, nº1, al. b), restringiu o âmbito do crime de estupro de menor com idades compreendidas entre 14 e 18 anos ao caso de abuso de inexperiência (art. 174º), manteve o crime de atos homossexuais com menores entre os 14 e 16 anos (art. 175º), e autonomizou o crime de lenocínio de menores entre 14 e 16 anos, fazendo parte deste crime o fornecimento da prostituição e o fornecimento da prática de atos sexuais de relevo²³.

Se verificarmos estes crimes, vemos que a peça central neste novo enquadramento é o conceito indeterminado do ato sexual de relevo²⁴, impondo um desafio à jurisprudência na responsabilidade na interpretação e concretização do que é o ato sexual de relevo nos vários tipos de crime²⁵.

Sénio Alves criticou esta opção do legislador de incluir um conceito de carácter aberto e indeterminado, quando quis afastar do Direito Penal sexual concepções moralistas, em vez de substituí-las por outras de natureza objetivas²⁶. E que, de facto, os tribunais

²¹ RIBEIRO, Catarina, *A criança na justiça - trajetórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*, Coimbra: Edições Almedina, 2009, p.79

²² RIBEIRO, Catarina, *op. cit.*, pp.79-80.

²³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p.471. E também, Sénio Alves, *Crimes Sexuais*, Coimbra: Almedina, 1995, pp.77-107.

²⁴ José Mouraz Lopes refere que " a origem de tal conceito pode buscar-se no Código Penal Alemão de 1975, que no seu artigo 184º define ações sexuais como "aquelas que, em relação com o respetivo bem jurídico protegido, são de alguma maneira relevantes. Não definindo concretamente o conteúdo de "ação sexual", este artigo concretiza, no entanto, a necessidade de a ação sexual, para efeitos criminais, ser, em si, sempre relevante." LOPES, José Mouraz, *op. cit.*, p.23.

²⁵ *Idem, ibidem...*, p.17.

²⁶ ALVES, Sénio, *op. cit.*, p.8.

terão de interpretar a noção de ato sexual de relevo por referência a um conceito, que embora também vago, já o viram definido no Código Penal anterior, que é o atentado ao pudor, pois, para este autor, o relevo do ato sexual corresponde ao "grau elevado" de violação do pudor social a que se referia o art. 205º, nº3.

Sendo assim, para Sênio Alves, "o ato sexual para efeitos penais, tem um sentido amplo e engloba a sexualidade pré e extra genital, a que – nas palavras de Freud- emana do corpo como zona erógena de conjunto". E que, perante esta noção ampla de ato sexual, dever-se-á determinar o que é relevante ou irrelevante em termos de censura penal²⁷. Desta forma, definindo-o "como todo o comportamento destinado à libertação e satisfação dos impulsos sexuais (ainda que não comporte o envolvimento dos órgãos genitais de qualquer dos intervenientes) que ofende, em grau elevado, o sentimento de timidez e vergonha comum à generalidade das pessoas"²⁸.

A doutrina tem entendido, contudo, que a interpretação deste conceito tem de ocorrer à margem de todo o conteúdo ou significado moralista. Face à desmoralização e à limpeza de todos os conceitos com ressonância moral no âmbito dos crimes sexuais, que o legislador expressamente omitiu, essa conotação moralista não pode, de todo, ser interpretada, sob pena de ser questionada toda a *ratio* ²⁹. Deve ser feita uma interpretação apelando apenas a valorações materiais que suportem a ordenação jurídica vigente e nela encontram expressão³⁰.

Existem três posições quanto à definição de ato sexual de relevo. A interpretação objetivista³¹, que refere que, tendo em atenção a sua manifestação externa, o ato revela uma conexão com a sexualidade³². A interpretação subjetivista, segundo a qual o agente, para além de praticar um ato que revela uma conexão sexual, tem também uma intenção libidinoso³³. E uma outra conceção que abrange as anteriores.

Figueiredo Dias considera que deve dar-se prevalência à interpretação objetivista, uma vez que deve ser considerado irrelevante o motivo de atuação do agente do crime.

²⁷ ALVES, Sênio, *op. cit.*, p.10.

²⁸ "A relevância ou irrelevância de um ato sexual só lhe pode ser atribuída pelo sentir geral da comunidade. E esta considerará relevante ou irrelevante um determinado ato sexual consoante ofenda com gravidade, ou não, o sentimento de vergonha e timidez (relacionado com o instituto sexual) da generalidade das pessoas. Sênio Alves. *op. cit.*, p. 11. Neste sentido, Teresa Beza refer e que "o conceito de ato sexual de relevo, pode ainda ter uma conotação de ato que viola a medida socialmente adequada de pudor ou de formas aceitáveis de relacionamento sexual e não de medida de liberdade." LOPES, José Mouraz, *op. cit.*, p.25.

²⁹ *Idem*. Figueiredo Dias indica-nos que "a mais chocante contradição normativa seria por isso introduzida no sistema se tivesse aceitação a reintrodução nele do conceito de atentado ao pudor que a Proposta de Lei 80/VII preconizava (por mais limitado que fosse o âmbito em que tal ocorria para o art.172º-3a). *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131º a 201º*, Coimbra Editora, 2012, p.450.

³⁰ DIAS, Jorge Figueiredo, *op. cit.*, p.450.

³¹ Posição seguida por Paulo Pinto Albuquerque, Figueiredo Dias, entre outros autores.

³² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p.439.

³³ DIAS, Jorge Figueiredo, *op. cit.*, p.448.

Definindo o ato sexual de relevo como sendo "todo o ato que, de um ponto de vista, predominantemente objetivo, assume uma natureza, um conteúdo ou um significado diretamente relacionado com a esfera sexual de quem o sofre ou pratica"³⁴.

Neste sentido, Maria do Carmo Dias refere que este ato terá de assumir uma certa gravidade e intensidade, para se considerar que tem potencialidade para afetar significativamente a liberdade e a autodeterminação sexual da vítima. E que, assim, o ato sexual de relevo deverá ser analisado e descrito a partir de factos objetivos e concretos, atendendo ao contexto em que tudo se passou (despido de interpretações subjetivas ou moralistas), devendo apresentar um significado diretamente conectado com a esfera sexual da vítima, e, portanto, relacionado com a sua liberdade de determinação sexual³⁵.

Segundo a opinião de Maria Clara Sottomayor, e da qual partilhamos, a doutrina penalista tende a fazer uma interpretação demasiado restritiva do conceito de ato sexual de relevo, no sentido de distingui-lo de atos contra os bons costumes ou imorais, fora do domínio do Direito Penal, evoluindo, desta forma, do conceito de atos que não seriam suficientemente graves para serem considerados de "relevo" de acordo com interpretação subjetiva do intérprete, mas que, para o senso comum e do ponto de vista da vítima, são atos sexualmente abusivos³⁶. Assim, esta interpretação restritiva deste conceito tende a desproteger as crianças vítimas de abusos que não deixa marcas físicas, e contribui para a descriminalização de várias formas que os abusadores têm de praticar os atos sexualmente abusivos.

A autora indica que a jurisprudência tem entendido que a noção de ato sexual de relevo comporta um elemento objetivo e um elemento subjetivo. Neste sentido, fazem parte deste conceito, apenas os atos que tenham uma certa gravidade, devido ao caráter do direito penal como *ultima ratio* de intervenção penal³⁷. Neste âmbito, a inovação da natureza fragmentária ou subsidiária do direito penal não parece pertinente, quando estão em causa comportamentos lesivos de dignidade e de integridade dos menores praticados

³⁴ Este autor ainda refere que " ao exigir que o ato sexual seja de relevo a lei impõe ao intérprete que afaste da tipicidade não apenas os atos insignificantes ou bagatelares, mas que investigue do seu relevo na perspetiva do bem jurídico protegido (função positiva); é dizer, que determine ainda aqui de um ponto de vista objetivo- se o ato representa um entrave com importância para a liberdade de determinação sexual da vítima (...), são atos sexuais só aqueles que, em função do respetivo bem jurídico protegido, assumam um certo relevo." DIAS, Jorge Figueiredo, *op. cit.*, p.449. Neste sentido, para Conceição Cunha, ato sexual de relevo será "todo aquele que pela sua natureza, conteúdo ou significado se relacionar com a esfera sexual, constituindo um "entrave" à liberdade sexual da vítima; não será necessária a intenção libidinosa do agente, nem será também necessário que a vítima compreenda o significado do ato". Conceição Cunha, *op. cit.*, pp.197-198.

³⁵ DIAS, Maria do Carmo, *op. cit.*, p.224. "A cópula, o coito anal e o coito oral serão casos de particular relevo, merecendo incriminações autónomas, ao passo que os atos sexuais de relevo serão outros que não aqueles. É a "gravidade intrínseca do próprio ato (sexual de relevo) que o faz transportar para o *iter criminis*". LOPES, José Mouraz, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 20.

³⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 204 e 253.

³⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *op. cit.*, p.253.

com dolo intenso, devendo, assim, ser decisivo o elemento subjetivo. É importante reconhecer que há atos que, apesar de objetivamente neutros sexualmente, quando praticados com intenção de obter gratificação sexual, adquirem um carácter sexual, permitindo deste modo serem considerados como atos sexuais de relevo³⁸.

Em detrimento da visão demasiado restrita do conceito de ato sexual de relevo, nos casos que terminam em condenação, a jurisprudência tem adotado uma visão mais ampla deste conceito³⁹.

A reforma de 1998 equiparou o coito oral ao coito anal e à cópula como atos sexuais de relevo específicos, que agravam a ilicitude do ato. Também passaram a ser punidas as condutas relativas à exibição e cedência de fotografias, filmes ou gravações pornográficas em que se utilizem menores de catorze anos, sendo a pena agravada se quaisquer destes atos forem praticados com intenção lucrativa (art. 172º, nº2, al, d)), matéria alterada como se verá em 2007. Para esta alteração contribuiu, em grande medida, o facto de existir um crescente número de *sites* de pornografia infantil com um negócio lucrativo por detrás, a que obrigou o legislador a tomar medidas. Para isto, foram válidas as recomendações de 1991 do Conselho de Ministros dos Estados Membros da União Europeia que terá aconselhado os governos a rever a sua legislação no que dizia respeito à exploração sexual das crianças com fins lucrativos⁴⁰.

Em relação ao crime de abuso sexual de menores dependentes (art. 173º), a reforma de 1998 ampliou o tipo de crime, deixando de exigir que o agente atue com abuso a função que exerce ou da posição que detém, relativamente aos menores entre 16 e 18 anos, equiparando, assim, a conduta ilícita quando se trate de menores entre os 14 e 18 anos⁴¹.

³⁸ "O elemento subjetivo pode estar presente em atos aparentemente anódinos, mas que, devido à intenção com que são praticados, assumem um carácter lesivo da dignidade humana da criança, da sua autonomia e integridade psicológica e sexual. Eventuais dificuldades probatórias do elemento subjetivo não devem interferir na conceitualização do ato sexual de relevo para efeitos jurídicos". Maria Clara Sottomayor, *op. cit.*, p.253

³⁹ Ver o Acórdão da Relação de Coimbra, de 02-02-2011 (Proc.º 889/09.8.TAPBL.C1), Relator: Belmiro Andrade, Base Jurídico-Documental do MJ, www.dgsi.pt (última consulta 6 de setembro de 2016), ou ainda o Acórdão da Relação de Coimbra de 05-03-2000 (Proc.º 889/2000), Relator: Ferreira Dinis, disponível em www.dgsi.pt (última consulta em 6 de setembro de 2016): "É de considerar ato sexual de relevo, para efeitos de crime de abuso sexual de criança, previsto no artigo 172º, nº 1 do Código Penal, a apalpação, em público, de partes do corpo feminino relacionadas com a sexualidade, como são as nádegas e os seios de criança de 11 anos de idade".

⁴⁰ Figueiredo Dias critica esta inclusão referindo que "...do que nela se trata em primeira linha é da punibilidade (que não se pretende, bem ao contrário, político-criminalmente injustificável) do comércio (em sentido amplo) de material pornográfico; não imediatamente, mesmo que através da consideração de um perigo abstrato, da punibilidade de atuações perante ou sobre menores em nome do livre desenvolvimento da sua personalidade na esfera sexual. Ter-se-á porventura aqui um bom exemplo do que é a tutela de um interesse demasiado longínquo e indeterminado para que ele possa constituir verdadeiramente um bem jurídico penal. (Repete-se, para que se evitem incompreensões ou conclusões apressadas, que não estão em causa a dignidade — e porventura também a necessidade — de tutela jurídica penal de um tal interesse. O que se diz é que ela não deveria caber, de forma notoriamente forçada, na tutela do bem jurídico do livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual"; "Assim se serviu o legislador de uma alínea de um preceito sobre o abuso sexual de menores para resolver o problema da criminalidade do tráfico de fotografias, filmes e gravações pornográficas com crianças. Uma criminalização que, (...) não pode deixar de ser iluminada por um bem jurídico (supra-individual) diverso do da liberdade e autodeterminação sexual de uma pessoa (de uma criança). DIAS, Jorge Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, Artigos 131º a 201º, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p.542 e 548.

⁴¹ Anteriormente, quando se tratava de menores entre 14 e 16 anos, a lei penal contentava-se com o facto de a vítima se encontrar confiada ao agente para educação ou assistência. O que já não acontecia com os menores que tivessem entre 16 e 18 anos, que para

Quanto ao estupro, este passou a ser designado por "atos sexuais com adolescentes" (art. 173º) e incluiu-se no artigo a indicação de como autor apenas "aquele que fosse maior". É importante aqui indicar que se trata de um crime de abuso sexual com adolescentes com a especificidade de exigir, para sua ocorrência, cumulativamente o abuso da inexperiência da vítima, sendo aqui que reside a particularidade deste crime. Figueiredo Dias esclarece-nos que, "seduzir sexualmente significa, neste contexto, explorar a (ou aproveitar-se da) inexperiência sexual da vítima e conseqüentemente a menor força de resistência que por isso terá diante da cópula ou do coito"⁴². Refere-nos, Maria do Carmo Dias, que o "abuso de inexperiência tem por isso de ser imediatamente dirigido à prática da cópula, do coito anal ou do coito oral, exigindo-se entre o meio típico e o ato em causa uma relação meio-fim"⁴³ e, por isso, deverá excluir-se a existência de abuso de inexperiência quando a iniciativa parte da vítima, ou quando esta tenha manifestado o seu consentimento de forma livre e consciente sem qualquer influência, ou quando não se prove que foi o abuso de inexperiência que causou o consentimento prestado⁴⁴.

Por fim, quanto ao crime de lenocínio de menores entre os 14 e 16 anos (art. 176º), foi associado o crime de tráfico de menores de 16 anos, que se autonomizou relativamente ao crime de tráfico de pessoas⁴⁵.

Posteriormente, a Lei nº 99/2001, de 25 de agosto, veio acrescentar no antigo art.º 172º CP, n.º 3, a alínea e), relativa à criminalização da detenção dos materiais pornográficos em cuja produção se utilizem menores de 14 anos, com o propósito de os exhibir ou ceder.

A revisão de 2007 passou o crime de abuso sexual de crianças para o art. 171º, e modificou a estrutura deste artigo. Para tal, alargou o âmbito da incriminação no nº2 e nº3 al. a), e retirou as condutas que nada tinham a ver com a proteção individualizada de bens jurídicos relacionados diretamente com a liberdade e com a autodeterminação sexuais,

além de terem sido confiadas para educação ou assistência, os atos praticados pelo agente tinham de ser com abuso da função que exercia ou da posição que detinha.

⁴² DIAS, Jorge Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, Artigos 131º a 201º, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p.566.

⁴³ DIAS, Maria do Carmo, *op. cit.*, p.96.

⁴⁴ *Idem, ibidem...*, pp.96-97. "É claro que uma tal inexperiência, no sentido do tipo, será afastada se o processo que conduziu à cópula tiver ficado a dever-se a instigação ou iniciativa da mulher, mas não terá de o ser só porque a vítima dispõe de conhecimentos da vida sexual." DIAS, Figueiredo, *op. cit.*, p.567.

⁴⁵ Maria João Antunes critica as condutas que foram incluídas no crime de lenocínio de menores, referindo que "Importa, no entanto, interrogarmo-nos sobre se esta tutela "absoluta" não teráido longe demais, ao prescindir de alguns elementos constitutivos do tipo legal do crime de lenocínio (...); o que faz com que, em bom rigor, se tivessem criminalizado condutas que não violam o bem jurídico que se pretende tutelar. Não nos referimos, obviamente, aos casos em que o agente usa de violência, ameaça grave, ardil ou manobra fraudulenta para fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição de menor ou a prática por este de ato sexuais de relevo; (...). Referimo-nos, sim, àqueles casos em que o agente fomenta, favorece ou facilita a prática de atos sexuais de relevo por menor entre 14 e 16 anos de idade. Qualquer um destes comportamentos, por si só, não viola o bem jurídico do livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual, tanto mais quanto o legislador partiu do princípio de que é até aos 14 anos de idade que a prática de atos sexuais prejudica o desenvolvimento global do menor." Continuar a ver, DIAS, Figueiredo, *op. cit.*, pp.577-578.

enquadrando-as no novo crime "Pornografia de menores"⁴⁶. Alargou o âmbito da punição dos atos sexuais mais graves, equiparando a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objeto à cópula, ao coito anal e ao coito oral⁴⁷. De igual modo, no nº3 do art. 171º, o legislador alargou o âmbito de incriminação relativamente às condutas que consubstanciam um ato de importunação sexual, a que se refere o art. 170º, ou seja, bastando que os atos ocorram perante o menor para preencher o tipo legal.

A reforma de 2007 teve como fonte direta a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22 dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil. Esta decisão teve como objetivo que os Estados Membros punissem não só a produção, distribuição, divulgação ou transmissão de pornografia infantil, a sua oferta ou disponibilização, mas também a aquisição e posse de pornografia infantil (art.º 3º), tendo este último aspeto sido inovador, face à versão anterior do código, que não punia a mera detenção de material pornográfico infantil. O art. 2º da Decisão-Quadro obriga os Estado Membros a tomar as medidas necessárias para que sejam punidos todos os comportamentos ligados à coação e recrutamento de uma criança para a prostituição, e assim como o sujeito que recorre à prostituição de menores, oferecendo dinheiro ou outras formas de remuneração de pagamento, obrigação essa que determinou a introdução do novo tipo legal de crime, o "crime de recurso à prostituição de menores" (art. 174º)⁴⁸.

Para além da reforma ter determinado a criação de um novo tipo legal de crime, também foi decisivo para que a punição da utilização de menor de 14 anos em fotografia, filme ou gravação pornográficos, bem como da exibição, cedência, detenção de materiais fosse autonomizada como "crime de pornografia de menores"(art.176º). De acordo com José Mouraz Lopes, a doutrina sempre criticou a integração destas condutas na inserção sistemática daqueles artigos no âmbito dos crimes contra a liberdade e autodeterminação

⁴⁶ Trata-se da autonomização destas condutas, resultante das obrigações internacionais assumidas por Portugal. LOPES, José Mouraz, *op. cit.*, p.143.

⁴⁷ Maria do Carmo Dias refere-nos que " Apesar do legislador não ter indicado o que entende por "partes do corpo" e por "objetos" (os quais têm significados diferentes), a sua definição deverá ser orientada pelos diversos contornos do bem jurídico protegido (...) a introdução vaginal ou anal implica um contato material--através de partes do corpo ou através de objetos--com a vagina ou ânus." Concluindo, que "a introdução vaginal ou anal de "partes do corpo ou objetos" terá de ser apta ao exercício da sexualidade (independentemente da natureza hetero ou homossexual do ato em questão), há-de ser equivalente (análogo) à cópula ou ao coito anal, o que tudo dependerá do contexto e das circunstâncias em que é executada e que se apurarem." DIAS, Maria do Carmo, *Notas substantivas sobre os crimes sexuais com vítimas menores de idade, Revista CEJ*, nº15,2011, pp.225-228.

⁴⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *op. cit.*, pp.266-267. O artigo 2º, al. b), do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os direitos da criança relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil, adotada em 25.5.2000, publicado no DR I Série A de 5.3.2003, define prostituição infantil como a utilização de uma criança em atividades sexuais contra remuneração ou qualquer outra retribuição." DIAS, Maria do Carmo, *op. cit.*, p.247.

sexual, pois não compadecia com condutas típicas, que tinham a ver com o bem jurídico aí protegido⁴⁹.

Para além destas alterações, a revisão de 2007 ampliou o crime de atos sexuais com adolescentes incluindo não apenas a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, mas também a prática do ato sexual de relevo com agente ou com terceiro. Extinguiu o crime com a epígrafe "atos homossexuais com adolescentes", consequência do Acórdão do Tribunal Constitucional nº247/05, de 10 de maio⁵⁰, que julgou inconstitucional, "por violação dos art.s. ° 13°, nº2 e 26° nº1 da CRP, a norma do art. 175° do Código Penal, na parte em que pune a prática de atos homossexuais com adolescentes mesmo que se não verifique, por parte do agente, abuso de inexperiência da vítima". Posteriormente, o mesmo Tribunal no Acórdão nº351/05, de 5 de julho⁵¹, julgou inconstitucional a mesma norma na parte em que a categoria de atos homossexuais de relevo inclui atos sexuais que não são punidos nos termos do art. 174° do CP⁵².

Quanto ao crime de lenocínio de menores, a reforma de 2007 retirou todas as condutas que diziam respeito ao tráfico para fins de exploração sexual, que foi integrado no novo art. 160° referente ao "tráfico de pessoas" e que tinham sido incluídas pelas reformas de 1998 e 2001. Suprimiu o favorecimento à prática de atos sexuais de relevo, mas por outro lado, alargou o seu campo de aplicação às situações de abuso de autoridade resultantes de uma relação familiar, tutela ou curatela⁵³.

Recentemente, o Código Penal sofreu algumas alterações decorrentes da Lei nº103/2015, de 24 de agosto, que teve como objetivo transpor para ordem jurídica portuguesa, a Diretiva 2011/93/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011⁵⁴ que revogou a Decisão-Quadro 2004/68/JAI, considerada

⁴⁹ LOPES, José Mouraz, *op. cit.*, p.152. Ainda refere, Paulo Pinto de Albuquerque, "Em qualquer destes crimes, o bem jurídico protegido é, ainda que remotamente, a autodeterminação sexual do menor de 18 anos (mas Figueiredo Dias, considera que o bem jurídico está demasiado longínquo em relação ao bem jurídico da autodeterminação sexual do menor, e mesmo Mouraz Lopes, considera que se tutela a mera moral no caso de representação realista do menor). ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p.473. Ver também a nota de rodapé nº39.

⁵⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional, de 10-05-2005 (Proc.º891/03), Relator: Maria João Antunes, Base Jurídica do Tribunal Constitucional, www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/ (última consulta 6 de setembro de 2016).

⁵¹ Acórdão do Tribunal Constitucional, de 5-07-2005 (Proc.º372/05), Relator: Conselheiro Vítor Gomes, Base Jurídica do Tribunal Constitucional, www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/ (última consulta 6 de setembro de 2016).

⁵² José Mouraz Lopes, refere no seu livro a opinião de António Araújo, que "defende de uma forma exaustiva e extensa não só a inexistência de qualquer juízo de inconstitucionalidade do artigo, entretanto revogado, como também ser a exigível um tratamento diferenciado de normas penais para a existência da referida incriminação, por existirem razões racionais." Nas palavras de António Araújo, razões essas, que se "preendem, desde logo com a necessidade de evitar que menores, no contexto do processo formativo da sua sexualidade, deem um consentimento, cuja autenticidade será sempre duvidosa (...) e irracionais que "decorrem do acolhimento de representações coletivas que, mesmo quando não condena a homossexualidade enquanto tal, claramente diferenciam a prática de atos hetero e homossexuais". LOPES, José Mouraz, *op. cit.*, p.137. Ver também, ARAÚJO, António de, *Crimes sexuais contra menores: entre o direito penal e a constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

⁵³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p.472.

⁵⁴ A presente Diretiva "estabelece regras mínimas relativas à definição dos crimes e sanções no domínio do abuso sexual e da exploração sexual de crianças, da pornografia infantil e do aliciamento de crianças para fins sexuais. Introdz igualmente disposições para reforçar a prevenção desse tipo de crimes e a proteção das suas vítimas"(artigo nº1).

insuficiente na aproximação das legislações penais, na criminalização de novas formas de abuso e exploração, e na repressão de crimes fora do território nacional, dada a dimensão transfronteiriça da exploração sexual de crianças.

A Diretiva tipificou novos tipos legais de crime e aumentou as penas. Uma das alterações ocorridas devido à imposição da Diretiva, foi o art. 176º relativo à "pornografia de menores", passando a integrar neste crime condutas que consistem na obtenção de acesso à pornografia infantil com conhecimento de causa e por meio das tecnologias de informação e comunicação (art. 176º, nº5)⁵⁵, e punindo no nº6 quem assistir a espetáculos pornográficos envolvendo menores de 16 anos⁵⁶. Neste sentido, Maria Clara Sottomayor escreve que " para além de o consumidor de pornografia infantil pactuar com crimes de abuso sexual de crianças gravado nas imagens, contribuindo para a prática destes estudos recentes demonstram que o consumo destes materiais aumenta o interesse sexual por crianças e a taxa de incidência dos crimes de abuso sexual de crianças"⁵⁷.

O legislador também introduziu um novo tipo legal autónomo, o crime de "aliciamento de menores para fins sexuais" (art.176º-A)⁵⁸. Neste tipo legal punem-se condutas que consistem numa proposta de um adulto, feita por intermédio das tecnologias de informação e de comunicação para se encontrar com uma criança, que ainda não tenha atingido a maioridade sexual para praticar atos sexuais ou para a produção de pornografia infantil. Contudo, também foi inserido no art. 171º, nº2 al.c) do CP (abuso sexual de crianças), a punição de condutas que consistam no aliciamento de menor de 14 anos a assistir a abusos sexuais ou a atividades sexuais, tendo o infrator uma pena de prisão que pode ir até aos 3 anos. Aqui não se trata do aliciamento feito através de tecnologias de informação e da comunicação, o legislador vai mais longe, protegendo os menores que possam ser abordados fora desses meios, pois o aliciamento pode acontecer em qualquer lugar. Anteriormente, já se previa a punibilidade da tentativa, no qual se podia abranger o aliciamento de um menor por um adulto para encontro sexual, mas colocavam-se sempre problemas de qualificação dos factos e de prova, o que tornava, na prática, difícil a investigação dos factos e a punição do aliciamento de menores como tentativa. Deste

⁵⁵ Artigo 176º nº5 do CP "- Quem, intencionalmente, adquirir, detiver, aceder, obtiver ou facilitar o acesso, através de sistema informático ou qualquer outro meio aos materiais referidos na alínea b) do n.º 1 é punido com pena de prisão até 2 anos".

⁵⁶ Artigo 176º, nº6 do CP "Quem, presencialmente ou através de sistema informático ou qualquer outro meio, sendo maior, assistir ou facilitar acesso a espetáculo pornográfico envolvendo a participação de menores de 16 anos de idade é punido com pena de prisão até 3 anos".

⁵⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *op. cit.*, p.269

⁵⁸ Artigo 176º do CP- "Aliciamento de menores para fins sexuais": " 1 - Quem, sendo maior, por meio de tecnologias de informação e de comunicação, aliciar menor, para encontro visando a prática de quaisquer dos atos compreendidos nos nºs 1 e 2 do artigo 171.º e nas alíneas a), b) e c) do n.º 1 do artigo anterior, é punido com pena de prisão até 1 ano; 2 - Se esse aliciamento for seguido de atos materiais conducentes ao encontro, o agente é punido com pena de prisão até 2 anos. "

modo, a tipificação do aliciamento de menores como crime vem facilitar a investigação criminal e a qualificação dos factos como crime.

Outra importante alteração verificada com esta lei foi a eliminação da multa como sanção jurídico-penal, prevista nos crimes de "abuso sexual de menores dependentes" (art. 173º) e nos "atos sexuais com adolescentes" (art. 174º).

Para além destas alterações, a Lei nº103/2015, de 24 de agosto, criou o sistema de registo de identificação criminal de condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor, constituindo numa base de recolha, tratamento e conservação de elementos de identificação de pessoas condenadas por estes crimes. A finalidade desta medida visa "o acompanhamento da reinserção do agente na sociedade, obedecendo ao princípio do interesse superior das crianças e jovens, em ordem à concretização do direito destes a um desenvolvimento pleno e harmonioso, bem como auxiliar a investigação criminal" (art. 3º da Lei nº103/2015, de 24 de agosto).

Para concluir, podemos dizer que o estatuto da criança vítima no cenário jurídico evoluiu ao longo destes anos, o qual se refletiu no nosso Código Penal que foi acompanhando as alterações socioculturais e políticas, e as diretrizes internacionais, dando agora uma maior importância aos crimes sexuais que passaram de crimes contra a sociedade e a ordem moral para verdadeiros crimes contra as pessoas.

2. Bem jurídico tutelado⁵⁹

O conceito de bem jurídico⁶⁰ foi sendo desenvolvido ao longo dos tempos, destacando-se algumas características essenciais, que contribuíram para delinear o seu conteúdo e através dele estabelecer um limite ao poder punitivo do Estado⁶¹. Uma das

⁵⁹ Ver sobre esta matéria: ANTUNES, Maria João, *Crimes contra menores: incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 81, 2005, 57-71; NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz, *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*, Coimbra: Almedina, 1985, p.94. DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal-Parte Geral*, Tomo I, Questões Fundamentais, a doutrina geral do crime, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007. DIAS, Maria do Carmo, *Notas substantivas sobre crimes sexuais com vítimas menores de idade*, *Revista do CEJ*, Nº15, 1º semestre, 2011. VITAL Moreira e CANOTILHO, José Gomes, *Constituição da República Portuguesa - Anotada, Volume I, Artigos 1º a 107º*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

⁶⁰ Refere Maria do Carmo Dias que foi "no princípio do século XIX, com a doutrina de Feuerbach, que se torna nítida a necessidade de estabelecer uma fronteira entre o direito e a moral, altura em que começa também a delinear-se uma nova conceção do direito penal (...). Também no século XIX, com Birnbaum e, depois com Binding e List entre outros, que surge e se procura definir o conceito de bem jurídico, o que igualmente se vai traduzir na revelação de uma nova perspetiva sobre danosidade social e sobre a função do direito penal. (...) A discussão à volta do bem jurídico sofreu novos desenvolvimentos por volta dos anos de 1960/70, com as investigações, entre outros, de Rudolphi (que define bens jurídicos como unidades funcionais valiosas), Otto (que define bem jurídico como uma determinada—mais precisamente descrita nas incriminações típicas -- relação real da pessoa com valores concretos, reconhecidos pela comunidade jurídica-- unidades funcionais sociais—em que, sob a aprovação da ordem jurídica, o sujeito do direito se desenvolve pessoalmente)." DIAS, Maria do Carmo, *Crimes Sexuais com Adolescentes...*, *op. cit.*, p. 193-194.

⁶¹ DIAS, Maria do Carmo, *op. cit.*, p.194.

características do bem jurídico-penal é a sua "importância social"⁶², devendo essa importância social ser traduzida no reconhecimento de um determinado interesse da pessoa ou da comunidade, que é tido como valioso⁶³. O que significa, nas palavras de Figueiredo Dias e de Costa Andrade, "que terá de ser essencial para a garantir a preservação das condições indispensáveis da mais livre realização possível da personalidade de cada homem e comunidade"⁶⁴. Outra característica do bem jurídico é o seu carácter mutável, "mutabilidade esta que resulta do facto de os pressupostos essenciais para a vida em sociedade se irem modificando com o decorrer dos tempos, fruto afinal da própria historicidade do homem"⁶⁵.

Assim, Figueiredo Dias define bem jurídico como a "expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção da integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso"⁶⁶.

É o critério constitucional da necessidade social que vai orientar o legislador na tarefa de determinar quais as situações em que a violação de um bem jurídico justifica a intervenção penal⁶⁷. Daí resulta o carácter subsidiário e fragmentário do Direito Penal, sendo este sempre a "ultima ratio da política social", só devendo intervir quando ocorram ataques graves e intoleráveis em relação aos mais importantes e fundamentais bens jurídicos do indivíduo e da sociedade⁶⁸.

Como sabemos, a Reforma de 1995 fez dos chamados crimes sexuais "autênticos"⁶⁹ crimes contra as pessoas e contra um valor estritamente individual, o da liberdade de determinação sexual, deixando de ser considerado como crimes atentatórios dos fundamentos éticos sociais da vida social, ligados aos "sentimentos gerais de moralidade"⁷⁰. Desde logo, esta mudança demonstrou que a intervenção penal apenas deve assegurar, nesta área, a função da tutela do bem jurídico da liberdade e autodeterminação,⁷¹ estando em causa bens individuais e não supra-individuais ou do

⁶² Santiago Mir Puig citado por Maria do Carmo Dias, salienta que "reclamar uma particular «importância social» para os bens jurídicos penais significa (...) desde logo postular a autonomia da valoração jurídico-penal daqueles bens e significa erigir em critério básico da dita valoração específica, que tais bens possam considerar-se fundamentais para a vida social". DIAS, Maria do Carmo, *op. cit.*, p.194.

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal-Parte Geral*, Tomo I, Questões Fundamentais, a doutrina geral do crime, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p.63.

⁶⁵ NATSCHERADETZ, Karl Prehaz, *op. cit.*, p.114.

⁶⁶ DIAS, Figueiredo, *op. cit.*, p. 114.

⁶⁷ DIAS, Maria do Carmo, *op. cit.*, p.198.

⁶⁸ Anabela Rodrigues refere, que o Direito Penal só "deve intervir para prevenir os danos sociais e não para salvaguardar concepções ideológicas ou morais ou realizar finalidades transcendentais". RODRIGUES, Anabela, *A determinação da Medida da Pena Privativa da Liberdade (Os Critérios da Culpa e da Prevenção)*, Coimbra Editora, 1995, p.268.

⁶⁹ DIAS, Maria do Carmo, *op. cit.*, p.205.

⁷⁰ Costa Andrade citado por Figueiredo Dias, *op. cit.*, p.441.

⁷¹ DIAS, Maria do Carmo, *op. cit.*, p.225.

Estado, pois é a liberdade de um indivíduo que está em causa e que deve ser tutelada, e não a liberdade sexual de uma comunidade⁷².

Os crimes sexuais contra menores encontram-se na Secção II “Dos crimes contra a autodeterminação sexual”, inseridos no Capítulo “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”. Como refere Maria do Carmo Dias, à partida esta subdivisão podia gerar a ideia de que os bens jurídicos tutelados são distintos, que protegem a vítima consoante a idade, se é maior ou menor⁷³. Pois, ao agrupar na Secção “Dos crimes contra a autodeterminação sexual” “comportamentos ilícitos em que apenas são vítimas menores de idade, haveria “a tentação de vislumbrar uma qualquer intenção de proteger, não a liberdade pessoal, mas antes proteger autonomamente a juventude, dada a «natural» incapacidade que lhe é atribuída, para tomar decisões livres e esclarecidas” em relação à sua vida sexual⁷⁴.

Contudo, como realça Figueiredo Dias não foi essa a intenção do legislador. Na esteira do Autor, a razão da distinção, é a de proteger na primeira secção a liberdade e/ou a autodeterminação sexual de todas as pessoas sem considerar a idade, proteção essa que se estende, na segunda secção, de forma particular, aos menores, de forma a abranger situações “em que ou não seriam crimes se fossem praticados por adultos, ou o seriam dentro de limites menos amplos, ou assumiriam em todo o caso uma menor gravidade”⁷⁵.

A inserção destas duas secções no mesmo capítulo justifica-se pela circunstância de ambas tutelarem primeiramente bens jurídicos que se prendem com a esfera sexual⁷⁶. Portanto, na Secção II o bem protegido é também, como na Secção I, a liberdade sexual, mas deve-se ter em atenção que é-o, quando ligado a um outro bem jurídico, que é o do livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual⁷⁷. Este bem jurídico encontra a sua fonte na CRP, no seu art. 69^{o78}, impondo-se assim correlativos deveres ao Estado e à sociedade⁷⁹.

⁷² LOPES, José Mouraz. *op. cit.*, p.211. Luttger citado por Maria do Carmo, refere que “o direito penal tem de deixar de valer como instância moral do cidadão ou de representar qualquer mínimo ético”.

⁷³ *Idem, ibidem.*, p.212.

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ DIAS, Jorge Figueiredo, *op. cit.*, p.442.

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ “As crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente, contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições”.

⁷⁹ VIT AL Moreira e CANOTILHO, José Gomes, *Constituição da República Portuguesa - Anotada, Volume I, Artigos 1º a 107º*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.401.

O menor ofendido passou assim a ser visto como titular dos interesses, que a lei especialmente quis proteger com as incriminações⁸⁰. Segundo Costa Andrade, "até atingir um certo grau de desenvolvimento, indiciado por determinados limites etários, o menor deve ser preservado dos perigos relacionados com o desenvolvimento prematuro em atividades sexuais"⁸¹. Figueiredo Dias refere mesmo a uma obrigação de castidade e virgindade quando estejam em causa menores, seja de que sexo forem⁸². Sendo assim, nesta seção protege-se o direito à proteção da sexualidade numa fase inicial ou em desenvolvimento, carecendo inevitavelmente de tutela jurídica.

Neste sentido, Maria do Carmo Dias indica-nos que "a salvaguarda da capacidade de autodeterminação permite que, quando atingida a sua plenitude, o jovem (...), possa por si só, exercer o direito de se exprimir em liberdade"⁸³. É que a liberdade sexual pressupõe, antes de tudo, a plena capacidade de autodeterminação sexual⁸⁴, tendo-se entendido que a imaturidade inerente aos menores de certa idade, acarreta uma certa vulnerabilidade, o que justifica uma proteção específica e adicional da que é dada ao adulto, no pleno gozo das suas capacidades⁸⁵.

Conforme verificamos na norma do art. 171º do CP, a lei pune como crime de abuso sexual de crianças todos os atos sexuais praticados com crianças com idade inferior a 14 anos, mesmo que tenha havido consentimento daquela, o qual se presume *iuris et iure*, irrelevante em termos jurídicos⁸⁶. Neste domínio, o legislador escolheu uma opção escalonada em razão da idade, reconhecendo que tal circunstância confere especificidades ao bem jurídico protegido. Desta forma, entende-se que o limite etário dos 14 anos corresponde à fronteira entre a infância e a adolescência⁸⁷. Portanto, o legislador presume *iuris et iure* que, qualquer conduta que envolva menores com idade inferior a 14 anos, "prejudica gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade"⁸⁸, caso seja levado a cabo por pessoa maior de 16 anos⁸⁹.

⁸⁰ ANTUNES, Maria João, *Os crimes contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual dos Menores*, in. *Julgar*, nº12 (especial), 2010, p.154.

⁸¹ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p.396.

⁸² DIAS, Jorge Figueiredo, *op. cit.*, p.542.

⁸³ DIAS, Maria do Carmo, *Notas substantivas sobre crimes sexuais com vítimas menores de idade*, in *Revista do CEJ*, nº15, 1º semestre, 2011, p.211.

⁸⁴ Maria do Carmo Dias refere que "não é possível exercer a liberdade sexual sem ter capacidade de autodeterminação, o que significa capacidade de formar a vontade, de decidir e de executar". DIAS, Maria do Carmo, *op. cit.*, p.214.

⁸⁵ *Idem.*

⁸⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *op. cit.*, p.247.

⁸⁷ LOPES, José Mouraz, *op. cit.*, p.115.

⁸⁸ DIAS, Jorge Figueiredo, *op. cit.*, p.541.

⁸⁹ DIAS, Maria do Carmo, *op. cit.*, p.212.

A existência ou não de consentimento é irrelevante no afastamento da tipicidade criminal, assumindo um significado mais ou menos intenso consoante a idade da vítima, ou seja, em equação com maior ou menor proximidade do limite que o legislador entendeu como relevante para a concessão da dignidade penal aos comportamentos dos infratores⁹⁰. Entende-se que "abaixo dos 14 anos, o menor (cuja personalidade em geral, e, portanto, também na esfera sexual, se encontra em formação e estruturação) não tem capacidade, nem determinação para, de forma livre, consciente e esclarecida se decidir em termos de relacionamento sexual, o que conduz a que não seja atribuída relevância jurídica ao consentimento"⁹¹. A partir dos 14 anos a lei reconhece em princípio, aos jovens, capacidade para prestarem consentimento válido. Contudo, protege-os contra abusos da sua inexperiência praticados por pessoas maiores de idade (art. 173º)⁹². Como diz J.J.Begué Lezaún⁹³, a fase dos 14 aos 16/18 anos "é uma zona de relativa maturidade ou de maturidade tutelada". O adolescente normalmente é permeável tanto a boas como a más influências alheias, devendo ser-lhe conferido o direito de beneficiar de uma tutela, que o proteja de forma segura, dos ataques mais graves ao desenvolvimento da sua personalidade⁹⁴. Por isso, justifica-se um tratamento atendendo à idade do menor vítima de crimes contra a autodeterminação sexual.

Em síntese, são punidas condutas que incidem sobre menores por, atendendo à idade, se entender que estes não são capazes de se autodeterminar sexualmente. Desta forma, tutelam-se condutas que ofendem o bem jurídico da liberdade sexual, associada ao desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual, ou seja, a intervenção penal fica sujeita aos interesses de cada cidadão, e não a uma conceção geral da comunidade relativamente à moral e ao pudor.

⁹⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12/11/2014 (Proc.º 1287/08.6JDLSB.L1. S1), Relator: Santos Cabral, Base Jurídica do Tribunal Constitucional, disponível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/ (última consulta em 20 de janeiro de 2017).

⁹¹ DIAS, Maria do Carmo, *op. cit.*, p.212.

⁹² OLIVEIRA, Guilherme, *Abuso sexual de crianças, por adolescentes inimputáveis em razão da idade: um desafio ao processo tutelar educativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p.507.

⁹³ J.J.BEGUÉ LEZAÚN citado por Maria do Carmo Dias, "Notas substantivas sobre os crimes sexuais com vítimas menores de idade", in *Revista do CEJ*, ano 2011, nº115, p.213.

⁹⁴ *Idem.*

3. Natureza jurídica

Na Reforma de 2007, os crimes contra a autodeterminação sexual perderam a sua natureza de crime semipúblico, passando a ser todos públicos, com a exceção do art. 173º (atos sexuais com adolescentes),⁹⁵ que depende de queixa, salvo se dele resultar suicídio ou morte, de acordo com o estipulado no art. 178.º, n. 2, do CP.

Esta alteração ficou a dever-se, sobretudo, a obrigações internacionais que vinculam o Estado Português, nomeadamente a 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. Mas, para além desta Decisão-Quadro, o legislador levou em conta um conjunto de documentos internacionais que importa salientar: o Protocolo Facultativo à Convenção sobre o Direito das Crianças, relativo à venda das crianças, prostituição infantil e pornografia infantil, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 25 de maio de 2000; a Recomendação REC (2001) 16 do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual, de 31 de outubro de 2001 e a Convenção do Conselho da Europa sobre o Cibercrime, realizado em 23 de novembro de 2001, ratificado pelo Estado em 2009,⁹⁶ que teve como objetivo criar mecanismos destinados a “proteger a sociedade contra a criminalidade no ciberespaço, designadamente através da adoção de legislação adequada e da melhoria da cooperação internacional”⁹⁷.

A Decisão-Quadro de 2004/68/JAI introduziu medidas destinadas a aproximar as legislações penais dos Estados-Membros e a promover o desenvolvimento de uma cooperação eficaz, nos domínios policial e judiciário, contra a exploração sexual de crianças e pornografia infantil, como graves violações dos Direitos Humanos, que devem ser punidas através de sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas. O art. 9º da Decisão foi "responsável" pela alteração da natureza jurídica dos crimes contra a autodeterminação sexual, impondo aos Estados-Membros que a instauração de processo penal pelas infrações nela abrangidas não dependa de denúncia ou de queixa da vítima⁹⁸.

⁹⁵ Embora ao crime previsto no artigo 173º CP (atos sexuais com menores de 14 e 16 anos), tenha natureza semipúblico, importa relembrar que o Ministério Público pode dar início ao procedimento no prazo de seis meses a contar da data que tiver conhecimento do facto e dos seus autores, sempre que o interesse da vítima aconselhar e nos casos em que esta for menor de idade ou não possuir discernimento para entender o significado do exercício do direito de queixa, ou o direito de queixa não puder ser exercido porque a sua titularidade caberia apenas ao agente do crime (nº5, do artigo 113º CP).

⁹⁶ LOPES, José Mouraz, *op. cit.*, p. 121.

⁹⁷ Preâmbulo da Convenção sobre o Cibercrime.

⁹⁸ Artigo 9º (Proteção e assistência às vítimas) da Decisão-Quadro 2004/68/JAI: "1. Cada Estado-Membro deve determinar que as investigações ou a instauração de procedimento penal por infrações abrangidas pela presente decisão-quadro não dependem de denúncia ou queixa por uma pessoa que tenha sido vítima da infração, pelo menos nos casos a que seja aplicável a alínea a) do nº 1 do artigo 8º".

Maria do Carmo Dias critica esta opção do legislador, em conferir natureza pública aos crimes contra a autodeterminação sexual (exceto o art.173º), referindo que " o legislador poderá estar a expor demasiado o direito à privacidade da vítima, o que também lhe pode acarretar consequências negativas no desenvolvimento da sua personalidade"⁹⁹. Maria João Antunes considera esta alteração uma desconsideração pelo bem jurídico individual e pela autodeterminação sexual.

Como refere Rui Abrunhosa Gonçalves, a denúncia nem sempre é desejada pelas próprias vítimas, nem mesmo lhes pode garantir a proteção necessária, tendo de existir um equilíbrio entre a preservação da segurança da vítima e o respeito pela sua autodeterminação¹⁰⁰.

Maria João Antunes defende que "a anterior natureza semipública permitia uma seleção, por parte da vítima ou de outras pessoas, dos casos que comportavam, de facto, uma ofensa à liberdade e a autodeterminação sexual de menores, face a uma opção política-criminal que protegia de forma absoluta os menores (...)"¹⁰¹.

Perfilhando da opinião das Autoras, parece-nos que é criticável esta opção do legislador, uma vez que estes crimes podem ser denunciados por qualquer pessoa, mesmo contra a vontade do menor, que até já poderá ter maturidade para decidir. Interrogamo-nos, neste sentido, se está terá sido a melhor solução, tendo em conta os interesses da vítima e a própria idade (maior ou menor de 16 anos). Desse modo, parece-nos que o mais importante nestes casos será proteger a criança de uma desnecessária revitimização, que pode acontecer devido ao processo judicial.

Neste âmbito, o legislador prevê o recurso ao instituto da suspensão provisória do processo (art. 178º, nº4, do CP), considerado por Maria João Antunes, uma forma de o legislador minimizar o excesso¹⁰². No caso dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, que não sejam agravados pelo resultado (em que não se verifique, por exemplo, gravidez, ofensa à integridade física grave, transmissão de agente patogénico que crie perigo para a vida, suicídio ou morte da vítima (art. 177º, nº5, do CP), o Ministério Público, tendo em conta o interesse da vítima, pode determinar a suspensão provisória do processo, com a concordância do juiz de instrução e do arguido,

⁹⁹ DIAS, Maria do Carmo, *op. cit.*, p.254.

¹⁰⁰ GONÇALVES, Rui Abrunhosa, MACHADO, Carla, *Abuso sexual de menores: intervenção nas vítimas e nos agressores*, in *Revista do Ministério Público*, nº 106, abril-junho, 2006, p.27.

¹⁰¹ ANTUNES, Maria João, *op. cit.*, pp.158-159.

¹⁰² *Idem, ibidem.*, p.160.

desde que não tenha sido aplicada anteriormente medida similar por crime da mesma natureza.

Segundo Maria do Carmo Dias, pressupõe-se que na aplicação da suspensão provisória do processo tenham sido recolhidos indícios suficientes no inquérito que permitem a dedução de acusação contra arguido por um dos crimes mencionados, sendo considerado uma medida alternativa de resolução do conflito, visando evitar o julgamento¹⁰³.

Na nossa opinião, esta medida não soluciona a questão de o legislador poder estar a expor demasiado a vítima, principalmente, quando se trata de um menor. Pois, se por um lado, a “entrada” da criança no sistema judicial pode ser benéfica e reparadora, por outro lado, pode ter efeitos nocivos e potencializar a vitimização secundária¹⁰⁴.

4. Conceito de "abuso sexual de menores"

“Agressão sexual”, “ofensa sexual”, “abuso sexual”, ou “violação”, são termos geralmente usados na referência aos crimes contra a liberdade sexual e contra a autodeterminação sexual, previstas no CP. São designações frequentemente consideradas sinónimos e utilizadas de forma indiscriminada, mas que, sublinhe-se, podem ter, todavia, significados e implicações diferentes¹⁰⁵.

As definições de abuso sexual apresentam algumas variações por entre os diferentes Autores. De acordo com Gold, Hughes e Single, os investigadores, ao definirem o abuso sexual, tendem a utilizar uma variedade de critérios que são muitas vezes ambíguos, o que resulta em conclusões diferentes, que não permitem comparações com outros estudos nem com generalizações¹⁰⁶.

Definir o abuso sexual de menores torna-se complexo devido a uma série de aspetos entre si relacionados. Existem pelo menos duas especificidades que determinam essa dificuldade: a subjetividade dos intervenientes na experiência e os caminhos que nos levam a decidir se a situação é realmente abusiva¹⁰⁷.

¹⁰³ Dias, Maria do Carmo, *op. cit.*, p.254.

¹⁰⁴ Celina Manita distingue revitimização de vitimização secundária. “A primeira existe quando ocorre um segundo ato ou conjunto de atos criminais sobre a mesma vítima. A segunda é utilizada para referir aquelas situações em que uma vítima, depois de ter sofrido um processo de vitimação primária pelo ato criminoso, acaba por ser objeto de um novo processo de vitimação no seu contato com instituições e/ou profissionais que a deveriam estar a apoiar e proteger. O «*second insult*» (designação segundo alguns autores), pode ser vivido pela pessoa como tão ou mais prejudicial que o ato criminal inicialmente.” MANITA, Celina, “*Quando as Portas do Medo se Abrem. Do Impacto Psicológico aos Testemunhos de Crianças Vítimas de Abuso Sexual*”, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens- A Função dos Juizes Sociais, Atas do Encontro*, Coimbra: Almedina, 2003, p.234.

¹⁰⁵ MAGALHÃES, Teresa, VIEIRA, Duarte Nuno, *Agressões sexuais: intervenção pericial integrada*, In Magalhães, T. & Vieira D.N. (Coord), in *Abuso & Negligência*, Maia: SPECAN, 2013, p.12.

¹⁰⁶ Autores referidos por FÁVERO, Marisvalva Fernandes, *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores*, Lisboa: Climepsi Editores, 1ª Edição, 2003, p.77.

¹⁰⁷ *Idem*.

Quanto à subjetividade existem pelo menos três: a do agressor, a da vítima e a do observador (considera-se os pais e profissionais envolvidos na área). A dificuldade deste aspeto reside no facto de que tais subjetividades nem sempre são coincidentes, pois as pessoas fazem uma avaliação subjetiva do abuso sexual influenciadas pelo contexto sociocultural em que estão inseridas, o qual determina a sua ideologia¹⁰⁸.

Deste modo, não existe uma conceção de abuso sexual, mas várias conceções, que partem dos contextos socioculturais dos grupos em que se inserem e que podem incluir desde as carícias ao ato sexual com penetração, passando pela exibição de pornografia.

Por exemplo, se na nossa cultura, determinadas relações entre adultos e crianças são consideradas como claramente abusivas, como é o caso do coito, noutras há em que a fronteira que delimita a “relação normal” da “abusiva” se torna problemática de estabelecer, como é o caso das carícias e do contato corporal entre adulto e criança¹⁰⁹.

Isabel Alberto considera existirem dois aspetos primordiais na definição de abuso sexual: "a exploração sexual de um menor por alguém mais velho, em que a criança/adolescente não tem condições nem maturidade psicossocial para avaliar e vivenciar de modo positivo essa relação, nem dar o seu consentimento efetivo face à figura de autoridade e poder ser coerciva ou não, com recurso à ameaça física ou verbal, ou não"¹¹⁰.

Para a Organização Mundial de Saúde (OMS) o abuso sexual consiste “no envolvimento de uma criança em atividades sexuais que esta não compreenda, às quais não tenha capacidade para dar o seu consentimento informado, para as quais não esteja preparada do ponto de vista do seu estágio de desenvolvimento, ou ainda em atividades sexuais que constituam uma violação das leis ou normas sociais de uma dada sociedade”¹¹¹. Como parte integrante desta definição, para a OMS pode-se também configurar como abuso sexual o contacto sexual de uma criança mais velha com uma mais nova, dada a sua idade (maioria dos autores apontam para uma diferença mínima de 5 anos) ou estágio de desenvolvimento, esteja em posição de responsabilidade, confiança ou poder sobre a vítima¹¹².

¹⁰⁸ *Idem, ibidem.*

¹⁰⁹ Furniss, Gelinás e Giaretto citados por Isabel Alberto, *O Abuso Sexual de Menores: uma conversa sobre a Justiça entre o Direito e a Psicologia*, Coimbra: Almedina, 2006. 40.

¹¹⁰ *Idem*

¹¹¹ MIRALTO Olga, DUQUE Maria da Luz, BARRO, Miguel Pinto, LEITE Teresa e col, *Linhas orientadoras para atuação em casos de indícios de abuso sexual de crianças e jovens*, Casa Pia de Lisboa, I.P., maio, 2010, p.26, disponível em www.casapia.pt/wa_files/livroloaciasecj.pdf, (última consulta em 3 de setembro de 2016).

¹¹² *Idem.*

Acrescentando à definição anterior, Hartman e Burgess definem o abuso sexual como a exploração de uma criança por um adulto, utilizando-a como fonte de prazer sexual¹¹³.

Esta exploração compreende diferentes tipos de atos sexuais abusivos, desde atos onde não existe contacto sexual (voyeurismo, exibicionismo), até aos atos com contacto sexual (masturbação, sexo oral), com ou sem penetração. Sendo também consideradas abuso sexual, as situações de exploração sexual que visam o lucro, como a prostituição e/ou a pornografia. Estas práticas sexuais abusivas são impostas à criança ou ao jovem pela violência física, por ameaças ou por indução da sua vontade.

Os crimes sexuais em menores encontram-se previstos no atual Código Penal de forma autónoma. O art. 171º CP identifica o crime de abuso sexual de crianças, prevendo no seu elenco cinco comportamentos ilícitos distintos praticados contra menor de 14 anos: a prática de ato sexual de relevo (ex.: masturbação, sexo oral); a prática de cópula, coito anal ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos; a importunação (onde se inclui, por exemplo, a prática de atos exibicionistas e o constrangimento a contacto de natureza sexual); a atuação por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objeto pornográfico e o aliciamento de menores para assistir a abusos sexuais ou a atividades sexuais.

O crime de abuso sexual de crianças¹¹⁴ é um crime comum, em que os sujeitos podem ser de qualquer dos sexos, salvo quando se trate de cópula.

Existem duas categorias gerais de abuso sexual: a intrafamiliar (envolve o abuso de uma criança por um elemento da família) e a extrafamiliar (envolve o abuso de criança por um elemento exterior à sua família, por exemplo, um estranho, um vizinho, professores, amigos, etc..). Quanto à sua frequência existem duas formas de abuso: a ocasional (tem a ver com a ocorrências esporádicas, delimitadas no tempo); a esporádica (quando aconteceu apenas uma vez) e a continuada (o abuso ocorre de forma contínua, repetida, fazendo parte de uma rotina na vida da criança). Geralmente, esta última é mais frequente nas situações de abusos no contexto intrafamiliar e está demonstrado que, na maior parte das vezes, o abuso sexual por pessoas afetivamente próximas é mais

¹¹³ HARTMAN, Carol, BURGESS, Ann Wolbert, *Sexual abuse of children: causes and consequences* en D. CICHETÚ & V. CARLSON, in *Child maltreatment: theory and research on the causes and consequences of child abuse and neglect*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

¹¹⁴ Como indica Paulo Pinto de Albuquerque “são crimes de perigo abstrato (quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido) e de mera atividade (quanto à forma de consumação do ataque ao objeto da ação)”. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto De, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica, Editora, 2008, p.473.

traumatizante que o abuso por desconhecidos, este que na maior parte das vezes são ocasionais e episódicos.

O facto de o abuso sexual ocorrer no contexto intrafamiliar é um dos fatores pelo qual se considera o abuso sexual dos casos mais difíceis em termos de investigação criminal, de produção de prova e de proteção da criança¹¹⁵. No próximo capítulo iremos analisar algumas diligências processuais que caracterizam este crime, destacando-se: a perícia médico-legal, a perícia psicológica forense que visa sobretudo apurar a veracidade ou a credibilidade do testemunho, a realização de exames complementares para a pesquisa de doenças sexualmente transmissíveis e as declarações para memória futura. Todas estas diligências deverão ser efetuadas por profissionais especializados na área correspondente e ter como finalidade a proteção da criança e a garantia da sua estabilidade psicossocial.

Em suma, têm-se verificado ao longo dos tempos diversas transformações na forma como o abuso sexual de crianças têm vindo a ser encarado, quer a nível da sociedade, quer a nível legal, quer a nível do discurso dos peritos. Situações que para uns podem ser consideradas “normais”, para outros podem ser avaliadas como abusivas, pois há que considerar o sistema de valores, o espaço de intimidade e o direito à dignidade de cada indivíduo, seja adulto ou criança. É, assim, importante que haja uma definição consensual para poder se evitar discrepâncias ao nível da sinalização das situações ou diferenças significativas nos estudos epidemiológicos¹¹⁶.

¹¹⁵ ALEXANDRINO, José de Melo, *Os direitos das crianças*, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 68, 2008. SANI, Ana Isabel. *As crianças e a violência: narrativas de crianças vítimas e testemunhas de crimes*, Coimbra: Quarteto, 2002. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Direito das crianças vítimas de crimes violentos, Intervenção psicológica e social com as vítimas*, Vol. I, Crianças, Sofia Neves (Coord), Coimbra: Almedina, 2012, p. 11-42. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O Poder Paternal como Cuidado Parental e os Direitos da Criança*, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A função dos juízes sociais, Atas do Encontro*, Coordenação de Maria Clara Sottomayor, Coimbra: Almedina, 2003, p. 9-63.

¹¹⁶ RIBEIRO, Catarina, *op. cit.*, p. 53.

Capítulo II - A Perícia Médico Legal-Forense

1. Enquadramento processual

O abuso sexual infantil é considerado umas das maiores ameaças para o bem-estar e segurança da criança, sendo considerado especialmente difícil em termos de investigação criminal. Para isso contribuem vários fatores, nomeadamente o facto comprovado pelas estatísticas criminais e pelos estudos científicos¹¹⁷, que têm demonstrado que o abuso sexual ocorre maioritariamente no contexto familiar e, na maioria das vezes, o abusador sexual é uma figura próxima da criança (pai, padrasto, etc.)¹¹⁸. Simultaneamente, estes casos estão associados a uma situação de segredo¹¹⁹, de baixa visibilidade (por norma este tipo de abuso não deixa marcas físicas na criança)¹²⁰ e ao facto de ser raro que haja testemunhas na prática do ato criminoso, o que promove a continuação do abuso e a divulgação tardia pela criança ou por terceira pessoa. Por isso, a revelação costuma ser tardia, o que torna a investigação criminal e a proteção da criança ainda mais difíceis.

A produção de prova é um procedimento fundamental, pois quando se discute a prática de um crime é ela que determina o sentido das decisões das autoridades judiciais, que têm de pronunciar-se sobre se existiu ou não crime, o seu autor e responsabilidade deste. E, no caso de crime de abuso sexual de menores, o exame médico-legal tem uma importância probatória muito elevada¹²¹, contribuindo de forma significativa para a decisão judicial.

Segundo Diogo Pinto da Costa, "quando se trata de crimes contra as pessoas, como os crimes contra a vida e contra a integridade física ou de outros crimes que vitimam pessoas, com invasão do corpo ou dos limites corporais da intimidade", como é o caso do

¹¹⁷ Ver o estudo MAGALHÃES, Teresa, TAVEIRA, Francisco, JARDIM, Patrícia, SANTOS Liliana, MATOS, Eduarda, SANTOS Agostinho, *Sexual abuse of children. A comparative study of intra and extra-familial cases*, in *Journal of Forensic and Legal Medicine*, nº16, 2009, p.455.

¹¹⁸ RIBEIRO, Catarina, MANITA, Celina, *Crianças vítimas de abuso sexual intra-familiar: significados do envolvimento no Processo Judicial e do papel dos magistrados*, in *Revista do Ministério Público*, nº110, 1º semestre, 2007, p.50.

¹¹⁹ Segundo Celina Manita, "o silêncio face ao abuso é um dos grandes, se não o maior obstáculo, à intervenção (preventiva e remediativa) neste domínio (...). Os fatores que sustentam abuso como síndrome de segredo podem ser divididos em dois grandes grupos: fatores externos de segredo (e.g., falta de evidência médica; tentativas de revelação malsucedidas; ameaças (...), medo, pela criança, das consequências negativas da revelação, quer para si e seus familiares, quer para o próprio abusador, sobretudo se este é o pai ou outro familiar próximo) e fatores internos à dinâmica abusiva." Este fator é característico nas situações de abuso continuado (sobretudo no intrafamiliar). MANITA, Celina, "Quando as portas do medo se abrem... Impacto psicológico ao(s) testemunho(s) de crianças vítimas de abuso sexual", in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A Função dos Juízes Sociais, Atas do Encontro*, Coimbra: Almedina, 2003, p.240 e 242.

¹²⁰ MODELLI, Manoel E.S., GALVA, Malthus Fonseca, PRATESI, Ricardo, *Child Sexual Abuse*, in *Forensic Science International*, nº217, 2012, p.4.

¹²¹ ADAMS, Joyce A., KELLOGGM, Nancy D., FARST, Karen J., HARPER, Nancy S., PALUSCI, Vicent J., FRASIER, Lori D., LEVITT, Carolyn J., SHAPIRO, Robert A., MOLES, Rebecca L., ST ARLING, Suzanne P., *Updated Guidelines for the Medical Assessment and Care of Children Who May Have Been Sexually Abused*, in *Journal Pediatric and Adolescent Gynecology*, Published by Elsevier Inc, nº29, 2016, p.81.

crime de abuso sexual de menores, "está-se perante situações em que a resposta do sistema reclama a apreciação especializada dos factos, por dizerem respeito a questões médicas ou biológicas: estamos já no domínio da prova pericial médico-legal"¹²².

O art.151º do CPP estipula que a prova pericial tem lugar quando a perceção ou apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos¹²³. Trata-se de um meio de prova que visa a avaliação de vestígios da prática do crime com base em especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos¹²⁴.

A origem e a necessidade da prova pericial assentam na circunstância de a apreciação dos factos num processo judicial criminal se impor ao julgador, ou à autoridade judiciária, a quem cabe instruir o processo, na sua função de melhor compreender certos factos alegados, as suas consequências ou de apreciar o seu valor¹²⁵. Pois, apesar dos conhecimentos jurídicos e da experiência comum que aquelas entidades detêm, elas nem sempre possuem todos os conhecimentos técnicos e científicos, e sendo estes "indispensáveis à apreciação da prova, a lei permite o recurso a meios auxiliares de avaliação, no que respeita ao esclarecimento dos pressupostos da apreciação da prova. É este auxílio, pois, que constitui a perícia"¹²⁶.

No âmbito de um crime sexual, a sua prática pode deixar tanto na vítima como no ofensor vestígios característicos, como esperma e pelos púbicos que indiquem a prática de um ato sexual, e ainda sinais no vestuário e nas zonas corporais para e extra genitais, que indiquem a ocorrência de atividade sexual¹²⁷. Ora, segundo Diogo Pinto da Costa, "a verificação desses vestígios e a sua apreciação implica um conjunto de conhecimentos científicos e técnicos, no âmbito da medicina, da biologia e da criminologia, que faz com que a entidade que tem de apreciar os factos se tenha de socorrer de uma intervenção técnica especializada, assim se proporcionando espaço de intervenção à prova pericial"¹²⁸.

¹²² COSTA, Diogo Pinto da, *A perícia médico-legal nos crimes sexuais*, Dissertação com vista a obtenção de grau mestre Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2000, p.6.

¹²³ Segundo Germano Marques Silva, "A perícia é a atividade de perceção ou apreciação dos factos probandos efetuada por pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos científicos ou artísticos". SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Volume II, 3ª Ed., Lisboa: Editorial Verbo, 2009, p.152.

¹²⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa*, 3ª Ed., Universidade Católica Editora: Lisboa, 2009, p.420.

¹²⁵ COSTA, Diogo Pinto da, *op. cit.*, p.59.

¹²⁶ GONÇAVES, Maia, *Código Penal Anotado*, 9ª Ed., Coimbra: Almedina, 1996, p.290.

¹²⁷ COSTA, Diogo Pinto da, *op. cit.*, p.116.

¹²⁸ *Idem*. Ver também o artigo sobre a prova pericial de MONGE, Solange, *ARTICLE: THE EXPERT TESTIMONY BEFORE THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS*, in *Journal of International & Comparative Law*, ILSA, 1999, p.3.

Sempre que haja essa necessidade de apreciar determinado facto no âmbito do esclarecimento de uma questão jurídica, e tal envolva especiais conhecimentos, há lugar à perícia médico-legal e forense, obrigatória nos termos do art. 151º do CPP.

Desta forma, pode-se considerar o perito um “auxiliar” do juiz¹²⁹, pois as provas periciais produzidas em qualquer fase processual, incluindo as do inquérito, poderão sempre ser tomadas em consideração quer na instrução, quer no julgamento¹³⁰. Ele é obrigado a desempenhar a função para que tiver sido nomeado (art.153º, nº1, do CPP) e tem de ser um profissional idóneo, independente (está sujeito ao regime de impedimentos, recusas e escusas, nos termos do art.47º e 153º, nº1, do CPP) e diligente (art. 153º, nº3 e nº 4º do CPP)¹³¹. De acordo com Maria do Carmo Dias, estas exigências legais justificam-se pela importância da prova pericial na verificação de determinados factos e pelo seu contributo para a descoberta da verdade, o que também é reconhecido pelo valor que lhe é atribuído (art.163º do CPP)¹³².

A prova pericial médico-legal tem como objetivo o "esclarecimento da justiça no que se refere às questões bio-psico-sociais através da descrição e interpretação de eventuais lesões e as suas sequelas e da seleção, colheita, preservação e análise de vestígios"¹³³.

É uma atividade que o perito desenvolve, observando, recolhendo dados, analisando de acordo com os seus especiais conhecimentos (técnicos, científicos ou artísticos), fazendo deduções e induções, que o permitirão (ou não) indicar determinadas conclusões que posteriormente serão descritas no relatório pericial.

Como referi anteriormente, a prova pericial tem uma importância probatória elevada, pois é através dos especiais conhecimentos do perito que se apuram factos que, de outra forma, não seriam trazidos para o processo, podendo ser imprescindíveis na solução do caso submetido a julgamento. Contudo, não quer isto dizer que a prova pericial só por si seja suficiente para permitir a condenação ou mesmo a absolvição do agressor¹³⁴.

¹²⁹ O dever do perito é fornecer ao juiz ou ao júri a sua conclusão com os critérios científicos necessários para tê-la com precisão, de modo a permitir que o juiz ou júri forme o seu próprio julgamento. ROBERTS, Paul, *Expert Evidence*, in *Criminal Evidence*, Oxford-University Press, 2004, p. 290.

¹³⁰ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28-01-2004, Proc. nº 03437080, relator: António Gama, Base Jurídico-Documental do MJ, www.dgsi.pt (última consulta 6 de setembro de 2016). FERREIRA, Marques, *Meios de Prova*, in *Jornadas de Direito Processual Penal, O novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Centro de Estudos Judiciários e Almedina, 1988, pp. 253-254, acentua que "pelas características « sui generis » deste meio de prova preferíamos que o novo Código qualificasse a intervenção dos peritos na produção e valoração da prova como verdadeiros « auxiliares » ou « colaboradores » do tribunal, tanto mais que seria desejável a sua função em estreita colaboração e, eventual, dependência das autoridades judiciárias".

¹³¹ DIAS, Maria do Carmo, *Particularidades da Prova Pericial em Processo Penal, Algumas Questões ligadas à Prova Pericial*, in *Revista do CEJ*, III-IV, 1995, p. 186. Acerca do regime de substituição e o regime de impedimentos, recusas e escusas ver também: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p. 422-426.

¹³² DIAS, Maria do Carmo, *op. cit.*, p. 187.

¹³³ RIBEIRO, Catarina, *A criança na Justiça, Trajetórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*, Coimbra: Almedina, 1ª Edição, 2009, p. 57.

¹³⁴ DIAS, Maria do Carmo, *op. cit.*, p. 185.

Na verdade, os factos apurados resultantes da prova pericial terão de ser complementados por outros elementos de prova¹³⁵. Mas a prova pericial não deixa de ser essencial e necessária para a descoberta da verdade na investigação de determinados crimes. No caso dos crimes sexuais, a prova pericial terá maior eficácia na investigação criminal se for mais rapidamente solicitada e realizada, na medida que os indícios por recolher podem, em pouco tempo, desaparecer.

Esta intervenção pericial enquanto atividade probatória engloba dois momentos que se podem autonomizar, e que correspondem à realização de perícias e exames. A primeira consiste numa atividade de interpretação de factos a provar, consistindo na aplicação de métodos técnico - científicos na análise das evidências recolhidas através de exames (que se podem autonomizar, em maior ou menor grau, da perícia), traduzindo um juízo, uma elaboração, para além de ser um meio de prova. Enquanto que os exames constituem observações cientificamente efetuadas e são um meio de obtenção de prova que diz respeito à identificação, recolha e análise dos vestígios materiais relevantes para a efetivação da perícia¹³⁶.

Paulo Pinto de Albuquerque refere que o exame visa a deteção (“inspeccionam-se”) vestígios, a perícia visa a avaliação (a perceção ou a apreciação) desses vestígios¹³⁷. Por exemplo, a Comissão Revisora do Código Penal entendeu que a recolha de sangue seria um exame e a sua análise uma perícia, sendo este um juízo, uma elaboração mental.

"O exame não supõe a existência de "especiais" conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, a perícia supõe necessariamente a exigência desses conhecimentos"¹³⁸.

No regime jurídico das perícias médico legais e forenses (Lei nº 45/2004, de 19 de agosto) os exames e perícias de medicina legal são muitas vezes referidas simultaneamente (na mesma norma) nos art.s. 8º, nº1, 2 e 3, 21º, nº1, 22º, nº1, 24º, nº1 e também na epígrafe correspondente ao Cap. II¹³⁹. Na legislação e na jurisprudência também podemos encontrar as expressões "exame pericial" (art.s. 3º, nº2, 5º, nº6, 6º, nºs 3 e 4, 9º, 26º, nº3, 20º e 25º da Lei nº 45/2004, de 19 de agosto e os Acórdãos do STJ de 7 de fevereiro de 1996, Proc. nº48729 e 7 de maio de 1997, Proc. nº75197), "exame

¹³⁵ Por exemplo, o facto de se apurar que o esperma encontrado no corpo da vítima pertence a determinado homem só por si não chega para concluir que ele foi o autor do crime de violação denunciado; o facto de se descobrir que o cabelo encontrado no quarto da vítima assassinada pertence a determinada pessoa não chega para concluir que ela foi autora do homicídio. DIAS, Maria do Carmo, *op. cit.*, p. 188.

¹³⁶ COSTA, Diogo Pinto da, MAGALHÃESTeresa, VIEIRA, Duarte Nuno, “*Questões legais e éticas sobre exames de natureza sexual*”, In Magalhães, T. & Vieira D.N. (Coord), in *Abuso & Negligência*, Maia: SPECAN, 2013 p.57.

¹³⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p.420.

¹³⁸ *Idem*.

¹³⁹ COSTA, Diogo Pinto da, *A perícia médico-legal nos crimes sexuais*, Dissertação com vista a obtenção de grau mestre Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2000, p.118 e 119. COSTA, Diogo Pinto da, MAGALHÃESTeresa, VIEIRA, Duarte Nuno, *op. cit.*, p.57.

médico legal" (art. 6º,nº1 daquela lei e o Acórdão do STJ de 7 fevereiro de 1996, Proc. nº 48729), e "perícias médico-legais e forenses" (art.s. nº1, 2º, nºs 3 e 4 e 3º, nº2, todos da lei referida)¹⁴⁰.

Portanto, segundo Diogo Pinto da Costa, quando se fala de «exame pericial» ou de «exame médico-legal», falamos da recolha e análise dos vestígios materiais do crime, momento indispensável para o surgimento da «perícia»; esta é uma elaboração mental, um juízo científico que exige um «exame» (chamemos-lhe «pericial» ou «médico-legal») que lhe é anterior, do ponto de vista cronológico e metodológico¹⁴¹. Assim, quando se fala de perícia médico-legal (ou exame médico forense), está-se já a incluir o respetivo exame, sendo este considerado como uma fase ou parte integrante da perícia, sem o qual o sentido útil daquele não existe¹⁴².

Quanto ao valor probatório da prova pericial, esta é discriminada consoante o direito em que se insere. Na lei civil, o art.º 389º do CC determina que "a força probatória das respostas dos peritos é fixada livremente pelo tribunal", ou seja, o juiz pode afastar livremente o parecer do perito, quer pelo facto de discordar das conclusões periciais, quer pelo facto de outras provas invalidarem as mesmas¹⁴³, devendo sempre justificar o seu motivo.

Enquanto que a lei processual penal no seu art. 163º, nº1 do CPP dispõe que o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à apreciação do julgador, ou seja, o princípio da livre apreciação da prova é suprimido face ao valor atribuído à prova pericial.

Este art. consagra a opinião já defendida pelo professor Figueiredo Dias que, já no domínio do CPP de 1939, sustentava que " se os dados de facto que servem de base ao parecer estão sujeitos à livre apreciação do juiz- que, contrariando-os, pode furtar validade ao parecer-já o juízo científico ou parecer propriamente dito só é suscetível de uma crítica igualmente material e científica. Quer dizer: perante um certo juízo cientificamente provado, de acordo com as exigências legais, o tribunal guarda a sua inteira liberdade no que toca à apreciação da base de facto pressuposta; quanto, porém, ao juízo científico, a apreciação há-de ser científica também e estará, por conseguinte,

¹⁴⁰ *Idem.*

¹⁴¹ COSTA, Diogo Pinto da, *op. cit.*, p.119.

¹⁴² *Idem, ibidem.*, p.119.

¹⁴³ CARMO, Rui do, "A prova pericial: enquadramento legal", in M. Matos, R. A. Gonçalves & C. Machado (Coords.), *Manual de psicologia forense: contextos, práticas e desafios*, Braga: Psiquilíbrios, 2011, p.35.

subtraída em princípio à competência do tribunal-salvo casos inequívocos de erro, mas os quais o juiz terá então de motivar a sua divergência"¹⁴⁴.

Sendo assim, essa apreciação é ilidível, na medida em que pode ser afastada, quando a convicção do julgador é divergente do juízo contido no parecer dos peritos, desde que essa divergência seja fundamentada, sob pena de, não fazendo, violar a norma jurídico-penal do art. 163º do CPP.

Neste sentido, Germano Marques da Silva indica-nos que o art. 163º, nº1, não consagra uma verdadeira presunção, no sentido de ilação, o que a lei tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido; o que a lei verdadeiramente dispõe é que, salvo com fundamento numa crítica material da mesma natureza, isto é, de natureza científica, técnico ou artística, o relatório pericial se impõe ao julgador¹⁴⁵. Não é necessária uma contraprova, basta a valoração diversa dos argumentos invocados pelos peritos e que são fundamento do juízo pericial¹⁴⁶. O valor probatório especial da perícia não significa que esteja subtraído à livre apreciação do juiz, devendo-se distinguir a vinculação do juiz ao resultado da perícia e ao princípio da livre convicção. “Este princípio impõe-se como dever de exercitar a função de valoração probatória segundo os cânones da racionalidade e por isso quando esteja em causa uma prova pericial fundada sobre regras científicas, técnicas ou artísticas, a adesão ou a discordância relativamente ao resultado da perícia não pode assentar no mesmo método. Exige-se, porém, do juiz que avalie, em concreto, sobre a aceitação das teorias científicas, técnicas ou artísticas e bem assim sobre a sua correta aplicação no caso, o que as mais das vezes implicará que o juiz não se baste simplesmente com o laudo pericial, mas o confronto com a opinião de outros especialistas"¹⁴⁷. Pode, assim, suceder que os peritos não sejam todos concordantes, apresentando cada um o seu relatório (art.157º, nº5 CPP), tendo o juiz de se decidir por uma das opiniões ou rejeitando-as todas, devendo fundamentar a sua divergência.

Sendo assim, Maria do Carmo Dias realça que, "independentemente do pré-fixado valor legal de determinada prova, a motivação da decisão deve consistir na tal explicação «das razões justificativas e justificantes que subjazem ao concreto juízo decisório»¹⁴⁸, pelo que, qualquer divergência relevante não se basta com uma apreciação genérica e

¹⁴⁴ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*, in Clássicos Jurídicos, I volume, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp.209-210.

¹⁴⁵ SILVA, Germano Marques da, *op. cit.*, p.218.

¹⁴⁶ *Idem.*

¹⁴⁷ SILVA, Germano Marques da, *op. cit.*, p.219.

¹⁴⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional nº281/05, DR II, Série de 6 de julho de 2005.

pouco consistente, sob pena de se incorrer numa intolerável valoração subjetiva ou na falta de fundamentação"¹⁴⁹.

Para concluir, podemos dizer que o exame médico forense tem como objetivo "a obtenção de uma prova científica através de evidências físicas e biológicas, às quais é conferida particular relevância"¹⁵⁰. E trata-se de uma diligência processual que obedece a regras de natureza processual, de âmbito geral, nos termos do CPP, e de âmbito específico nos termos da lei que regulamenta a realização das perícias médico-legais.

2. Consentimento

O exame médico forense da vítima tem como objetivo recolher informação útil e relevante, para a formação da convicção das autoridades judiciais ou judiciárias sobre os factos alegadamente ocorridos. Este exame envolve a prática de atos que podem conflitar com os direitos fundamentais das vítimas, nomeadamente e entre outros, o direito à integridade física e ou/psíquica, à autodeterminação corporal, o direito à liberdade e intimidade¹⁵¹.

Num caso de suspeita de abuso sexual, a compressão desses direitos fundamentais, aquando da realização do EMF, só deve ser realizada mediante consentimento¹⁵² informado e escrito¹⁵³ da vítima ou de quem a representa (no caso de ser menor). Contudo, a realização do exame pode ser permitida aos serviços médico-legais por expressa previsão legal, ou ainda, por imposição da autoridade judicial competente.

Karen Brito recorda-nos que "segundo o princípio da autonomia, o consentimento pressupõe sempre a capacidade de entendimento, de discernimento e de decisão. Neste sentido é previsto, constitucionalmente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26º CRP)"¹⁵⁴.

Para Guilherme Oliveira, o dever de obter o consentimento informado "se funda no direito à integridade física e moral de cada indivíduo, constituindo uma das facetas mais

¹⁴⁹ DIAS, Maria do Carmo, *op. cit.*, p.220.

¹⁵⁰ RIBEIRO, Catarina, *op. cit.*, p.57.

¹⁵¹ COSTA, Diogo Pinto da, MAGALHÃES Teresa, VIEIRA, Duarte Nuno, *op. cit.*, p.49.

¹⁵² Segundo João Vaz Rodrigues, "podemos afirmar que consentimento significa o comportamento mediante o qual se concede a alguém algo, como seja, uma determinada atuação, no caso do consentimento para ato médico, uma atuação do agente do médico na esfera físico-psíquica do paciente com sentido a proporcionar saúde em benefício próprio (deste), em benefício alheio ou em benefício geral". RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Ato Médico No Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1ª Edição, 2001, p.24.

¹⁵³ É um documento usual utilizado no INML, IP no momento da perícia, é assinado pela vítima ou o representante legal tomando conhecimento das informações necessárias sobre o exame realizado.

Devido este documento conter um espaço próprio para registo das razões de eventual não prestação do consentimento, tais razões devem constar também do próprio relatório pericial.

¹⁵⁴ SILVA, Karen Brito, *Abuso sexual de menores: aspetos jurídicos a ponderar na perícia médico legal*, Tese de Mestrado, Universidade de Coimbra, 2010, p.26.

relevantes da sua proteção- tanto mais relevante quanto se vão generalizando, na sociedade atual, técnicas médicas invasivas e sofisticadas. Ora, os direitos fundamentais do indivíduo nascem com ele, e opõem-se a todos os outros cidadãos que se encontrem em contacto potencial com a esfera jurídica protegida"¹⁵⁵. Deste modo, a defesa do direito à integridade física e moral do cidadão impõe-lhe a obtenção prévia do consentimento informado¹⁵⁶.

Porém, em Portugal quer o CPP, no seu art. 172º, nº2, quer a Lei 45/2004, de 19 de agosto, no seu art. 6º, estabelecem a obrigatoriedade de sujeição a exame, sem o consentimento do sujeito. Dispõe o art. 172º, nº1 "Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar qualquer coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente"; e o art. 6º da Lei 45/2004, estabelece: "Ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal quando este for necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que seja ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei de processo". De acordo com Diogo Pinto da Costa, " a legitimação da perícia (e da sua obrigatoriedade) provém da ordem da autoridade judiciária, ou seja, na norma que permite ordenar a perícia, coberta por lei formal"¹⁵⁷.

Importa referir, segundo André Gonçalo Dias Pereira, que aqui também vale o princípio da proporcionalidade e da adequação, pelo que a colheita só deve ser realizada se as circunstâncias do caso justificarem essa medida, e por isso, só deve ser ordenada se forem consideradas importantes para a descoberta da verdade. Portando, devemos considerar os interesses públicos da verdade material em processo penal e da realização da justiça criminal¹⁵⁸.

Este autor refere que os bens jurídicos e valores juridicamente tutelados pelo processo penal justificam, em regra, a restrição da liberdade e da integridade física e moral das pessoas eventualmente envolvidas como agentes ou vítimas de um determinado crime. Deste modo, qualquer exame médico forense que se mostrar necessário ao inquérito, ou à instrução de qualquer processo, desde que ordenado pela autoridade judiciária competente, conforme a lei, é obrigatório¹⁵⁹.

¹⁵⁵ OLIVEIRA, Guilherme, *Estrutura Jurídica do Ato Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica, Temas de Direito da Medicina*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.63.

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Guilherme, *op. cit.*, p.65.

¹⁵⁷ COSTA, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p.118.

¹⁵⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Atividade Pericial Forense*, In *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, 2005, p.24.

¹⁵⁹ *Idem, ibidem.*, p.24.

Obter o consentimento implica explicar à vítima (ou representantes legais) todos os aspetos acerca do exame físico, dos procedimentos de recolha de vestígios e/ou amostras biológicas e de documentação das lesões (incluindo o registo vídeo ou fotográfico). Também é necessário indicar que a informação obtida irá (ou poderá) ser disponibilizada aos órgãos de polícia criminal ou as autoridades judiciárias competentes¹⁶⁰.

O consentimento poderá ter que ser prestado não só no momento inicial da realização do exame, mas também no decurso, quanto a específicos procedimentos que podem representar uma intrusão à intimidade da vítima.

O perito médico presta informação acerca do exame respeitando os valores da vítima, estabelecendo um diálogo apropriado que acompanhe as capacidades intelectuais da vítima ou dos seus representantes.

O exame não deve ser feito contra a vontade da vítima (ou representantes legais), os peritos médicos devem-se abster de qualquer comentário ou prática coerciva, no sentido de obter consentimento. Assim, as vítimas podem recusar submeter-se ao exame, no todo ou em parte. Contudo, devem ser informadas das consequências dessa recusa.

A recusa do consentimento para a realização do exame pode afetar negativamente a produção de prova dos factos alegados e ainda pode ser usada contra si em fase de julgamento, como argumento descredibilizador das suas declarações¹⁶¹.

Segundo o art. 38º, nº3 do CP, a capacidade de consentir dos menores é adquirida aos 16 anos¹⁶², idade de referência no direito português. A lei exige dois requisitos cumulativos " a idade de 16 anos e discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance do consentimento no momento em que o presta".

Se o menor não possuir discernimento suficiente as intervenções médico-legais devem ser precedidas pelo consentimento dos pais ou outros representantes legais¹⁶³, desde que não seja sobre estes que recaia a suspeita do alegado crime.

No caso de crime de abuso sexual de crianças (art. 171º CP), o consentimento não poderá ser prestado pelo menor, e se os pais ou outros representantes legais não prestarem consentimento ou estes forem suspeitos do crime alegado, o juiz pode ordenar o suprimento do consentimento (art.154º, nº2 do CPP), e, uma vez ordenado por esta autoridade judiciária, ninguém pode recusar a sujeição ao exame médico.

¹⁶⁰ COSTA, Diogo Pinto da, MAGALHÃES, Teresa, VIEIRA, Duarte Nuno, *op. cit.*, p.54.

¹⁶¹ *Idem, ibidem...*, p. 55.

¹⁶² Acerca deste assunto ver OLIVEIRA, Guilherme, *Estrutura Jurídica do Ato Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica, Temas de Direito da Medicina*, Coimbra: Coimbra Editora, 1ª Edição, 1999, p.198.

¹⁶³ São "representantes legais" em sentido próprio ou estrito, os pais do menor, ou o progenitor que exerça as responsabilidades parentais, ou o tutor, nomeado pelos pais ou pelo tribunal. SILVA, Karen, *op. cit.*, p.27.

No entanto, se a vítima tiver idade entre os 12 e os 16 anos, deve obter-se o consentimento da mesma, prestado de forma verbal, aspeto que se deve fazer menção no documento em que os pais ou outros representantes legais (não suspeitos da prática dos factos) prestem consentimento¹⁶⁴.

Na situação relativa à prática de atos sexuais com vítima com idade compreendida entre os 14 e 16 anos (art. 173º do CPP), crime de natureza semipúblico se houver suspeita de que os pais ou outros representantes legais são os agressores, deve-se informar imediatamente o órgão de polícia criminal (OPC) ou o Ministério Público dessa situação, tendo em vista a realização desse exame.

3. Intervenção médico-legal

As principais referências processuais relativas às competências dos serviços médico-legais encontram-se contempladas no art. 159º do CPP, "Perícias médico-legais e forenses", no DL nº 166/2012, de 31 de julho, "Lei orgânica do Instituto Nacional De Medicina Legal e Ciências Forenses" e na Lei nº 45/2004 de 19 de agosto, o "Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais e Forenses".

As perícias médico-legais são realizadas por peritos médico-legais (art. 21º da Lei nº 45/2004, de 19 de agosto) nos gabinetes destinados para o efeito no Instituto de Medicina Legal e Ciências Forenses (INMLCF), tal como refere o nº1 do art. 2º da Lei nº45/2004, de 19 de agosto¹⁶⁵. O nosso sistema excecionalmente admite (art. 159º CPP) que as perícias possam ser realizadas por entidades terceiras, públicas ou privadas, contratadas ou indicadas para o efeito pelo Instituto, devido a razões de manifesta impossibilidade do mesmo.

A atividade principal dos serviços médico-legais é "cooperar com os tribunais e demais serviços e entidades que intervêm no sistema de administração da justiça, realizando os exames e as perícias médico-legais e forenses que lhe forem solicitados, nos termos da lei, bem como prestar-lhes apoio técnico e laboratorial especializado, no âmbito das suas atribuições" (art. 3º, al. b), do DL nº 166/2012, de 31 de julho). Desta forma, os serviços médico-legais acabam por ser um subsistema do sistema formalmente legitimado para responder ao crime e a sua atividade expressa-se, principalmente, na

¹⁶⁴ COSTA, Diogo Pinto da, MAGALHÃES, Teresa, VIEIRA, Duarte Nuno, *op. cit.*, p.56.

¹⁶⁵ O artigo 2º da Lei nº45/2004 de 19 de agosto de 2004 que estabelece o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses refere que "as perícias médico-legais são realizadas, obrigatoriamente nas delegações e nos gabinetes médico-legais do Instituto Nacional de Medicina Legal, adiante designado por Instituto, nos termos dos respetivos estatutos (...)".

"peritagem" ¹⁶⁶, ou seja, na realização de perícias médico-legais, na realização de autópsias ou de exames diretos nas vítimas de crimes contra a integridade física ou de crimes sexuais, incluindo diversos tipos de exames de diversas especialidades médicas, como por exemplo, psiquiatria forense, sexologia e traumatologia, e ainda os exames complementares, de biologia forense e de toxicologia forense (art. 9º, da Lei nº45/2004, de 19 de agosto)¹⁶⁷. Ao INMLCF cabe ainda "desenvolver atividades de investigação e divulgação científicas, de formação e de ensino, no âmbito da medicina legal e de outras ciências forenses e desenvolver formas de colaboração científica e pedagógica com outras instituições" (art. 3º, al. c), da mesma lei), e ainda "prestar serviços a entidades públicas e privadas, bem como aos particulares, em domínios que envolvam a aplicação de conhecimentos médico-legais e de outras ciências forenses" (art.3º, al. i), da Lei nº 45/2004, de 19 de agosto).

O art. 3º da Lei nº45/2004, de 19 de agosto, indica que as perícias médico-legais quando solicitadas por autoridade judiciária ou judicial são ordenadas por despacho da mesma, conforme as disposições contidas nos art.s. 154º e 155º do CPP. Contudo, esta perícia pode ser requerida, de acordo com a lei, por qualquer pessoa (incluindo a própria vítima), sem necessidade de ordem judiciária face, nomeadamente, à premência da preservação de vestígios que de outra forma se poderão contaminar ou perder com o decorrer do tempo (art. 4º da referida lei)¹⁶⁸.

Sempre que tal se mostre necessário para a boa execução das perícias médico-legais, os institutos e gabinetes podem receber denúncias de crimes de abuso sexuais de crianças e praticar se for necessário e urgente para assegurar os meios de prova, transmitir no mais curto prazo ao MP (art. 4º da Lei nº45/2004)¹⁶⁹.

¹⁶⁶ DIAS, Jorge Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia - O homem delinquente e a sociedade Criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p.372.

¹⁶⁷ COST A, Diogo Pinto da, *op. cit.*, p.132.

¹⁶⁸ Artigo 4º da Lei nº45/2004, de 19 de agosto, " Sempre que tal se mostre necessário para a boa execução das perícias médico-legais, as delegações e os gabinetes médico-legais do Instituto podem praticar os cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova, procedendo, nomeadamente, ao exame, colheita e preservação dos vestígios, sem prejuízo das competências legais da autoridade policial à qual competir a investigação". COST A, Diogo Pinto da, MAGALHÃES Teresa, VIEIRA, Duarte Nuno. *op. cit.*, p. 13. Ver também, REY C, CHARIOT P, ALVIN P, WERSON P. *L' examen medical d' enfant et de l' adolescent victim*, Arch Pédiatr, nº5, 1998, p.1378. A solicitação do exame pode ser feita: pelo menor ou pelo seu responsável; por assistentes sociais ou profissionais de outras áreas que considerem a necessidade de um processo de investigação; por polícias ou tribunais, para pesquisa e eventual colheita de evidências; por outro médico (para uma segunda opinião). MAGALHÃES Teresa, " *A intervenção médico-legal em casos de maus tratos em crianças e jovens*", in Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A função dos juízes sociais, Atas do Encontro, Coimbra: Almedina, outubro, 2003, p.178.

¹⁶⁹ De acordo com Diogo Pinto da Costa, " desde Outubro de 1995 e até à entrada em vigor da atual lei orgânica dos serviços médico-legais (Decreto-Lei nº 11/98, de 24-1) (...), os institutos de medicina legal viram-se confrontados com a impossibilidade de realizar perícias médico-legais em casos de crimes sexuais, a não ser mediante solicitação da autoridade judiciária competente, em obediência a um parecer do Conselho Consultivo da PGR que, homologado pelo Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Justiça, se converteu em doutrina obrigatória para todos os serviços no âmbito do Ministério da Justiça." Ou seja, " este enquadramento legal conferido à intervenção pericial médico-legal e aplicado aos casos de crimes sexuais conduziu a que a realização do exame de sexologia forense ficasse condicionada à existência de um processo (para o que era necessário a formalização de uma queixa-crime e respetivo recebimento pelo Mº Pº) e de despacho do Mº Pº que determinasse a realização da perícia." COST A, Diogo Pinto da, *op. cit.*, p.136.

Caso sejam os OPC a receber uma denúncia e seja uma agressão sexual recente, deve a vítima ser encaminhada com a maior brevidade possível para o hospital. Se os factos tiverem ocorrido há menos de 72 horas, o hospital aciona o perito do Instituto de Medicina Legal para que este se desloque ao hospital e aí efetue o respetivo exame à vítima ou encaminha a vítima para o Instituto, conforme a hora¹⁷⁰. Se estivermos perante uma situação de abuso sexual ocorrida há mais de 72 horas, não há lugar a exame urgente por parte do perito do Instituto de Medicina Legal, sendo efetuado, pela PJ, um pedido de marcação de exame ao Instituto¹⁷¹.

De acordo com a literatura internacional, é recomendado que o exame médico forense seja realizado dentro das 72 horas depois do abuso, de preferência até às 48 horas seguintes, pois é dentro desse tempo que se efetua a cicatrização das lesões nos órgãos genitais e no ânus. Se estas não forem observadas e registadas a tempo, dado a rápida alteração de aspeto (curando ou consolidando), são suscetíveis de perder o seu valor enquanto prova pericial¹⁷². Por isso, deve-se realizar de imediato a exploração e a recolha das amostras biológicas que assumem relevância na investigação criminal.

O art. 13º da Lei nº45/2004, de 19 de agosto, considera as "perícias médico-legais urgentes aquelas em que se imponha assegurar com brevidade a observação de vítimas de violência, tendo designadamente em vista a colheita de vestígios ou amostras suscetíveis de se perderem ou alterarem rapidamente, bem como o exame do local em situações de vítimas mortais de crime doloso ou em que exista suspeita de tal."

O exame médico forense é também urgente, não só pela positividade que pode proporcionar, mas também pela negatividade dos seus resultados, dado que não é apenas a investigação criminal que está em causa, ou seja, é urgente nos casos agudos, mas igualmente nos casos crónicos¹⁷³.

Na literatura anglo-saxónica é geralmente utilizado o termo de " *acute sexual assault*" (agressão sexual aguda), que é usado para descrever casos em que o contato sexual aconteceu nas 72 horas prévias ao exame médico-legal, podendo incluir práticas

¹⁷⁰ MIRALTO Olga, DUQUE Maria da Luz, BARRO, Miguel Pinto, LEITE Teresa e col, *Linhas orientadoras para atuação em casos de indícios de abuso sexual de crianças e jovens*, Casa Pia de Lisboa, I.P., maio, 2010, p.52, disponível em www.casapia.pt/wa_files/livroloaciascj.pdf (última consulta 6 de setembro de 2016).

¹⁷¹ *Idem*.

¹⁷² WALSH, Wendy, CROSS, Theodore P, JONES Lisa M, SIMONE Monique, KOLKO David J. *Which sexual abuse victims receive a forensic medical examination? The impact of Children's Advocacy Centers*, in *Child Abuse and Neglect*, nº31, 2007, p.1055.

¹⁷³ MAGALHÃES, Teresa, PEIXOTO, Carlos Eduardo, VIEIRA, Duarte Nuno, Contributo para uma reflexão sobre um sistema integrado de intervenção em crianças vítimas de agressão, in Magalhães, T. & Vieira D.N. (Coord), *Abuso & Negligência*, Maia: SPECAN, 2013, p. 21.

que vão desde toques inapropriados até à penetração de uma cavidade corporal, independentemente do grau de consciência da vítima¹⁷⁴. Estes casos constituem, mais, frequentemente, atos isolados, sendo geralmente o perpetrador extrafamiliar¹⁷⁵.

Por outro lado, o termo " agressão sexual crónica" é mais usado para identificar situações em que a sua revelação ou denúncia acontece atrasada no tempo, tendo assim por este motivo, o exame médico-legal apenas lugar mais de 72 horas após o último contato¹⁷⁶. Nestes casos, geralmente, o abuso sexual acontece no contexto da família, prolongando-se no tempo e o contacto sexual tende a ser menos intrusivo do ponto de vista físico do que nos casos de "agressão sexual aguda".

A urgência do exame médico forense deverá ter em consideração não apenas o ponto de vista da investigação, mas também o ponto de vista do diagnóstico médico-legal, muitas vezes fundamental para a concretização de medidas que visam garantir e promover a segurança, proteção e tratamento da vítima¹⁷⁷. Eventualmente, poderá existir indicação para diferir o exame se o estado emocional do menor não o permitir ou se não estiver disponível naquele momento um perito médico-legal. Deste modo, deve ser feita uma avaliação adequada e ponderada do momento da realização do exame, pois poderá ser percebido como nova agressão à integridade.

Apesar disso, existem circunstâncias em que estas contraindicações ao exame imediato após a revelação do abuso não se aplicam, pois não parece razoável adiar um exame médico-legal, para um ou dois dias depois do alegado crime, tendo como justificação de ter ocorrido há mais de 72 horas, quando o que também está em causa é a definição e concretização daquele tipo de medidas.

A decisão do momento ideal para a realização do exame deve ponderar: a urgência na recolha de provas forenses por um perito qualificado, a disponibilidade desse perito, a necessidade de cuidados médicos e de proteção da vítima, bem como o impacto psicológico e emocional do exame no menor.

O perito deve ter sempre presente o facto de que um caso de abuso constitui um trauma para a vítima, e a intenção é de minimizar as consequências físicas ou psicossociais, protegendo sempre os superiores interesses da criança.

¹⁷⁴ TAVEIRA, Francisco, FRAZÃO, Sofia, DIAS, Ricardo, MATOS, Eduarda, MAGALHÃES, Teresa, Intra and extra-familial sexual abuse, in Acta Médica Portuguesa, nº22,2009, p.763. MAGALHÃES, Teresa, TAVEIRA, Francisco, JARDIM, Patrícia, SANTOS, Liliana, MATOS, Eduarda, SANTOS, Agostinho, Sexual abuse of children. A comparative study of intra and extra-familial cases, in Journal of Forensic and Legal Medicine, nº 16,2009, p.456. JARDIM, Patrícia, MATOS, Eduarda, MAGALHÃES, Teresa, O impacto da perícia médico-legal na decisão judicial nos casos de abuso sexual de crianças. Estudo preliminar, in Revista Portuguesa do Dano Corporal, nº22, 2011, p. 24.

¹⁷⁵ *Idem.*

¹⁷⁶ *Idem.*

¹⁷⁷ MAGALHÃES, Teresa, PEIXOTO, Carlos Eduardo, VIEIRA, Duarte Nuno, *op. cit.*, p. 21.

A Lei nº45/2004, de 19 de agosto, estipula a desejável existência de um perito em serviço de escala, em cada delegação e gabinete médico-legal, para a realização de perícias médico-legais consideradas urgentes (art. 13º, nº2), e prevê que "os exames das vítimas de agressão sexual podem ser realizados, sempre que necessário, por dois médicos peritos ou por um médico auxiliado por um profissional de enfermagem" (art. 21º, nº1).

A participação dos médicos é essencial numa fase inicial do processo, sobretudo durante a investigação, pois a intervenção dos peritos na realização dos exames médico-legais tem como objetivo a descrição e interpretação de eventuais vestígios de prática de abuso, ou seja, ele documenta qualquer lesão traumática ou vestígios que se possa relacionar com a agressão, colhe amostras de qualquer evidência com interesse (nomeadamente para a identificação do(s) suspeito(s) agressor(es)) e avalia da existência de eventuais estados anteriores e interpreta os resultados obtidos¹⁷⁸. Para além disso, o perito é o responsável pela elaboração do relatório pericial, devendo dar uma resposta imparcial e objetiva, e por esta razão não devem ser os mesmos que prestam os cuidados terapêuticos. De acordo com esta lei, os peritos devem seguir as recomendações técnico-científicas definidas, sem prejuízo da sua total autonomia na interpretação e valoração pericial das situações que avaliam. Deste modo, o seu papel é crucial no diagnóstico e na identificação das situações de maus tratos e das necessidades do menor¹⁷⁹.

O diagnóstico e a intervenção num caso de abuso sexual exigem uma atuação multidisciplinar, sendo importante que os profissionais envolvidos na investigação atuem de forma articulada, evitando as intervenções repetidas para prevenir a vitimização secundária da vítima¹⁸⁰.

Neste âmbito, é importante que o perito alerte e informe os diversos profissionais que intervirão, para que não se repitam perguntas, e que promova o contacto com os serviços de proteção (CPCJ) e também se necessário, os OPC.

Na perspetiva da intervenção médico-legal e forense, apesar de haver *guidelines* e protocolos publicados a nível internacional, são poucos os países que têm recomendações especificamente adotadas a nível nacional¹⁸¹.

¹⁷⁸ MAGALHÃES, Teresa, *A intervenção médico-legal em casos de maus tratos em crianças e jovens*, In *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A função dos juízes sociais, Atas do Encontro*, Coimbra: Almedina, outubro, 2003, p.178.

¹⁷⁹ MAGALHÃES, Teresa, *op. cit.*, p.177. MAGALHÃES, Teresa, PEIXOTO, Carlos Eduardo, VIEIRA, Duarte Nuno, *op. cit.*, 15.

¹⁸⁰ MIRALTO, Olga, DUQUE, Maria da Luz, BARRO, Miguel Pinto, LEITE Teresa e col, *op. cit.*, p.64-66. MAGALHÃES, Teresa, PEIXOTO, Carlos Eduardo, VIEIRA, Duarte Nuno, *op. cit.*, 15-47.

¹⁸¹ MAGALHÃES, Teresa, VEIRA, Duarte Nuno, *Introdução, Agressões Sexuais, Intervenção Pericial Integrada*, In Magalhães, T. & Vieira D.N. (Coord), *Abuso & Negligência*, Maia: SPECAN, 2013 p.15.

Portugal já dispõe de uma legislação, instituições e profissionais capazes de garantir uma intervenção adequada nos casos de crianças vítimas de abuso sexual, embora ainda não exista um sistema verdadeiramente integrado de intervenção¹⁸². Têm sido levadas a cabo diversas iniciativas, designadamente através de celebração de protocolos entre diversas instituições com competências específicas nesta matéria, nomeadamente o Protocolo de colaboração entre os Ministérios da Justiça e da Saúde, do XIX Governo Constitucional e a Comissão Nacional de Proteção das Crianças e Jovens em risco, que visa garantir uma resposta mais célere e com melhor qualidade no que se refere ao diagnóstico e encaminhamento das vítimas. Constitui, sem dúvida um passo valioso para se chegar a um sistema integrado de intervenção, apesar de ainda ser necessário protocolos mais específicos entre as entidades intervenientes nestes casos.

Este Protocolo envolve o SNS, as CPCJ, a PJ, e mais particularmente, o INMLCF, organismo ao qual, no termo da lei vigente, designadamente o CPP e da Lei nº 45/2004, de 19 de agosto, é responsável pela realização dos exames médicos- legais.

Tal como vem disposto, o protocolo " tem como objetivo clarificar os termos da articulação funcional entre estas entidades na assistência médica a crianças e jovens menores de 18 anos que possam ter sido vítimas de abuso sexual, assim como fixar os termos da observação, colheita e acondicionamento de vestígios ou amostras suscetíveis de se perderem rapidamente, sempre que tal não puder ser assegurado pelos serviços médico-legais"¹⁸³.

A cláusula segunda (articulação entre o SNS e INMLCF) deste Protocolo indica-nos os casos em que se o médico ou outros profissionais de saúde detete estar perante uma situação de abuso sexual, impõe-se a realização urgente do exame médico-legal: dentro do horário normal de funcionamento dos serviços médico-legais, pelos serviços médico-legais (Delegação ou Gabinete Médico-Legal da respetiva área); fora do horário normal de funcionamento dos serviços médico-legais, pelo perito escalado nos termos do nº2 do art.13º da Lei nº45/2004 de 19 de Agosto que se deslocará às unidades de saúde da área da Delegação¹⁸⁴.

¹⁸² *Idem.*

¹⁸³ Protocolo entre os Ministérios da Saúde, Justiça e as CPCJ realizado em 2011.

¹⁸⁴ Quanto a realização das perícias médico-legais urgentes, o artigo 13º, nº5, da Lei nº45/2004, de 19 de Agosto, indica que " quando estas necessitem de serem realizadas fora das horas normais de funcionamento dos serviços médico legais, os peritos poderão realizá-las em serviços de urgência de hospitais públicos ou outros estabelecimentos oficiais de saúde, dependendo neste último caso, da prévia celebração de Protocolos" As escalas mensalmente elaboradas pelas delegações do INMLCF são enviadas não apenas para os hospitais da área de atuação respetiva, mas também para todos os Centros de Saúde e serviços judiciais, e para todas as CPCJ. Existe um serviço de perícias urgentes a funcionar nos serviços médico-legais e forenses, 24/24 horas, nas áreas das delegações do INML, no entanto, o funcionamento deste serviço apenas é possível nas áreas servidas pelas referidas delegações (no Porto, em Coimbra e em Lisboa).

No primeiro caso, o médico ou o profissional de saúde deve contactar, via telefónica, o diretor do Serviço de Clínica Forense ou o Coordenador, respetivamente, da Delegação Médico-Legal da zona. No segundo caso, deve contactar o perito constante da escala das perícias urgentes, através dos números de telemóvel disponíveis para a área.

É no âmbito do contato telefónico que os profissionais envolvidos analisarão o caso e decidirão em conjunto: " quanto à urgência da situação, tendo em conta, designadamente, o tipo de prática suspeita, o tempo decorrido desde o abuso (mais ou menos de 72 horas), o tipo de intervenção médico-legal e forense prioritário face ao caso concreto, e o melhor interesse da criança ou do jovem; quanto ao interesse de proceder ao exame para descrição e fotodocumentação atempada das lesões, bem como para observação física, colheita e acondicionamento de vestígios ou amostras suscetíveis de se perderem ou alterarem rapidamente e das demais amostras necessárias para a orientação do caso, se houver legitimidade para essa intervenção; quanto ao tipo de ação subsequente a ter lugar; ponderando designadamente a denúncia do caso ao MP, atenta a idade da vítima"¹⁸⁵.

A terceira cláusula refere a impossibilidade de realização de perícia médico-legal urgente por perito do INMLCF, nomeadamente por a criança ou jovem menor de 18 anos se encontrar em local onde não existe escala de perícias urgentes, uma zona servida por Gabinete Médico-Legal), deve-se, assim, ponderar a sua transferência para uma unidade do SNS da área da respetiva Delegação do INMLCF, onde será observada pelo perito que nesse dia integra a escala de perícias urgentes. Caso não seja possível a transferência da criança ou jovem menor de 18 anos, a observação, como a colheita de vestígios ou amostras suscetíveis de se perderem e das demais amostras necessárias para a orientação do caso, é assegurada por médico do SNS, indicado telefonicamente pelo perito do INMLCF, nos termos do nº2 do art. 2º da Lei nº 45/2004, de 19 de agosto. Os procedimentos de observação e colheita de vestígios ou outras amostras, que o médico ou profissional de saúde recolha, devem obedecer às normas, modelos e metodologias periciais em vigor no INMLCF, constantes do anexo 1 ao presente Protocolo, e ao regime jurídico contido na Lei nº45/2004, de 19 de agosto. No dia útil imediato, a vítima deverá ser referenciada ao serviço médico-legal da área da sua residência, para conclusão da perícia médico-legal, também os vestígios ou amostras colhidas na sequência da

¹⁸⁵ Protocolo entre os Ministérios da Saúde, Justiça e as CPCJ realizado em 2011.

observação da vítima, devem ser remetidos pelo SNS ao serviço médico-legal respetivo, garantindo-se a preservação da cadeia de custódia.

Resumindo, o Protocolo prevê a transferência da criança para um hospital onde o perito médico do INMLCF escalado no âmbito do serviço de perícias urgentes se possa deslocar, para realizar a perícia. O objetivo é que o exame médico-legal seja, sempre que possível, assegurado por um perito médico do INMLCF, garantindo-se não apenas a realização de um único exame, mas também a qualidade para este tipo de intervenção. Se tal transferência não for possível, e para salvaguardar o melhor interesse da criança, os procedimentos de seleção, colheita, acondicionamento, preservação de vestígios, deverão ser assegurados por médico do SNS, de acordo com as normas definidas pelo INMLCF¹⁸⁶. Nesta situação, terá de haver posterior repetição do exame por perito do INMLCF, já não para colheita de vestígios ou outras amostras biológicas, mas para observação de eventuais lesões ou sequelas, as quais necessitam de ser descritas e fotodocumentadas no relatório pericial¹⁸⁷.

Não podendo, em algumas áreas, contar com a intervenção médica-legal urgente nas áreas servidas pelos gabinetes médico-legais, fora do horário normal de funcionamento destes, se bem que, quando viável, alguns peritos se disponibilizam assegurar estes atos¹⁸⁸, é aqui que o Protocolo tenta intervir, para que todos os cidadãos possam beneficiar da necessária intervenção médico-legal, pois é nestas zonas que se confrontam com mais dificuldades. O SNS e as CPCJ acabam por ser as entidades que se situam na primeira linha de intervenção, justificando-se, assim, uma boa articulação entre estas entidades e as restantes, nomeadamente, o INMLCF (no caso de se admitir a possibilidade de existirem lesões ou vestígios passíveis de se perderem ou comprometerem com o tempo ou com gestos correntes, como lavagens ou simples atos fisiológicos), e o MP, visto que grande parte das situações de alegado abuso são reportados ou detetadas nestas entidades, ficando obrigadas a comunicá-las ao MP.

Assim, o Protocolo também refere a articulação com as autoridades judiciais e as CPCJ, na quinta cláusula indica no nº 1 que " nas situações que configurem a existência de perigo atual ou iminente para a vida ou integridade física da criança ou jovem, e haja

¹⁸⁶ MAGALHÃES, Teresa, RIBEIRO, Catarina, JARDIM, Patrícia, VIEIRA, Duarte Nuno, *Procedimentos forenses, no âmbito da recolha de informação, exame físico e colheita de vestígios em crianças, e jovens vítimas de abuso físico e/ou sexual*, in *Ata Médica Portuguesa*, nº24,2011, pp.339-348.

¹⁸⁷ *Idem*.

¹⁸⁸ Esta situação verifica-se por serem estas áreas geográficas onde ocorre mais casos de abuso sexual, apesar da maior parte da área geográfica de Portugal não estar coberta por este serviço de perícias urgentes, pois existe um menor número de casos de abuso s nesta região, e a densidade populacional é maior nas regiões onde funcionam as delegações, não se justificando a existência de tais estruturas nessas regiões.

oposição à intervenção, por parte dos detentores das responsabilidades parentais ou de quem tenha a sua guarda de facto, os serviços de saúde devem acionar o procedimento de urgência previsto nos termos dos art.s. 91º e 92º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo"¹⁸⁹ e no nº2 "Não se verificando os pressupostos que legitimam o recurso ao procedimento anterior, os serviços de saúde, através dos NACJR ou NHACJR, intervêm com o objetivo de remover o perigo em que a criança ou jovem se encontra nos termos do art. 7º da Lei nº147/99, de 1 de setembro, e só caso esta ação não seja suficiente e eficaz para assegurar a sua proteção, é que a situação em apreço deverá ser apreciada pela CPCJ da área da residência da criança ou do jovem nos termos do art. 8º e seguintes do mesmo diploma"¹⁹⁰.

Verifica-se que este Protocolo se centra sobretudo nas questões atinentes à recolha da prova pericial, sendo um importante passo a nível nacional. Contudo, é imperativo que haja protocolos mais específicos que envolvam todas as entidades que participam nestes casos, para que Portugal possa ter um verdadeiro modelo integrado de intervenção, como já acontece noutros países, que é o caso dos EUA com o modelo Children Advocacy Center (CAC), e da Islândia, Suécia, Dinamarca e Finlândia com o modelo das Children`s Houses (CH), no qual veremos mais adiante.

3.1. Fases do exame médico forense

O exame médico forense é essencialmente constituído por duas fases: a colheita de informação, conhecida como a história médica forense, e o exame físico, acompanhado da colheita de vestígios biológicos, e de exames laboratoriais para estudo do DNA, sendo que podem também ser solicitados exames complementares, uma vez que do abuso sexual pode ter resultado uma gravidez ou uma doença sexualmente transmissível.

¹⁸⁹O artigo 91º refere-se aos procedimentos urgentes na ausência do consentimento: nº1 " Quando exista perigo atual ou iminente para a vida ou integridade física da criança ou do jovem e haja oposição dos detentores do poder paternal ou de quem tenha a guarda de facto, qualquer das entidades referidas no artigo 7º ou as comissões de proteção tomam as medidas adequadas para a sua proteção imediata e solicitam a intervenção do tribunal ou das entidades policiais; nº2 " As entidades policiais dão conhecimento, de imediato, das situações referidas no número anterior ao Ministério Público ou, quando tal não seja possível, logo que cesse a causa da impossibilidade; nº3 " Enquanto não for possível a intervenção do tribunal, as autoridades policiais retiram a criança ou o jovem do perigo em que se encontra e asseguram a sua proteção de emergência em casa de acolhimento temporário, nas instalações das entidades referidas no artigo 7.º ou em outro local adequado."; nº4 " O Ministério Público, recebida a comunicação efetuada por qualquer das entidades referidas nos números anteriores, requer imediatamente ao tribunal competente procedimento judicial urgente nos termos do artigo seguinte." O artigo 92º refere-se aos procedimentos judiciais urgentes, o nº1 indica que " o tribunal, a requerimento do Ministério Público, quando lhe sejam comunicadas as situações referidas no artigo anterior, profere decisão provisória, no prazo de quarenta e oito horas, confirmando as providências tomadas para a imediata proteção da criança ou do jovem, aplicando qualquer uma das medidas previstas no artigo 35º ou determinando o que tiver por conveniente relativamente ao destino da criança ou do jovem."; o nº2 " Para efeitos do disposto no artigo anterior, o tribunal procede às averiguações sumárias e indispensáveis e ordena as diligências necessárias para assegurar a execução das suas decisões, podendo recorrer às entidades policiais e permitir às pessoas a quem incumba do cumprimento das suas decisões a entrada, durante o dia, em qualquer casa." e o nº3 "proferida a decisão provisória referida no nº 1, o processo segue os seus termos como processo judicial de promoção e proteção."

¹⁹⁰ Protocolo entre os Ministérios da Saúde e da Justiça e as CPCJ.

3.1.1. História médica forense

Durante muito tempo apenas se consideravam como relevantes as provas físicas ou biológicas de agressão sexual¹⁹¹. Esse facto estaria relacionado com o tipo de abordagem penal que então era atribuída a certas condutas, e que valorizava sobretudo as situações em que do contacto entre o agressor e a vítima resultasse esse tipo de evidências¹⁹². No entanto, existem aspetos particulares que impossibilitam o diagnóstico de abuso sexual apenas com base no exame físico. Finkel refere que, na maior parte das vezes, isso é resultado de duas dinâmicas: o individuo que se envolve com a criança não tem a intenção de magoá-la fisicamente; e a maioria das crianças com medo não divulga de imediato o contato sexual¹⁹³. Porém, a falta de evidência, por si só, não deve levar à conclusão de que o contacto sexual não ocorreu, pois, muitos dos atos abusivos não deixam marcas (beijos, carícias, toque nos genitais, etc.) e mesmo quando haja uma lesão nos órgãos genitais, a cura é geralmente rápida e completa, podendo os sinais físicos desaparecer. Por estes motivos, a história médica forense reveste um papel fundamental, na constatação e valorização de eventuais evidências do abuso como, também, por constituir o início de uma intervenção terapêutica, de orientação e de proteção da vítima¹⁹⁴.

De acordo com as Recomendações Gerais do INMLCF¹⁹⁵ a história médica forense consiste na recolha de informação necessária à posterior confrontação com os achados clínicos e laboratoriais, de forma a tornar possível a determinação do nexos de causalidade entre o evento descrito e esses achados, e para melhor fundamentação do diagnóstico diferencial relativamente à respetiva etiologia. Esses dados, a recolher na HMF, incluem a "História do Evento" e os "Antecedentes".

A "História do Evento" consta dos dados fornecidos pela vítima e/ou pessoa (s) que acompanhe (m), bem como por eventuais registos documentais prévios, sejam clínicos,

¹⁹¹ "Durante muito tempo apenas se consideraram como relevantes as provas físicas ou biológicas de agressão sexual. Procurava-se então demonstrar o desfloramento ou a presença de esperma, pois apenas dessa forma estaria confirmada a agressão. Este facto estava provavelmente de acordo com o tipo de valorização penal que nessa época era atribuída a certas condutas, apenas se valorizando,

efetivamente, aquelas em que tivesse existido inequívoca conjugação carnal." MAGALHÃES, Teresa, RIBEIRO, Catarina, *A colheita de informações a vítimas de crimes sexuais*, in *Ata Médica Portuguesa*, nº 20, 2007, p.440.

¹⁹² MAGALHÃES, Teresa, *Crimes Sexuais, Clínica Médico-Legal*, Faculdade de Medicina da universidade do Porto, 2003/2004, p.58. RIBEIRO, Catarina, *op. cit.*, p.112.

¹⁹³ MYERS, John E.B. *Expert testimony in Child Sexual Abuse Litigation: Consensus and Confusion*, in *Journal of Juvenil Law and Policy*, vol. 14, 2010, p.6.

¹⁹⁴ MAGALHÃES, Teresa, RIBEIRO, Catarina, *A colheita de informações a vítimas de crimes sexuais*, in *Ata Médica Portuguesa*, nº 20, 2007, p.440.

¹⁹⁵ Recomendações para a recolha da história médico forense em casos de alegada agressão sexual, Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses, 2013.

escolares ou outros. Corresponde à descrição do evento traumático e de todos os eventos subsequentes com ele relacionado.

Os "Antecedentes" pessoais dizem respeito ao quadro patológico e/ou traumático prévio ao evento, que possam ser relevantes ou influenciar o resultado final do estado clínico da vítima, com base na informação obtida da vítima e/ou seu acompanhante bem como em registos clínicos anteriores, nomeadamente, as intervenções cirúrgicas, lesões recentes, medicação atual e alergias, também devem ser descritos aspetos relativos aos antecedentes patológicos familiares, caso existam. Inclui-se, ainda nesta abordagem, a caracterização do "Contexto Familiar", dado que, particularmente nos casos de violência intrafamiliar e nas situações de abuso sexual é fundamental a compreensão dos antecedentes de vitimização, bem como fatores de risco e protetivos.

Finkel reconhece que a pedra angular da avaliação de qualquer problema médico é a história médica, pois é ela que vai determinar como o médico realiza o exame e os restantes testes complementares¹⁹⁶. Uma história médica precisa e completa é essencial no diagnóstico médico e na determinação do tratamento adequado. O facto de uma criança não ter nenhuma evidência física não exclui o abuso sexual, podendo ser comparado com outras doenças, que não são detetadas por exame físico, como é o caso de angioma no peito. Um paciente com angioma é suscetível de ter um exame físico normal e só através da história médica é que o médico estabelece o diagnóstico e determina a realização de mais testes. O mesmo acontece com muitas vítimas de abuso sexual que apresentam um exame físico normal sem vestígios que indiquem o abuso sexual, e só através da história médica é que o profissional consegue chegar a um diagnóstico. O processo de obtenção da história também oferece uma oportunidade de avaliar os medos e as preocupações da criança, que estão relacionadas com o abuso, sendo importante depois encaminhá-las para um psicólogo.

Devido a diferentes finalidades e abordagens, a história médica pode ser diferente, mas complementar à entrevista forense. Apesar que num país onde não exista um sistema integrado de intervenção, como é o caso do nosso, a questão de sobreposição de entrevistas é particularmente grave, pois as vítimas de abuso sexual acabam por ser ouvidas múltiplas vezes quanto aos factos por elas vivenciados. Isto é grave no que diz respeito à vitimização secundária das crianças, mas igualmente grave no que respeita à contaminação do relato das crianças e, portanto, à validade do seu testemunho quando

¹⁹⁶ FINKEL citado por REECE, Robert M, CHRISTIAN, Cindy W., *Child abuse: Medical Diagnosis and Management*, Elk Grove Village, IL, in *American Academy of Pediatrics*, 3ª Ed., 2009, p.270.

são ouvidas pelo Juiz de instrução, seja em sede de declarações para memória futura, seja em audiência de julgamento¹⁹⁷.

Contudo, é importante que o perito médico recolha a informação específica que permita avaliar a oportunidade da utilidade da colheita de vestígios e, se esta tiver lugar, sobre a seleção de vestígios para a colheita¹⁹⁸, para depois poder determinar o nexo de causalidade entre o evento descrito (tipo de contacto sexual/práticas violentas e posterior comportamento da vítima) e os achados clínicos e laboratoriais, aspetos em que também são tidos em conta os antecedentes da vítima.

Nos casos que decorrem em menos de 72 horas entre o último contacto sexual e o exame médico forense, este exame é emergente e, por isso, quase sempre anterior a quaisquer outras entrevistas, e mesmo que essas entrevistas possam ter tido lugar antes, não exploram questões que de ponto de vista médico são relevantes para a realização do exame médico forense¹⁹⁹.

De acordo com as Recomendações para a recolha da história médica forense em casos de alegada agressão sexual, realizada pelo INMLCF, devem ser assumidas algumas estratégias para evitar a duplicação de entrevistas, como por exemplo: o perito médico, ou o médico hospitalar (nos casos que este tenha de realizar o primeiro exame para a colheita de vestígios), antes do início do seu exame deve ouvir todos os profissionais que tenham contactado com o caso, reunindo todas as informações relevantes, algumas das quais poderá evitar abordar junto da vítima; o profissional também deverá entrevistar previamente as pessoas que as acompanham, muitas das vezes familiares, obtendo informação no que se refere aos seus antecedentes, bem como a sinais ou sintomas relevantes e, eventualmente, a factos relativos ao alegado abuso sexual (se disso forem testemunhas ou, de alguma forma, forem detentores de informação).

Assim, estes dois procedimentos permitirão aos médicos a recolha de informação que não necessitarão de obter através da vítima, sendo esta submetida à história médica forense, nos casos de não ser possível obter a informação de terceiros, e que diga respeito a aspetos estritamente necessários, contudo evita-se desta forma fazer perguntas à criança, cujas respostas já são conhecidas.

Para colher esta história, o perito médico deverá estar familiarizado com a técnica de entrevista, de forma a não vitimizar secundariamente a vítima ou contaminar o seu

¹⁹⁷ Recomendações para a recolha da história médica forense em casos de alegada agressão sexual, 2013.

¹⁹⁸ *Idem.*

¹⁹⁹ *Idem.*

relato, que por vezes é a única prova disponível. O médico deverá sempre ponderar bem antes de fazer as questões e de responder à vítima, estabelecendo um diálogo empático e não julgador²⁰⁰, ouvindo mais do que intervindo, ainda que possa conduzir a entrevista, mas de uma maneira flexível.

O tipo de entrevista depende da idade da vítima, devendo-se utilizar uma linguagem adaptada a cada caso, tendo em conta as condições concretas da vítima e evitar as múltiplas abordagens²⁰¹. Pode não ser adequado abordar logo de início da colheita da história a questão do abuso sexual, revelando-se mais útil começar com a apresentação do médico e de outro profissional que coadjuve no exame, e iniciando uma conversa livre, sobre temas mais genéricos, que nada tenham a ver com o assunto em causa, para promover a empatia entre as pessoas envolvidas. Por fim, antes de iniciar o exame físico, o perito médico deverá explicar e preparar a vítima para os passos seguintes, sendo este o momento em que será pedido o consentimento informado da vítima para a prossecução do exame físico com fotodocumentação, bem como para colheita de vestígios e outras amostras biológicas²⁰².

3.1.2. Exame físico e colheita de vestígios

O exame físico tem por objetivo a identificação e documentação de possíveis lesões/sequelas e na recolha de vestígios biológicos ou outros eventuais achados que tenham resultado do abuso sexual. As técnicas e os procedimentos utilizados relativos à colheita de vestígios e/ou de outras amostras biológicas dependem da idade e género da vítima, do tipo de contato sexual alegado e/ou suspeito, e do tempo presumível entre a ocorrência do contato sexual e o exame²⁰³.

Quando tenham decorrido 48/72 horas após o último contacto sexual, a vítima deve ser sujeita de imediato a exploração física e a colheita de vestígios biológicos, trata-se de um exame médico-legal urgente²⁰⁴. Se pelo contrário já tiver decorrido mais de 72 horas, o exame não é urgente e em certas situações pode ser aconselhável adiar para um

²⁰⁰ FINKEL, M, ALEXANDER, R, *Examination Issues and Techniques, Conducting the Medical History*, in *Journal of Child Abuse*, nº20, 2011, p.486-504.

²⁰¹ MAGALHÃES, Teresa. *Crimes Sexuais, Clínica Médico-Legal*, Faculdade de Medicina da universidade do Porto, 2003/2004, p.59. MAGALHÃES, Teresa, *A intervenção médico-legal em casos de maus tratos em crianças e jovens*, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A função dos juízes sociais, Atas do Encontro*, Almedina: Coimbra, outubro, 2003, p.181.

²⁰² *Idem*.

²⁰³ MAGALHÃES, Teresa, JARDIM, Patrícia, VIEIRA, Duarte Nuno, *Exame físico e colheita de vestígios em vítimas de alegada agressão sexual*, In Magalhães, T. & Vieira D.N. (Coord), in *Abuso & Negligência*, Maia: SPECAN, 2013, p.231.

²⁰⁴ PILLAI, Mary, *Forensic examination of suspected child victims of sexual abuse in the UK: a personal view*, in *Journal of Clinical Forensic Medicine*, nº12, 2005, p.61. ADAMS, J. *Guidelines for medical care of children evaluated for suspected sexual abuse: an update for 2008*, in *Current Opinion Obstetrics and Gynecology*, nº20, 2008, p.435.

momento mais adequado para a criança (evitando o risco de vitimização secundária)²⁰⁵. Mas mesmo existindo uma probabilidade reduzida de se encontrarem vestígios, não se deve fazer descurar a sua pesquisa, pois ao existirem provas, estes têm extrema utilidade para corroborar o crime alegado. A maioria das evidências é encontrada em roupas e utensílios domésticos²⁰⁶. Contudo, estudos recentes demonstram que existe dificuldade em obter-se amostras biológicas em crianças pré-púberes, quando já tenha decorrido mais de 12 horas depois do último contato sexual²⁰⁷. No estrangeiro já existe recomendações para que se realize a colheita de amostras biológicas no prazo de 24 horas no caso de crianças pré-púberes, mantendo-se as 72 horas para os adolescentes²⁰⁸.

Como já sabemos, antes de iniciar o exame deve-se obter o consentimento da vítima ou dos seus representantes legais, e durante o exame pode ser permitida a presença da pessoa de confiança, desde que não perturbe a sua realização.

O exame deve ser efetuado por duas pessoas, sendo um deles o perito médico, e pelo menos uma do mesmo género da vítima, de forma a manter a vítima mais confortável e tranquila, para auxiliar na realização do exame e proteger o perito médico de eventuais acusações, por parte da vítima ou de quem a represente, de que este agiu de forma menos profissional²⁰⁹. O perito deve ter uma atitude calma e carinhosa, pois é fundamental tranquilizar e transmitir confiança à criança, devendo explicar-lhe o tipo e motivo do exame que se vai efetuar.

O exame físico para observação de lesões e colheita e preservação de vestígios deve incluir os cabelos, a superfície corporal em geral, a cavidade bucal, a região anal e a região genital. É um exame que deve ser completo²¹⁰ (por todo o corpo) mas breve, procurando-se não repetir para evitar o processo de vitimação secundária.

Para a colheita e preservação de vestígios deverá considerar-se em primeiro lugar, a roupa e/ou outros eventuais adereços, pois podem conter manchas (sangue, lama, relva),

²⁰⁵ Em geral, nas situações das crianças pré-púberes, a maioria dos procedimentos “mais invasivos” não são efetuados e, nos casos em que já decorreram mais de 72 horas após o último contato sexual (dependendo da situação concreta), a colheita de vestígios para estudos de ADN poderá estar comprometida, pelo que não é usualmente efetuada. WALSH, Wendy, CROSS, Theodore P, JONES Lisa M, SIMONE Monique, KOLKO David J, *op. cit.*, p. 1055.

²⁰⁶ FRASIER, Lori, MAKOROFF, Kathi, *Medical Evidence and Expert Testimony in Child Sexual Abuse*, in *Juvenile and Family Court Journal*, Winter, 2006, p. 45.

²⁰⁷ CHRISTIAN, C.W, LAVELLE, J. M., DE JONG, A. R., LOISEILE, J., BRENNER, L., & JOFFE, M, *Forensic evidence findings in prepubertal victims of sexual assault*, in *Pediatrics*, Vol. 106, No. 1, julho, 2000, p. 100-104.

²⁰⁸ ADAMS, Joyce A, KELLOGG, Nancy D, FARST, Karen J, HARPER, Nancy S, PALUSCI, Vincent J, FRASIER, Lori D, LEVITT, Carolyn J, SHAPIRO, Robert A, MOLES, Rebecca L, STARLING, Suzanne P, *Updated Guidelines for the Medical Assessment and Care of Children Who May Have Been Sexually Abused*, North American Society for Pediatric and Adolescent Gynecology, Published by Elsevier Inc, n° 29, 2016. p. 82.

²⁰⁹ MAGALHÃES, Teresa, JARDIM, Patrícia, VIEIRA, Duarte Nuno, *Exame físico e colheita de vestígios em vítimas de alegada agressão sexual*, Magalhães, T. & Vieira D.N. (Coord), in *Abuso & Negligência*, Maia: SPECAN, 2013, p. 232.

²¹⁰ A utilização de uma *checklist* indicando passo-a-passo os procedimentos efetuados, pode ser útil para o perito médico e de benefício para a vítima, pois permite sistematizar o exame, tornando-o mais célere e diminuindo o risco de esquecimento de algum procedimento.

os sinais de arrastamento, o arrancamento de botões, os rasgões na roupa interior, entre outros elementos que permitem ter uma ideia de violência usada na vítima²¹¹. Para além de poderem conter vestígios biológicos (esperma, cabelos, pelos)²¹² e fibras que são essenciais para investigação do crime. Deste modo, a vítima deve despir-se sob um papel descartável (papel de captação), servindo para colher os vestígios que se possam libertar da roupa. Todos os vestígios que se encontrarem devem ser acondicionados, separadamente em sacos de papel adequados (mesmo o papel de captação) e devidamente selados e identificados para poderem ser analisados laboratorialmente. Os exames complementares de diagnóstico (exames imagiológicos, exames microbiológicos, etc...) devem ser pedidos sempre que suscitem a possibilidade de melhor esclarecimento da situação.

No decurso do exame, o perito deve cobrir o corpo com uma bata ou lençol, expondo só a parte que vai ser examinada, no qual poderá ajudar a prevenir o sentimento de exposição da vítima, e conseqüentemente, a vitimização secundária.

Prossegue-se o exame com a procura de lesões e/ou sequelas corporais efetuada de cabeça até aos pés e à sua fotodocumentação. Esta documentação é importante tanto nos casos em que é possível demonstrar a presença de evidências (casos positivos), como naqueles em que se comprova a sua ausência (casos negativos)²¹³. Nos casos negativos, permite demonstrar que o perito médico atuou com cuidado, pesquisando eventuais evidências, e sendo assim, não podem colocar em causa o trabalho do perito de em algum momento ter se esquecido de observar algum aspeto. Nos casos de exames com resultados positivos, a fotodocumentação é especialmente importante visto que é raro verificar-se achados nos exames, sendo um meio de preservação das imagens que não são passíveis de se voltarem a observar, pois são lesões que se cicatrizam rapidamente²¹⁴. Além da vantagem de poder permitir uma segunda avaliação sem a presença da vítima (evitando a

²¹¹ REY, C, CHARIOT, P, WERSON, P, *L'examen medical de d'agression sexuelle l'enfant et de l'adolescent victime*, in Arch Pédiatr, Elsevier, Paris, n°5, 1998, p. 1379.

²¹² "Sperm that falls onto clothing or bedding quickly loses motility. Inside the vagina or rectum, sperm can remain motile for a number of hours. Nonmotile sperm is detectable for longer periods. Indeed, nonmotile sperm can be isolated on cloth for months (...). Seminal fluids that do not contain sperm nevertheless provide evidence of sexual contact. Acid phosphatase is produced by the prostate gland and indicates ejaculation. Acid phosphatase is detectable on cloth for many months. Men who have had a vasectomy produce normal levels of acid phosphatase (...). The enzyme is stable in dried secretions and clothing and, in some instances, it can be detected after months or even years". MAKOROFF, Kathi, DESAI, Melissa, BENZINGER, Elizabeth, *The Role of Forensic Materials in Sexual Abuse and Assault*, Child Abuse: Medical Diagnosis & Management, in *American Academy of Pediatrics*, 3^a Ed, 2009, p.383.

²¹³ MARQUES, Amado, VIEIRA, Duarte Nuno, MAGALHÃES, Teresa, SANTOS, Agostinho, *Fotografia forense*, Magalhães, T. & Vieira D.N. (Coord), in *Abuso & Negligência*, Maia: SPECAN, 2013, pp.157-158.

²¹⁴ ADAMS, Joyce A, KELLOGG, Nancy D, FARST, Karen J, HARPER, Nancy S, PALUSCI, Vincent J, FRASIER, Lori D, LEVITT, Carolyn J, SHAPIRO, Robert A, MOLES, Rebecca L, STARLING, Suzanne P, *op. cit.*, p.83.

necessidade de repetição do exame), pelo mesmo perito ou por outro especialista, em sede de contraditório²¹⁵.

O exame deve ser feito no corpo todo e não apenas direcionado para a região anogenital, pois correr-se-ia o risco de negligenciar lesões graves fundamentais. Existe um elenco de lesões, desde feridas contusas, perfurantes, incisivas, mistas ou queimaduras, bem como lesões já em processo de cura ou cicatrização, que podem ser evidência física de abuso sexual²¹⁶.

Teresa Magalhães refere que “quanto às características das lesões, será de valorizar, particularmente, a sua localização (em zonas menos propícias a acidentes, como retro auriculares, no pescoço, nas mamas, na face interna dos braços e das coxas, no períneo e órgãos genitais)²¹⁷, a sua forma (descrevendo objetos, como fivelas de cinto ou queimaduras de cigarros), a sua cronologia (coexistindo lesões em diferentes fases de evolução), o seu número e a sua gravidade²¹⁸.

Deste modo, as lesões podem ter origens diferentes, pelo que importa estabelecer um diagnóstico diferencial, sendo que, em alguns casos, podem coexistir no mesmo indivíduo lesões de diferentes tipos de etiologia²¹⁹. Importa, assim, que o perito médico domine completamente este procedimento e faça um diagnóstico seguro, sabendo distinguir as lesões de situações que as mimetizam e as especificidades relativas às lesões anogenitais.

O exame deve ser realizado deixando a região mais sensível (anogenital) para o fim e garantindo que após a intervenção numa determinada parte do corpo não será necessário voltar a essa região. A exploração numa determinada área do corpo não pode interferir com as outras, pois é fundamental evitar a transferência de material biológico durante a realização do exame²²⁰.

A identificação de lesões anogenitais é uma importante prova no abuso sexual de menores. Contudo, essas lesões são apenas encontradas numa minoria dos sujeitos no

²¹⁵ Neste sentido, ver os estudos: PILLAI, Mary, *op. cit.*, p.58; FRASIER, Lori, MAKOROFF, Kathi. *Medical Evidence and Expert Testimony in Child Sexual Abuse*, in *Juvenile and Family Court Journal*, Winter, 2006, pp.47-48. MURAM, David, HEGER, Astrid, FINKEL, Martin A, SIMMONS, Karen J, WHITWORTH, J.M, *The Medical Evaluation of Sexually Abused Children*, in *Journal of Pediatric Adolescent Gynecology*, Published by Elsevier Science Inc, n°16,2003, p.7.

²¹⁶ FARIA, Sara, *Abuso Sexual de Menores: achados clínicos e implicações médico-legais*, Tese de Mestrado, Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra, 2004, p.31.

²¹⁷ Em alguns podem ser identificáveis marcas de mordedura que, se adequadamente registadas permitem a correspondência com os dentes do abusador e a sua identificação.

²¹⁸ MAGALHÃES, Teresa, *A intervenção médico-legal em casos de maus tratos em crianças e jovens*, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A função dos juízes sociais, Atas do Encontro*, Almedina: Coimbra, outubro, 2003, p.184.

²¹⁹ SANTOS, Agostinho, VIEIRA, Duarte Nuno, MAGALHÃES, Teresa, *Caracterização e descrição de lesões*, In Magalhães, T. & Vieira D.N. (Coord), *Abuso & Negligência*, Maia: SPECAN, 2013, p.123.

²²⁰ Se realizasse o exame genital feminino antes do exame da região anal, esta última região poderia ficar mais facilmente contaminada pela primeira na sequência de eventuais escorrências (que podem sempre existir, mas que serão mais prováveis se colocada a vítima na posição ginecológica). MAGALHÃES, Teresa, JARDIM, Patrícia, VIEIRA, Duarte Nuno, *op. cit.*, p.237.

exame médico-legal. Quando a lesão ocorre, muitas vezes é superficial e cicatriza rapidamente, sem deixar resíduos detetáveis no exame físico²²¹. Por exemplo, esfregar um pênis ou o dedo para trás e para frente nos genitais de uma criança ou entre as nádegas pode causar irritação e vermelhidão (eritema), mas a irritação logo desaparece e o eritema por si só não é probatório de abuso sexual. O caso da penetração é idêntico, se ela for de caráter vaginal, a elasticidade do hímen pode permitir a conjunção carnal sem que haja o rompimento – condição de hímen complacente²²²; já se de caráter anal, o relaxamento do esfíncter anal e a lubrificação suficiente, permite a passagem do pênis ou outro objeto sem daí resultar alguma lesão. Como já foi referido, examinar uma criança com menos de 72 horas após o abuso aumenta a probabilidade de se encontrar lesões. No entanto, o exame ocorre muito tempo depois do abuso, e a criança acaba por apresentar um exame físico normal²²³.

Para a inspeção da região anal, a posição de observação, no caso de crianças pré-púberes, pode ser feita em decúbito lateral esquerdo com os joelhos juntos e encostados ao peito. No caso das crianças pós-púberes o exame pode ser realizado tanto em decúbito lateral esquerdo como na posição geno-peitoral. Desta forma, permite a visualização do ânus com a mínima separação das nádegas, procurando-se a existência de dilatação, engurgitação venosa, hematomas, fissuras, escoriações ou lacerações. No caso de sodomia pode observar-se diminuição da gordura à volta do orifício anal, bem como adelgaçamento da pele perianal²²⁴. Mesmo que o contato anal não tenha ocorrido, secreções presentes na região anal poder-se-ão acumular-se na região anal, sendo possível encontrar dessa forma amostras biológicas do abusador. Há, no entanto, que ter-se em

²²¹ “The hymen and surrounding tissues heal rapidly, often leaving no signs of healed trauma”. BERKOFF, Molly Curtin, ZOLOTOR, Adam J, MAKOROFF, Kathi L, THACKERAY, Johathan D, SHAPIRO, Robert A., RUNYAN, Desmond K., *Has This Prepubertal Girl Been Sexually Abused?*, in *Journal of the American Medical Association*, 2008, p. 2780; “Most injuries that do occur are superficial and heal without residual findings because most children disclose long after the last contact and are well beyond the 2 to 96 hours necessary for superficial trauma to resolve”. FINKEL, Martin A, GIARDINO, Angelo P, *Physical Examination. Medical Evaluation of Child Sexual Abuse: A Practical Guide*, in *American Academy Pediatrics*, 3ª Ed, 2009, p. 78.

²²² Exceto em circunstâncias raras, as meninas têm um hímen, que é uma membrana mucosa localizada no interior da vagina. Antes da puberdade, o hímen é bastante sensível ao toque. Quando as meninas atingem a puberdade, o hímen altera devido ao estrogênio, e torna-se menos sensível ao toque. O hímen não é um cilindro como estrutura de cobrir completamente a vagina. Em vez disso, o hímen contém um orifício. E a forma do hímen varia entre as crianças”. FINKEL, Martin A, GIARDINO, Angelo P, *op. cit.*, p. 78.; FINKEL, Martin A, *Medical Aspects of Prepubertal Sexual Abuse, Child Abuse: Medical Diagnosis & Management*, in *American Academy of Pediatrics*, 3ª Ed, 2009, p. 291.

²²³ Num estudo, Heger encontrou numa larga amostra de crianças, examinadas no máximo até 7 dias após o último episódio de abuso sexual, lesões genitais em apenas 5% das crianças, mesmo com história de penetração anal ou vaginal. A presença ou a ausência de achados anormais nas vítimas do sexo feminino estavam profundamente correlacionadas com o tempo decorrido entre o crime e a realização do exame médico-legal. As menores examinadas no período de tempo de 72 horas após o abuso tinham maior incidência de lesões genitais do que as examinadas após um mês da ocorrência. A explicação para este facto sobrevém de que o trauma sobre a mucosa genital se resolve rapidamente, em poucos dias, fazendo com que a identificação das lesões seja incomum após 72 horas – mesmo lesões pequenas do hímen curam após alguns dias. Enquanto lesões mais profundas genitais cicatrizam deixando evidências permanentes, esta é geralmente a exceção à regra no que concerne ao exame ano-genital após o abuso sexual de menores. HEGER, A, TICSON, L, VELASQUEZ, O, BERNIER, R, *Children referred for possible sexual abuse: medical findings* in *Child Abuse and Neglect*, 26(6-7), 2002, p. 645-59.

²²⁴ MAGALHÃES, Teresa, *Crimes Sexuais, Clínica Médico-Legal*, Faculdade de Medicina da universidade do Porto, 2003/2004, p. 61.

conta que o esfíncter anal é flexível, ele é concebido para abrir o suficiente para passar fezes que podem ser tão grandes como um pênis mediano²²⁵. Não é de surpreender que um dedo ou um pênis possa penetrar no ânus sem causar danos, especialmente quando a lubrificação é usada, permitindo a passagem do pênis ou de outro objeto de dimensões consideráveis sem daí resultar alguma lesão. As cicatrizes anais são raras, e alguns especialistas referem que a menos que o examinador tenha observado uma lesão a cicatrizar, é recomendado um extremo cuidado na interpretação de uma cicatriz na zona do ânus, pois podem ter origens diferentes²²⁶ sem ser de abuso sexual.

Recorre-se à coloscopia para evitar equívocos do exame somente macroscópico e para fotodocumentar as lesões. Um colposcópico é um instrumento médico que permite o perito inspecionar a genitália ou ânus com uma fonte de luz forte e diferentes graus de ampliação. O colposcópico é binocular, permitindo a percepção da profundidade. Tem ainda uma câmara fotográfica ou de vídeo ligada, permitindo fazer descobertas físicas que, deste modo, podem ser documentadas para posterior visualização²²⁷. Heger ainda refere que *“Perhaps the most tragic downside to photo-documentation is the overemphasis on the medical findings and a focus on minor changes in genital anatomy as significant indicators of abuse”*²²⁸. Alguns estudos mais antigos demonstraram que quando são mostradas fotografias dos genitais de raparigas, a interpretação dos clínicos difere quando uma história clínica é fornecida²²⁹. A correta identificação e interpretação de resultados genitais e ânus de uma criança é uma parte importante da avaliação. A interpretação correta envolve tanto o reconhecimento da constatação e correlação com a história da criança e outras informações clínicas. Confundir um achado normal como um sinal de abuso pode levar a uma investigação criminal desnecessária e a um trauma psicológico para a criança e família²³⁰.

²²⁵ “The anal sphincter is anatomically designed to contract and pass stool on a routine basis. Children can pass, by parental description, surprisingly large-diameter stools without problems. Anal fissures can be seen following passage of a large-diameter stool, as commonly associated with constipation. Fissures can also be the result of the introduction of a foreign body, such as a finger, penis, or other object. Anal fissures are a non-specific finding of superficial mucosal trauma. The specificity of a fissure increases with a corroborative history”. FINKEL, Martin A, *op.cit.*, p. 285.

²²⁶ Várias condições podem simular uma agressão sexual, como perturbações dermatológicas, variações congénitas, alterações fisiológicas próprias da maturidade, traumatismos acidentais, cirurgias génito-urinárias e infeções não sexualmente transmitidas, relativamente às quais é necessário fazer o diagnóstico diferencial. MAGALHÃES, Teresa, *Crimes Sexuais, Clínica Médico-Legal*, Faculdade de Medicina da universidade do Porto, 2003/2004, p.61.

²²⁷ FINKEL, Martin A, GIARDINO, Angelo P. *op.cit.*, pp.53-103.

²²⁸ MURAM, David, HEGER, Astrid, FINKEL, Martin A, SIMMONS, Karen J, WHITWORTH, J.M, *op.cit.*, p.7.

²²⁹ ADAMS, Joyce A, ST ARLING, Suzanne P, FRASIER, Lorie D, PALUSCI, Vicent J, SHAPIRO, Robert Allan, FINKEL, Martin A, BOTASH, Ann S, *Diagnostic accuracy in child sexual abuse medical evaluation: Role of experience, training, and expert case review*, in *Child Abuse & Neglect*, n°36, Elsevier, 2012, p. 384. SINAL, S. H., LAWLESS, M. R., RAINEY, D. Y., EVERETT, V. C., RUNYAN, D. K., FROTHINGHAM, T., HERMAN-GIDDENS, M., & St. CLAIRE, K, *Clinician agreement on physical findings in child sexual abuse cases*, in *Archives of Pediatric and Adolescent Medicine*, n°151(5), 1997, pp.497-501.

²³⁰ ADAMS, Joyce A, ST ARLING, Suzanne P, FRASIER, Lorie D, PALUSCI, Vicent J, SHAPIRO, Robert Allan, FINKEL, Martin A, BOTASH, Ann S, *op.cit.*, p.384.

Na realidade o colposcópio não reduziu a necessidade de o perito ter conhecimentos sólidos da melhor forma de realizar o exame e interpretar o que vê. O principal valor do colposcópio é permitir que a fotografia tenha boa qualidade, e assim reduzir a necessidade de exame de repetição²³¹.

Quanto ao exame da região genital feminina, pode usar-se a posição geno-peitoral, a posição em rã (usada para crianças pequenas) ou a posição ginecológica (usada para adolescentes e adultas). Para a região genital masculina pode utilizar-se a posição ortostática ou sentada para o sexo masculino.

De uma forma geral, antes deste procedimento inspeciona-se a região nadegueira, as coxas (na procura de hematomas ou equimoses), e o monte púbico, cortando os pelos que se encontrem empastados ou manchados, pois sugerem a presença de secreções tipo sémen ou outro tipo de fluídos, colocando-os num envelope de papel para enviar para análise.

O exame com espéculo e/ou toque vaginal deverão apenas ser considerados quando existe sangramento ou história de penetração, com o intuito de analisar a parede vaginal. A penetração vaginal de vítimas pré-púberes é rara e, por isso, nessas situações o perito dever-se-á focar no exame dos órgãos genitais externos e não fazer a inspeção com espéculo.

Conforme nos indica Teresa Magalhães “os elementos físicos que podem levantar a suspeita de penetração ou tentativa de penetração vaginal são o edema dos pequenos lábios, com cor vermelho arroxeadado ou com erosões, a existência de cicatrizes ou significativa distensão da forma do hímen²³², a existência de lacerações, escoriações, erosões ou áreas sem epitélio e com neovascularização na sua metade posterior, bem como uma dilatação himenial superior a 15mm de diâmetro transversal (em posição geno-peitoral). O hímen pode apresentar-se: intacto; intacto com escoriações; com laceração recente; com laceração não recente (cicatrizada)”²³³. Contudo, tem de se ter em conta que os tecidos genitais são elásticos e, por isso, existe uma margem de erro intrínseco nestas medidas²³⁴. Antigamente pensava-se que o tamanho do orifício himenial podia fornecer

²³¹ “The genitalia consists of three dimensional structures and the hymen is a dynamic structure which will relax and open depending on a number of factors including the skill of the examiner, the relaxation of the child and the examination position used. When there is doubt about colposcope photographs the gold standard has to remain the clinical examination”. PILLAI, Mary, *op. cit.*, p.58-59.

²³² O hímen é uma membrana mucosa localizada no interior da vagina. Antes da puberdade, o hímen é bastante sensível ao toque. Quando as meninas atingem a puberdade, o hímen altera devido ao estrogênio, e torna-se menos sensível ao toque. O hímen não é um cilindro com uma estrutura de cobrir completamente a vagina. Em vez disso, o hímen contém um orifício. FINKEL, Martin A, *Medical Evaluation of Child Sexual Abuse: A Practical Guide*, in *American Academy of Pediatrics*, 3ªEd, 2009, p.291.

²³³ MAGALHÃES, Teresa, *Crimes Sexuais, Clínica Médico-Legal*, Faculdade de Medicina da universidade do Porto, 2003/2004, p.59.

²³⁴ *Idem.*

evidência de penetração, mas hoje em dia entende-se que o tamanho da abertura varia de criança para criança. De facto, na mesma criança o tamanho do orifício pode mudar de medida consoante a posição²³⁵.

O exame himenal apresenta dificuldades periciais, pois a verdade é que a penetração numa criança por um dedo, pénis, ou objeto pode causar danos graves como pode causar nenhum. Vai depender da quantidade de força, o uso de lubrificante, da idade da criança, e do tamanho do objeto penetrante. Normalmente, se a criança for pré-púbere, a penetração é suscetível de provocar lesões no tecido himenal e, em alguns casos, danificar o hímen e/ou deixar cicatrizes.

No caso do exame genital masculino deve seguir a mesma lógica, iniciar-se com a inspeção das coxas, do pénis, do escroto e do períneo. As lesões genitais não são muito frequentes no caso dos rapazes (o pénis e o escroto estão bem protegidos pela sua localização exterior, e pela sua mobilidade). Nestas vítimas torna-se mais frequente encontrar lesões perianais e/ou evidências de ejaculação e/ou de infeções sexualmente transmissíveis.²³⁶ Contudo, no abuso sexual recente, é possível encontrar-se lesões genitais como por exemplo: secreções uretrais ou abrasões superficiais, eritema, petéquias ou contusões, que resolvem sem cicatrização ou necessidade de tratamento médico.

Na maior parte dos casos de abuso sexual, as lesões genitais e anais acabam por se curar rapidamente, não deixando vestígios, muito devido ao atraso da denúncia, mas também pelo facto de muito dos casos de abuso sexual, principalmente os intrafamiliares, o abusador não usar muita força física. Portanto, os atos, embora abusivos não danificam os tecidos genitais ou anais. Podemos dizer que um diagnóstico de abuso sexual raramente é feito só com base em achados no exame físico.

Relativamente à colheita de vestígios para verificação de fluídos ou sémen do abusador (de onde se poderá extrair o ADN) deve-se ter em conta que a persistência desse material biológico no corpo da vítima é limitada no tempo. Sendo de apenas 48 horas na pele, no cabelo ou na boca, de cerca de 72 horas no canal anal ou na vagina das vítimas pré-púberes, e de 7 dias nas adolescentes, por isso, muitas das vezes a maioria destas provas são recolhidas das roupas e da cama. A revelação ou a denúncia tardia determina que se perca este material biológico, pois a probabilidade de ser obter resultados positivos num período superior de 72 horas é muito baixo, até porque também acontecem outras

²³⁵ FINKEL, Martin A, *op. cit.*, p.53-103.

²³⁶ FÁRIA, Sara, *Abuso Sexual de Menores: achados clínicos e implicações médico-legais*, Tese de Mestrado, Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra, 2004, p.39.

situações como por exemplo, tomar banho, lavar os dentes, urinar, entre outras situações, que permitem que com o decurso do tempo se percam os vestígios biológicos.

3.1.3 Exames complementares

Apesar de se preconizar que o exame físico deve ser único, em alguns casos podem ser necessários exames físicos de seguimento, designadamente quando permanecem dúvidas após a realização do primeiro exame (lesões como equimoses, que ainda se possam a vir a manifestar, cicatrização de determinadas lesões, seguimento de IST's).

Perante uma situação de abuso sexual, deve-se ponderar a necessidade de rastreio de infeções sexualmente transmissíveis. Sempre que viável, a recolha de amostras biológicas para rastreio de IST deve ser feita no decurso do exame médico-legal de modo a evitar transtornos acrescidos à vítima. Dever-se-á proceder ao rastreio de algumas IST's, pelo menos daquelas de maior prevalência na comunidade, importa provar que à data, ou pouco tempo após alegado crime, a vítima não estava infetada por determinados agentes, para que posteriormente, e caso os exames de seguimento se venham a revelar positivos, se possa estabelecer um nexo de causalidade entre a agressão e uma dada IST²³⁷. Não sendo a vítima sexualmente ativa e admitindo-se que o único contacto tenha sido com o abusador, poderá ser bastante simples o estabelecimento de um nexo de causalidade entre o abuso e a presença de uma doença sexualmente transmissível. Se o exame for negativo deverão ser feitos exames de seguimento, que têm como principal objetivo repetir o rastreio das IST, pois no momento da realização do exame médico-legal ainda não se haviam manifestado (em alguns casos dever-se-á aguardar seis meses, tempo necessário para efetiva manifestação de uma dada infeção).

Caso venha a efetivar-se, confronta-se esse resultado com o resultado do mesmo exame feito à pessoa suspeita. Este facto não obsta, contudo, a que seja elaborado um relatório preliminar, o qual posteriormente complementado com os resultados dos exames de seguimento²³⁸.

As doenças sexualmente transmissíveis, sobretudo a gonorreia e a sífilis não congénita, podem ser consideradas patognomónicos. A existência de infeção por

²³⁷ De acordo com os estudos, após o abuso sexual de menores as IST são raras, ocorrendo em menos de 5% das crianças sexualmente abusadas. Contudo, vai variando com a população estudada e com as metodologias usadas no estudo. As IST ocorrem mais frequentemente em crianças pós-púberes do que em crianças pré-púberes. FONG, Hiu-Fiu, CHRISTIAN, Cindy W, *Evaluating Sexually Transmitted*

Infections in Sexually Abused Children: New Techniques to Identify Old Infections, Sexually Transmitted Infections in Abused Children, Elsevier Inc, vol.13, nº3, 2012, p.202. FRASIER, Lori, MAKOROFF, Kathi, *op. cit.*, pp.45-46. JARDIM, Patrícia, VIEIRA, Duarte Nuno, MAGALHÃES, Teresa, *Rastreio de infeções sexualmente transmissíveis em vítimas de alegada agressão sexual*, In Magalhães, T. & Vieira D.N. (Coord), *Abuso & Negligência*, Maia: SPECAN, 2013, p. 270.

²³⁸ JARDIM, Patrícia, VIEIRA, Duarte Nuno, MAGALHÃES, Teresa, *op. cit.*, p. 270.

clamydia, condilomas acuminatus, herpes simplex tipo II e tricomonas vaginais é apenas indicativa de provável abuso sexual²³⁹.

A prova deste tipo de contágio importa não só do ponto de vista clínico, mas também em termos de investigação criminal, dado que, nos termos do art. 177º, nº3 do CP, a moldura penal a aplicar é agravada nas situações em que o agente é portador de doença sexualmente transmissível. A agravação da pena surge aqui não por virtude do resultado de um comportamento, mas como consequência do próprio ato do agente, independentemente das consequências. Portanto, a doença tem de ser conhecida do agente, mas não é necessário que seja transmitido à vítima, o que na opinião de Mouraz Lopes não parece ser compreensível, pois esta agravação centra-se numa característica do agente e não no resultado da transmissão da doença, diferentemente do nº5 do art. 177º do CP, em que se agrava a pena por virtude de um resultado²⁴⁰.

No caso dos menores, a gravidez também é um importante indicador físico que faz suspeitar de abuso sexual. Após o abuso em que se admita a possibilidade de gravidez, deve-se facultar informação sobre os métodos para a sua prevenção e a realização de um teste de gravidez através da urina. Também no caso de gravidez, a moldura penal a aplicar é agravada, conforme o nº5 do art. 177º do CP, mas aqui conforme ressaltamos, agravação surge por virtude de um resultado. Diz-nos Paulo Pinto de Albuquerque que “esse resultado é imputável ao agente quer ele o tenha querido ou admitido como possível ou nem sequer o tenha admitido como possível, mas o devesse tê-lo feito”²⁴¹.

Resumindo, existe um elevado número de casos em que os resultados do exame médico-legal são negativos. Este facto relaciona-se com a tardia revelação ou denúncia dos casos, com a destruição dos vestígios pelas vítimas ou abusadores, ou com o facto de muitas das vezes as práticas sexuais não deixarem vestígios (a cicatrização das lesões anogenitais é rápida e muitas vezes total; a penetração por pénis, dedos ou outros objetos, no caso das crianças mais pequenas, frequentemente não é completa; no caso de jovens e adultos a penetração não causa necessariamente lesões; quando a ejaculação acontece, muitas vezes, é fora das cavidades ou com uso de preservativo) ²⁴². Contudo, mesmo os exames sendo negativos, não quer dizer que não tenha ocorrido abuso, por isso recorre-se a outro tipo de provas, nomeadamente, aos relatos da vítima e/ou aos relatos de outras

²³⁹ MAGALHÃES, Teresa, *Crimes Sexuais, Clínica Médico-Legal*, Faculdade de Medicina da universidade do Porto, 2003/2004, p.59.

²⁴⁰ LOPES, José Mouraz, *op. cit.*, p.165.

²⁴¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p.491.

²⁴² *Idem, ibidem.*, p.56.

testemunhas, de modo a que se consiga provar que houve de facto crime e a consequente punição do agressor.

Capítulo III- A Prova Testemunhal

1. Conceito

De acordo com o art. 128º, nº1 do CPP, " a testemunha é inquirida sobre factos de que possua conhecimento direto e que constituam objeto da prova", portanto, segundo Francisco Marcolino de Jesus, " a prova testemunhal é uma prova pessoal", " nas provas pessoais é a pessoa que age. Narra ou declara factos do seu conhecimento. O seu modo de agir é precisamente a declaração"²⁴³. Podemos definir a prova testemunhal como "a declaração de ciência de um terceiro que não é parte na lide, que tem por objeto a narração sob juramento de um facto pretérito ou atual de que o declarante tem conhecimento, direto ou indireto"²⁴⁴.

O objeto da prova testemunhal são os factos juridicamente relevantes de que a testemunha tenha conhecimento²⁴⁵. Em regra, o conhecimento provém da visão ou audição, mas é igualmente testemunho o que provenha dos demais sentidos, quando apropriado para a prova dos factos²⁴⁶.

No entanto, "embora seja essencialmente constituída pela narração dos factos *probandos* ou dos meios de prova destes, incide também sobre as circunstâncias consideradas relevantes para valorar a credibilidade do testemunho, nomeadamente, circunstâncias pessoais das testemunhas"²⁴⁷. Neste sentido, Germano Marques da Silva refere que "a credibilidade há-de ser apreciada livremente pelo tribunal, tendo em conta todas as circunstâncias que podem contribuir para a sua maior ou menor credibilidade"²⁴⁸.

De acordo com Sandra Oliveira e Silva, a figura de testemunha abrange um conceito formal e um conceito material. O primeiro está ligado à sua função como meio de prova, ou seja, "contribuir com o seu património cognitivo" para a descoberta da verdade material, procurando "suscitar na mente do juiz a imagem de factos históricos a demonstrar, através de declarações dotadas de capacidade de convencimento, realizadas ou produzidas de acordo com formalismos consagrados na lei"²⁴⁹. Já o conceito material da figura é independente do papel processual assumido, incluindo todas as pessoas que "tenham adquirido perceção dos factos em investigação através do seu aparelho sensorial

²⁴³ JESUS, Francisco Marcolino, *Os meios de obtenção da prova em processo penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 2011, p. 112.

²⁴⁴ SOUSA, Luís Filipe Pires de, *A prova testemunhal*, Coimbra: Almedina, 2016, p.173.

²⁴⁵ GONÇALVES, Fernando e ALVES, Manuel João, *A prova do crime - meios legais para a sua obtenção*, Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 151.

²⁴⁶ SILVA, Germano Marques da, *op. cit.*, p.161.

²⁴⁷ *Idem, ibidem...*, p.162.

²⁴⁸ *Idem, ibidem...*, p. 164.

²⁴⁹ SILVA, Sandra Oliveira, *A proteção de Testemunhas no Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 18.

(visão, audição, tato) e estejam em condições mnésicas de recuperar e transmitir em juízo conhecimentos com significado para a verificação do tema probatório"²⁵⁰.

O testemunho pode ser direto ou indireto, consoante se reporte aos factos a provar ou aos meios de prova destes²⁵¹. Estamos perante o primeiro quando a testemunha percebe o facto pelos próprios sentidos e o relata com base em tal fonte de conhecimento²⁵².

Excecionalmente, e apenas nos casos previstos na lei, o art.130º, nº2 do CPP permite que o testemunho possa consistir na manifestação de convicções pessoais ou interpretações sobre factos, desde que: seja impossível cindir a opinião/convicção pessoal do depoimento dos factos concretos (alínea a); tiver lugar em função de qualquer ciência ou arte (alínea b) ou ocorrer no estágio de determinação da sanção (alínea c).

O depoimento é indireto “quando a testemunha tem conhecimento de um facto através do que lhe transmitiu um terceiro (através de uma representação oral, escrita ou mecânica), não provindo o conhecimento da testemunha sobre o facto da sua percepção imediata”²⁵³. A testemunha que presta este depoimento é designada por testemunha de ouvir-dizer.

Em princípio o depoimento indireto não é permitido, já que tal seria contrário às exigências da contraditoriedade e do princípio constitucional da imediação da prova caracterizadores de um processo penal de sistema acusatório como é o nosso, e só se justificando com vista a preservar a prova testemunhal em face a circunstâncias extraordinárias, como é o caso da morte, anomalia psíquica superveniente e desaparecimento da testemunha²⁵⁴. Desta forma, a norma do art.129º tem natureza excecional.

Marques Ferreira fala-nos que “a possibilidade efetiva de contrainterrogatório implica que os depoimentos incidam sobre factos concretos e não sobre o que se ouviu dizer e exige simultaneamente, a presença física da testemunha e do arguido durante o julgamento, para que o tribunal possa aferir a sua credibilidade²⁵⁵. Sendo que “o juízo dos factos pertence ao tribunal, e é importante que ele "obtenha uma percepção própria do

²⁵⁰ SILVA, Sandra Oliveira, *op. cit.*, p. 22.

²⁵¹ SILVA, Germano Marques da, *op. cit.*, p. 164.

²⁵² SOUSA, Luís Filipe Pires de, *op. cit.*, p.177. SIMASSANTOS, Manuel e LEAL-HENRIQUES, Manuel, *op. cit.*, p.710.

²⁵³ *Idem.*

²⁵⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos direitos do homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 3ª Ed. 2009 p. 343.

²⁵⁵ O princípio da imediação refere que o juiz deverá ter um contacto imediato, direto, com os elementos de prova, o que só é possível no caso deste meio de prova quando "o depoimento da testemunha se reporta ao contacto direto que teve com os factos objeto de prova e não quando lhes refira vaga e abstratamente tipo "*fama est*". FERREIRA, Marques, *op. cit.*, p. 235.

material que haverá de ter como base de decisão, em que se traduz, o princípio da prova imediata²⁵⁶.

Se o depoimento resultar do que a testemunha ouviu dizer a pessoas determinadas, o juiz “pode”, *rectius*, deve chamar estas a depor e vale o depoimento por estas prestado em tribunal. Se o juiz não o fizer, o depoimento indireto da testemunha não pode naquela parte servir como meio de prova, mantendo-se válida a restante, salvo as exceções acima indicadas. Aplicam-se as mesmas regras no caso em que o depoimento resulte da leitura de documento da autoria de pessoa diversa da testemunha (art.129º, nº3 do CPP). No caso estipulado no art. 129º, nº3 do CPP, não pode servir como meio de prova o depoimento de quem recusar ou não estiver em condições de indicar a pessoa ou a fonte através das quais tomou conhecimento dos factos.

A prova testemunhal é de grande importância no processo penal, pois, dificilmente, e só em hipóteses excepcionais, provam-se as infrações com outros elementos de prova²⁵⁷. As testemunhas são, “na expressão de Bentham, os olhos e ouvidos da Justiça. É por meio delas que o juiz vê e ouve os factos que aprecia”²⁵⁸, principalmente, nos casos de abuso sexual, onde na maioria dos processos não há vestígios biológicos e físicos, restando a prova testemunhal como o único meio de prova, e por isso, deve-se ter uma maior atenção para os riscos de falibilidade do testemunho, já que é “conhecida a fragilidade humana perante determinadas circunstâncias, em que, tantas vezes, os interesses pessoais e materiais se sobrepõem aos valores e princípios da justiça e da verdade”²⁵⁹. Germano Marques da Silva alerta-nos” para o perigo da falibilidade já que, para além do depoimento intencionalmente falseado, a mentira, torna-se necessária a coordenação de vários fatores para que a testemunha possa comunicar com a verdade a sua percepção dos factos²⁶⁰.” Este autor refere que a testemunha ao depor tem antes de mais ter a percepção sensível dos factos, sendo essa capacidade de percepção variável de pessoa para pessoa e dependendo também de muitas circunstâncias relativas tanto ao facto em si como à própria testemunha²⁶¹. Importa referir que também os processos amnésicos envolvidos são complexos: em primeiro dá-se a conservação das impressões sensíveis, e em segundo, a evocação e reprodução do tempo das recordações²⁶². A isto complementa-se o facto de o próprio ato de testemunhar ser uma situação difícil e delicada, de onde se salienta “a

²⁵⁶ GONÇALVES, Fernando e ALVES, Manuel João, *op. cit.*, p. 153.

²⁵⁷ TOURINHOFILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, 4º Vol., São Paulo: Saraiva, 24ª Ed, 2002, p. 297.

²⁵⁸ SILVA, Germano Marques da, *op. cit.*, p. 162.

²⁵⁹ *Idem, ibidem...*, p. 151-152.

²⁶⁰ *Idem, ibidem...*, p. 164.

²⁶¹ *Idem, ibidem...*, p. 163.

²⁶² *Idem.*

solenidade do ato em que decorre o depoimento e que tantas vezes atemoriza a testemunha, as dificuldades de expressão verbal para transmitir as suas recordações, além de muitos outros fatores, condicionam o depoimento, mesmo o da testemunha mais empenhada em só transmitir as suas percepções²⁶³.

Deste modo, o legislador reconheceu estas dificuldades e criou regras legais para a inquirição das testemunhas. Saliendo-se o art.º 138º nº2 que estabelece que não deverão ser feitas perguntas impertinentes, nem quaisquer outras que possam prejudicar a espontaneidade e a sinceridade das respostas.

Para os Autores Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, pergunta impertinente não é só aquela que é estranha ao assunto como também aquela que lesa a clareza do processo, o esclarecimento do caso e a própria testemunha, molestando-a²⁶⁴.

Já uma pergunta sugestiva é aquela que dada a formulação, pode aliciar a testemunha para a resposta pretendida por quem pergunta e desconforme a verdade; uma pergunta capciosa é aquela que é feita ardilosamente e que se destina a levar a testemunha a dizer coisa diferente daquela que pretendia dizer; pergunta vexatória é aquela que procura diminuir, ridicularizar a testemunha²⁶⁵.

Ou seja, a “testemunha não deve ser induzida a dar uma resposta precipitada nem conduzida a respostas previamente preparadas, por confusão, ardil ou outra qualquer forma desviante, nem ainda sugestionada a depor debaixo de medo ou ameaça”²⁶⁶.

Neste sentido, Germano Marques da Silva salienta que “a pergunta que contenha direta ou veladamente uma promessa ou uma ameaça pode suscitar na testemunha o temor de dizer a verdade ou o interesse em mentir; a que ponha em causa, ofensivamente, a credibilidade da testemunha, pode suscitar-lhe como reação o omitir factos relevantes de que tem efetivo conhecimento, o desejo de se libertar do tormento tão pronto quanto possa ou também o mentir como desforra ou autodefesa pela agressão de que está a ser vítima, etc.”²⁶⁷. Não podem criar-se obstáculos, sejam eles quais forem, de modo que possam prejudicar a espontaneidade e a sinceridade das respostas. Devendo-se também evitar censurar e corrigir a linguagem, uma vez que pode levar a testemunha a omitir factos

²⁶³ *Idem.*

²⁶⁴ GONÇALVES, Fernando e ALVES, Manuel João, *op. cit.*, p. 172. Neste sentido, Simas Santos e Leal-Henriques afirmam que “impertinente é a pergunta que, sendo desligada dos factos do objeto do depoimento, agride o depoente”. SIMAS SANTOS, Manuel e LEAL-HENRIQUES, Manuel, *op. cit.*, p.760.

²⁶⁵ *Idem, ibidem...*, p.761.

²⁶⁶ *Idem.*

²⁶⁷ SILVA, Germano Marques, *op. cit.*, p.182-183.

relevantes de que tem efetivo conhecimento, por receio de não se saber expressar convenientemente, ou pelo desejo de se libertar do tormento da inquirição²⁶⁸.

Porém, são de admitir os “avisos ou conselhos sobre consequências danosas, desde que verídicas, da falsidade das declarações comprovável por outros meios de prova, quer no andamento do processo, quer na medida da pena, e os apelos à honestidade do declarante”, não sendo de considerar “coação moral, suscitar um movimento emocional do arguido, em presença dos efeitos do crime, como mostrar-lhe o cadáver da vítima, indicar-lhe a situação infeliz dos ofendidos, etc.”²⁶⁹.

2. Capacidade e dever em testemunhar

O art.131º, nº1 do CPP, dispõe que "qualquer pessoa que não se encontrar interdita por anomalia psíquica tem capacidade para ser testemunha e só pode recusar-se nos casos previstos na lei". Ou seja, qualquer pessoa que tenha capacidade para ser testemunha tem o dever de testemunhar, só podendo recusar-se nos casos expressamente previstos na lei.

A lei nesta norma consagra como regra a capacidade de toda e qualquer pessoa para servir de testemunha em processo penal, excluindo-se apenas quem se encontre interdito por anomalia psíquica²⁷⁰. A lei só prevê uma causa absoluta de incapacidade para prestar testemunho: a interdição formal de pessoa por anomalia psíquica, estabelecida por decisão transitada em julgado²⁷¹.

Segundo Germano Marques da Silva “não importa verificar no caso concreto se a pessoa interdita pode ou não ser importante para a descoberta da verdade material, ela não pode simplesmente depor; a lei não reconhece capacidade”²⁷².

Diferentemente da pessoa interdita está a pessoa que esteja naturalmente incapacitada para testemunhar, devido a inaptidão física ou mental, onde se inclui a falta de maturidade própria da infância. Nestas circunstâncias, compete à autoridade judiciária a verificação, através dos meios que considerar convenientes, da aptidão para depor, decidindo, posterior e livremente, sobre a credibilidade do testemunho²⁷³. A credibilidade

²⁶⁸ GONÇALVES, Fernando e ALVES, Manuel João, *op. cit.*, p. 172

²⁶⁹ CAVALEIRO, Manuel Ferreira de, *Curso de Processo Penal*, II volume, Lisboa: Editora Danúbio, 1986, p.56.

²⁷⁰ SIMAS SANTOS, Manuel e LEAL-HENRIQUES, Manuel, *op. cit.*, p.720.

²⁷¹ “Contrariamente ao que acontecia à sombra do art.º 216º do Código de 1929-em que a capacidade para tal emergia de forma negativa, isto é, através da referência a que não podia ser testemunha- agora, de uma maneira mais simples e clara, enuncia-se um princípio geral de capacidade testemunhal, que tem apenas como obstáculo a interdição por anomalia psíquica”. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p.349.

²⁷² SILVA, Germano Marques. *op. cit.*, p. 164.

²⁷³ *Idem, ibidem...*, p. 165.

da testemunha há-de ser apreciada livremente pelo tribunal, tendo em conta todas as circunstâncias que contribuem para a sua maior ou menor credibilidade.

Deste modo, só a interdição por anomalia psíquica gera hoje, legalmente, incapacidade de carácter natural para prestar depoimento²⁷⁴. Apesar de existirem situações em que a lei proíbe o depoimento, elas não são referentes a uma incapacidade para depor propriamente dita, mas de um impedimento de natureza processual, como é o caso dos arguidos e coarguidos (nos processos em que têm essa qualidade ou em processos conexos), ao assistente e às partes civis (art.133º do CPP)²⁷⁵.

De uma maneira geral qualquer pessoa que tenha capacidade para ser testemunha tem o dever de testemunhar, só podendo recusar-se nos casos expressamente previstos por lei, pois de outra forma, a recusa é sancionada, sem justa causa, com uma pena criminal (art.360º, nº2 do CPP).

A testemunha pode ser submetida a dois tipos de perícias: a perícia psiquiátrica que tem por objeto as características físicas e psíquicas da testemunha com causas patológicas que prejudiquem a sua capacidade para depor e a perícia sobre a personalidade que incide sobre o conjunto de características psíquicas independentes de causas patológicas e o grau de socialização da testemunha²⁷⁶. No caso da perícia psiquiátrica, a autoridade judiciária pode submeter qualquer testemunha, com vista a apurar se ela está apta para depor. Enquanto a perícia sobre a personalidade só pode ser admitida no caso de depoimento de menor de 18 anos, em relação a crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores (art.131º, nº3 CPP). Como veremos a seguir, esta perícia não tem como objetivo perceber a perspectiva da criança, aceder ao significado da sua experiência ou do impacto sofrido, mas sim avaliar as capacidades da criança para testemunhar acerca de uma situação específica e assim, ajudar a apurar os factos²⁷⁷.

2.1. A criança como testemunha: a perícia sobre a personalidade

A prova pretende “a demonstração da realidade dos factos juridicamente relevantes. Uma demonstração não é algo de graduável; ou existe ou não existe”²⁷⁸.

De acordo com o art. 341º do CC, as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos, referindo-se à prova enquanto meio para produzir determinado

²⁷⁴ SIMAS SANTOS, Manuel e LEAL-HENRIQUES, Manuel, *op. cit.*, p.721.

²⁷⁵ *Idem.*

²⁷⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *op. cit.*, p.349.

²⁷⁷ RIBEIRO, Catarina, *A criança na justiça - trajetórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*, Coimbra: Edições Almedina, 2009.

²⁷⁸ CAVALEIRO, Manuel Ferreira de, *Curso de Processo Penal*, II volume, Editora Danúbio, Lisboa, 1986, p.284.

resultado (meio de prova ou atividade probatória) e ao próprio resultado ou juízo sobre os factos (resultado probatório). Sendo esses factos demonstrados através dos meios de prova que “são mecanismos predeterminados que servem de modos de percepção da realidade ou de presunção de factos tendentes a demonstrar a realidade, (...), são a fonte de convencimento utilizada pelas entidades a quem cabe decidir, a cada passo, acerca da veracidade dos factos *probanda*”²⁷⁹. Enquanto que os meios de obtenção de prova “não são *per si* fonte de convencimento, mas permitem obter coisas ou declarações dotadas de aptidão probatória”²⁸⁰. No direito português são meios de prova: a prova testemunhal, as declarações do arguido, do assistente e das partes civis, a acareação, o reconhecimento, a reconstituição do facto, a perícia e o documento. Os meios de prova são, em princípio, produzidos em audiência de julgamento e só excepcionalmente é admissível a valoração dos meios de prova produzidos em fase anterior (art. 355º CPP).

Como sabemos, na maior parte dos casos de abuso sexual de menores, não são encontradas evidências físicas e biológicas da ocorrência do abuso sexual. O que não quer dizer que a inexistência dessas evidências invalide a hipótese de a criança ter sido vítima de abuso sexual. Este facto faz com que o relato da criança e o seu testemunho sejam a principal forma de reconstruir o evento e, conseqüentemente, o principal meio de prova no qual se possa aferir a verdade material.

Este tipo de crime é envolto de um típico secretismo, pois, na maioria das vezes, não existem testemunhas que possam validar o relato do menor, tendo apenas conhecimento do evento o agressor e a vítima.

A conjugação destes fatores conduziu à necessidade de se envolver a criança no processo judicial, sendo o seu relato de extrema importância para a descoberta da verdade factual²⁸¹. É importante que a criança tenha uma voz ativa no processo e o facto de não ter o grau de experiência, as capacidades mnésicas e o domínio do vocabulário que encontramos num adulto, não devem constituir obstáculos relativamente ao acesso à Justiça²⁸².

Existe uma tendência de o sistema judicial considerar as crianças como testemunhas “incompetentes” ou pouco credíveis, sendo o seu relato muitas vezes considerado como

²⁷⁹ SARAGOÇA DA MATA, Paulo, *A Livre Apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2004, p.132.

²⁸⁰ SILVA, Germano Marques, *op. cit.*, p. 113.

²⁸¹ CARIDADE, Sónia, FERREIRA, Célia, CARMO, Rui do, *Declarações para Memória Futura de Menores Vítimas de Crimes Sexuais: Orientações para Técnicos Habilitados*, in *Manual de Psicologia Forense: Contextos, Práticas e Desafios*, Capítulo IV, Braga: Psiquilibrios Edições, 2011, p.65.

²⁸² RIBEIRO, Catarina, *op. cit.*, p. 103.

contraditório e inconsistente²⁸³. É necessário que os modelos de Justiça reconheçam a perspetiva da criança sobre as decisões que lhe dizem respeito e não subestime as suas capacidades.

As crianças são consideradas testemunhas especialmente vulneráveis. O art. 26º, nº2 da Lei nº93/99 de 14 de julho ²⁸⁴ estabelece os critérios da "especial vulnerabilidade", que pode resultar " da sua diminuta ou avançada idade, do seu estado de saúde ou do facto de ter de depor ou prestar declarações contra pessoa da própria família ou de grupo social fechado em que esteja inserida numa condição de subordinação ou dependência".

Para a valorização da informação prestada pela vítima, o art.131º, nº3 do CPP recomenda a realização de uma perícia sobre a personalidade quando esta for menor de 18 anos e estejamos face a um crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores. O objetivo principal desta perícia é avaliar a capacidade do menor em testemunhar, pelo que ao psicólogo forense incumbe realizar a avaliação das competências psicológicas relacionadas com esta capacidade²⁸⁵. O testemunho da criança é uma questão de tal modo central nos casos de abuso sexual que este é o único crime ao qual está prevista esta perícia à personalidade da vítima.

Sabemos que a perícia referida no art.151º do CPP é um meio de prova que visa "a perceção ou a apreciação dos factos quando para tal se mostrem necessários conhecimentos especiais que não integrem o âmbito de formação específica de quem tem de decidir, para o que são nomeados peritos que possuam o saber técnico-científico ou artístico exigidos"²⁸⁶.

Neste seguimento o Acórdão de 23/10/2008 do Supremo Tribunal de Justiça refere que "embora o juiz pela formação que possui tenha capacidade para avaliar a credibilidade das testemunhas em geral, tratando-se de menores, porque a perceção da sua aptidão física e mental para prestar testemunho se toma mais difícil, permite e até aconselha a lei que se solicite a técnicos avalizados, com conhecimentos técnicos específicos, a realização de perícias destinadas a avaliar a sua credibilidade"²⁸⁷. O perito está melhor preparado para avaliar a credibilidade do depoimento, funcionando como

²⁸³ SAYWITZ, Karen; JAENICKE, Carol; CAMPARO, Lorinda, *Children's knowledge of legal terminology*, in *Law and Human Behavior*, vol. 14, 6,1999, pp. 523-535.

²⁸⁴ Lei de proteção de testemunhas (Lei nº 93/99 de 14 de julho), já posteriormente alterada pela Lei nº 29/2008 de 4 de julho, e mais recentemente pela Lei nº 42/2010 de 3 de setembro.

²⁸⁵ RIBEIRO, Catarina, PEIXOTO, Carlos Eduardo, *Avaliação psicológica forense de crianças alegadamente vítimas de abuso*, In Magalhães, T. & Vieira D.N. (Coord), *Abuso & Negligência*, Maia: SPECAN, 2013 p.104.

²⁸⁶ CARMO, Rui do, *A prova pericial: enquadramento legal*. in *Manual de Psicologia Forense: Contextos, práticas e desafios*, Braga: Psiquilibrios Edições, 2011, p. 35.

²⁸⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23/10/2008, (Proc. nº 08P2869), Relator: Simas Santos, Base Jurídico - Documental do MJ, www.dgsi.pt (última consulta 29 de setembro de 2016).

auxiliar do juiz. Ele não o substitui na avaliação do testemunho, isto é, o perito não diz ao juiz o que do depoimento deve ou não ser aproveitado. Apenas lhe indica, se a testemunha merece ou não credibilidade²⁸⁸.

Importante referir que as consequências são profundamente diversas: no caso de se tratar de prova pericial, aplica-se o art. 163º do CPP, sendo (apenas) perícia de personalidade sobre a capacidade de depor, do art. 131º do CPP e a isso se restringe. Isto é, pronuncia-se pela (in)capacidade de determinada pessoa para depor, é livremente valorada, quanto ao juízo sobre a credibilidade, juntamente com o depoimento da depoente, no caso o menor, art. 131º do CPP²⁸⁹.

Neste sentido, também podemos dizer que “esta perícia não se destina a recolher o depoimento da testemunha, pois a prova testemunhal só é válida se for recolhida com respeito pela sua disciplina normativa, e esta está sujeita aos princípios da oralidade e da imediação”²⁹⁰; e como já foi referido, esta perícia não tem também “por objeto a valoração da veracidade do conteúdo do depoimento, pois este está sujeito ao princípio da livre apreciação da prova, mas sim o conhecimento das características psicológicas e da personalidade de quem o presta, que pode constituir um importante contributo para a sua melhor apreciação”²⁹¹.

Catarina Ribeiro refere que esta perícia “ não tem na esmagadora maioria dos casos, o objetivo de perceber a perspetiva da criança, aceder ao significado da sua experiência ou ao impacto sofrido, mas sim avaliar as capacidades da criança para testemunhar acerca de uma situação específica e para ajudar a apurar os factos”²⁹².

A criança entendida como uma testemunha vulnerável necessita de ser sujeita a uma avaliação das suas capacidades para testemunhar²⁹³. Os estudos incidem preferencialmente nas capacidades mnésicas, na sugestionabilidade, na capacidade de

²⁸⁸ *Idem*.

²⁸⁹ Ao abrigo do art.º 154º, n1 do CPP, o despacho que ordena a perícia em direito processual penal deve conter sumariamente, a indicação do seu objeto, podendo, segundo o art.º 156º, nº1 do CPP, ser “formulados requisitos quando da sua existência se revelar conveniente”. Já em relação à perícia sobre a personalidade (art.º 131º, nº3 do CPP, o seu objeto já decorre da própria lei, sendo ordenada perícia sobre a personalidade de pessoa menor de 18 anos que deva depor em processo por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores.” ²⁸⁹ CARMO, Rui do, *op. cit.*, 35. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11/06/2008 (Proc. Nº 0745662), relator: António Gama, Base Jurídico-Documetal do MJ, www.dgsi.pt (última consulta 29 de setembro de 2016).

²⁹⁰ CARMO, Rui. *Declarações para Memória Futura. Crianças Vítimas de Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual*, in *Revista do Ministério Público* nº134, abril-junho 2013, p.167.

²⁹¹ *Idem*. A perícia destinada a avaliar a credibilidade das declarações de testemunha só ganha relevo se a testemunha prestar depoimento no processo, normalmente depoimento em audiência ou que possa ser considerado em audiência, caso das declarações para memória futura.

²⁹² RIBEIRO, Catarina, *op. cit.*, p. 115.

²⁹³ PEIXOTO, Carlos, *Avaliação da Credibilidade de alegações de abuso sexual de crianças: uma perspetiva psicológica forense*, Tese de Doutoramento, Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação do Porto, Porto, 2011, p. 39.

discernimento, na veracidade, na credibilidade dos testemunhos da criança e nos obstáculos ou potenciais dificuldades na interpretação do seu testemunho²⁹⁴.

A questão fulcral sobre o testemunho da criança é a sua capacidade para distinguir a verdade da mentira, pois presume-se que esta capacidade é importante para apurar a verdade dos factos²⁹⁵.

No sistema da justiça criminal dos EUA e de países da Europa, para avaliar a veracidade do testemunho de crianças, os peritos examinam as gravações das entrevistas realizadas para detetar se as declarações da criança podem ter sido distorcidas pelo entrevistador ou por outro fator²⁹⁶.

Em resumo, na maioria das vezes, a criança é conduzida à avaliação psicológica não para avaliar o impacto psicológico da vitimação, mas sim, para avaliar e apreciar as suas competências e características da sua personalidade, sendo relevante para o tribunal determinar em que as mesmas (características) podem influenciar o seu depoimento. Ou seja, o que está em causa é a credibilidade da testemunha, não a credibilidade da versão que esta apresenta dos factos²⁹⁷. Assim, com esta avaliação pretende-se saber se a criança possui os requisitos elementares para nos poder fornecer um relato credível sobre as suas experiências.

De seguida tratarei de expor as grandes problemáticas em relação à credibilidade do discurso da criança, nomeadamente: a distinção entre a verdade e a mentira, a distinção da realidade e a fantasia, as capacidades mnésicas, a linguagem e a sugestibilidade.

2.1.1. Distinção entre a verdade e a mentira

Esta avaliação de aferir a credibilidade do discurso da criança surge como resposta a uma ideia preconcebida, e baseada em más interpretações e aplicações incorretas de teorias psicológicas como as de Freud, de que a criança é mentirosa compulsiva e que permanece num mundo imaginário²⁹⁸.

Freud teve duas posições²⁹⁹ acerca da origem das neuroses das suas pacientes. Primeiro defendeu que a causa dos problemas de saúde mental, verificados em mulheres

²⁹⁴ RIBEIRO, Catarina, *op. cit.*, p. 114.

²⁹⁵ *Idem, ibidem...*, p. 115.

²⁹⁶ PISA, Osnilda, *Psicologia do Testemunho; Os Riscos na inquirição de crianças*, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Psicologia, Porto Alegre, 2006, p. 101.

²⁹⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23/10/2008 (Proc.º08P2869), Relator: Simas Santos, Base Jurídico Documental do MJ, www.dgsi.pt (última consulta 15 de outubro de 2016).

²⁹⁸ PEIXOTO, Carlos, *op. cit.*, p. 40.

²⁹⁹ Relativamente às posições de Freud sobre o tema de abuso sexual de crianças por adultos ver, entre outros: MILLER, Alice, *L'enfant sous terreur, L'ignorance d l'adulte et sin prix*, Aubier, 1986, pp. 129-141; ASHER, Shirley Joseph. *The Effects of childhood Sexual Abuse: A Review of the Issues and Evidence*, in *Handbook of Sexual Abuse of Children*, Lenore E.A Walker (ed),

adultas, era a sua exposição durante a infância a contactos sexuais com adultos, pais ou familiares próximos, e que estes contatos eram uma experiência comum entre estas³⁰⁰. Esta posição era conhecida como a teoria da sedução. Contudo, esta posição foi defendida por pouco tempo e Freud começou a entender que a atividade sexual entre adultos e crianças era fantasiada por estas e quando ocorria era entre elas³⁰¹. Estamos perante a teoria das pulsões, e Freud defendia que a explicação para a neurose seria, antes, o conflito psíquico provocado pelos impulsos sexuais em relação ao progenitor do sexo oposto (complexo de Édipo) e pelo desejo de eliminar o progenitor rival.

Nesta sequência destas teorias, Freud criou a teoria do complexo de Édipo, desacreditando, deste modo, as experiências de abuso sexual das suas pacientes perpetrado por elementos do seu seio familiar e fornecendo fundamento científico ao silêncio com que a sociedade desejava encobrir o abuso sexual intrafamiliar.³⁰²

Clara Sottomayor refere que ainda hoje a sociedade e, também, os profissionais da psicologia e do direito procuram “reprimir o horror que representa o fenómeno do abuso sexual de crianças dentro da família, para manterem as suas crenças em relação à bondade do mundo, sentindo-se interiormente impelidos, como forma de explicação para a sintomatologia da criança vítima de abuso sexual, a crer em causas alternativas ao abuso”³⁰³.

De acordo com Ana Sacau, “as falsas crenças dos profissionais envolvidos no procedimento judicial acerca da incidência da mentira nas declarações da criança são um dos maiores perigos na valoração do depoimento de uma criança vítima de abuso sexual”³⁰⁴.

Para Catarina Ribeiro, a capacidade de as crianças distinguirem a verdade e a mentira é fundamental para apurar-se a verdade dos factos, mas que não é exagerado sugerir que “esta é uma falsa questão uma vez que embora a capacidade de discernimento esteja presente na maioria dos adultos, mesmo assim, são proferidas mentiras nos tribunais do mundo inteiro”³⁰⁵. “Contrariamente à ideia amplamente difundida de que a criança revela menos capacidade para testemunhar que os adultos, os dados das

New Yorker, 1988, pp.4-6; LERMAN, Hannah, *The Psychoanalytic Legacy: From Whence We Come, Handbook of Sexual Abuse of Children*, Lenore E.A Walker (ed), New Yorker, 1988, pp.37-49.

³⁰⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *op. cit.*, p. 190.

³⁰¹ Os investigadores entendem que esta mudança de posição de Freud tem a ver com razões ligadas à moral dominante da época, e Freud não terá querido acusar de perversão a figura paterna e terá receado o seu próprio isolamento profissional. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *op. cit.*, pp.190-191.

³⁰² *Idem.*

³⁰³ *idem, ibidem...*, p.191.

³⁰⁴ SACAU, Ana, *A prova por declarações da vítima menor de idade: as especiais exigências de proteção da vítima e a descoberta da verdade*. in *Revista do CEJ*, 1º Semestre, nº15, 2011, p.318.

³⁰⁵ RIBEIRO, Catarina, *op. cit.*, p. 115

investigações³⁰⁶ têm vindo a demonstrar que as crianças revelam elevadas capacidades testemunhais e comunicacionais, bem como uma capacidade de discernimento superior à que frequentemente lhes é atribuída³⁰⁷.

Foram elaborados estudos³⁰⁸ sobre a incidência de depoimentos falsos protagonizados por crianças em tribunal e revelam que as crianças não têm tendência a mentir (entre 6% a 8% dos casos analisados são depoimentos falsos). A situação em que a mentira é mais frequente (os estudos revelam que a percentagem pode aumentar até aos 35% ou superar os 50%) quando são realizados no âmbito de separações e divórcios litigiosos.³⁰⁹

Deste modo, Ana Sacau refere que é no âmbito de separações e divórcios litigiosos que se deve ter um maior cuidado com os depoimentos realizados por crianças vítimas de abuso sexual, pois é nelas que existe um maior risco de o menor estar a sofrer a denominada síndrome de alienação parental (SAP). A síndrome de alienação parental é descrita como uma perturbação da infância, que aparece quando a criança recusa a relacionar-se com o progenitor que não detém a guarda³¹⁰. Devido ao facto de a criança estar a ser induzida por um dos pais (o que detém a custódia) contra o outro (geralmente o pai), com o objetivo de afastá-lo do menor, quebrando, desta forma, o vínculo afetivo. Este fenómeno ocorre no contexto do divórcio e das disputas sobre a guarda e as visitas, e nos casos mais graves, a campanha difamatória abrange acusações falsas de abuso sexual de crianças.

De modo a contextualizar este fenómeno, importa referir que a síndrome de alienação parental surgiu nos EUA, em 1985, com o objetivo de resolver o problema de recusa da criança ao convívio com o progenitor que não tem a sua guarda e de explicar o aumento das queixas de abuso sexual de crianças, em contexto de divórcio³¹¹.

³⁰⁶ ELDER, David P, *Investigation and Prosecution of Child Sexual Abuse Cases*, 19, Western State University Law Review Association, Inc, 1991. GOODMAN, Gail S, GOLDFARB, Deborah A, YONG, Jia Y, GOODMAN-SHAVER, Lauren, *Children's Eyewitness Memory: The Influence of Cognitive and Socio-Emotional Factors*, Roger Williams University Law Review, Vol. 19: Iss. 2, Article 7, Spring-2014, pp.476-512.

³⁰⁷ RIBEIRO, Catarina, *op. cit.*, p. 117. ORNSTEIN, P. A, SHAPIRO, L. R, CLUBB, P. A, FOLLMER, A. BAKER-WARD, L, *The influence of prior knowledge on children's memory for salient medical experiences*, in N.L. Stein, P.A. Ornstein, B. Tversky y C. Brainerd (Eds.): *Memory for everyday and emotional events*, Mahwah, N. Jersey: Erlbaum, 1997, pp.83-112.

³⁰⁸ ECHEBURÚA, Enrique, SUBIJANA, Igancio Jose, *Guía de buena práctica psicológica en el tratamiento judicial de los niños abusados sexualmente*, International Journal of Clinical and Health Psychology, 8, 2008, pp.733-749; JONES, D.P, MCGRAW, J.M, *Reliable and fictitious accounts of sexual abuse to children*, *Journal of Interpersonal Violence*, 2, 1987, pp.27-45. MANZARENO, Antonio L., *Credibilidad Y Exactitud de los Recuerdos de Menores Víctimas de Agresiones Sexuales*, Facultad de Psicología, Universidad SEK de Segovia, in *Anuario de Psicología Jurídica*, 10, 2000, pp.49-67.

³⁰⁹ SACAU, Ana. *op. cit.*, p.319. Ver também NICHOLSON, E.B., BULKLEY, J, *Sexual abuse allegations in custody and visitation cases: A resource book for Judges and Court personnel*, Washington: American Bar Association, 1988. BENEDEK, E. P, SCHETKY, D.H, *Allegations of sexual abuse in child custody and visitation disputes*, in D.H. Schetky y E.P. Benedek (Eds.), *Emerging issues in child psychiatry and the law*. New York, Brunner/Mazel, 1985.

³¹⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *op. cit.*, p.193.

³¹¹ *Idem.*

O criador da SAP, Richard Gardner, médico norte-americano especialista em psiquiatria infantil, fez a sua carreira profissional a defender indivíduos acusados de abuso sexual de crianças, e, das impressões clínicas retiradas das confissões dos seus clientes, elaborou uma teoria para a defesa destes em tribunal, à qual pretendeu atribuir carácter científico³¹². Teoria que tem sido rejeitada pela comunidade científica e pelos Tribunais norte-americanos³¹³. Deste modo, a SAP não é incluída na classificação estatística internacional de doenças e problemas de saúde da OMS (ICD-10) nem no Manual de Estatística e Diagnóstico da Academia Médica Americana, não podendo ser utilizada pelos Tribunais como diagnóstico de doença psíquica ou mental³¹⁴.

Embora se assista à aplicação desta teoria nos Tribunais portugueses, onde é retirada a guarda às mães que fazem a acusação do abuso sexual, quando esta não se prova no processo-crime, também existe uma divisão de opiniões demonstrável através de Acórdãos do Tribunal da Relação, quanto à validade científica da SAP.

No caso do Acórdão do Tribunal Da Relação de 19/05/2009³¹⁵, que a rejeitou, perante acusações de abuso sexual dirigidas por duas meninas contra o pai, o tribunal não considerou provados os abusos sexuais alegados, devido à inexistência de evidências físicas e biológicas, e de ter entendido que o testemunho das crianças não era válido, devido à tendência destas para confabulações e fantasias. Contudo, o Tribunal considerou provado que a rejeição da figura paterna era fruto de uma decisão livre das crianças, entendendo que não havia indícios de que estas tivessem sido induzidas pela mãe³¹⁶.

Por outro lado, o Acórdão da Relação de Lisboa de 26/01/2010, aceita a validade da tese da SAP, sendo transferida a guarda da mãe para o pai, em execução da recomendação de Gardner, num caso de acusação de abuso sexual contra o progenitor, que não ficou provada. O Tribunal fundamentou-se em elementos bibliográficos

³¹² As teorias de Gardner têm uma origem sexista e pedófila, na medida em que no seu livro auto-publicado, em 1992, intitulado “True and False Accusations of Child Sexual Abuse”, referia que as mulheres eram meros objetos, recipientes do sêmen do homem, e que as parafilias, incluindo a pedofilia, estão servidas pelo exercício da máquina sexual para a procriação da espécie humana. GARDNER, Richard, *True and False Accusations of Child Sex Abuse*, Creative Therapeutics, 1992, pp. 1-39. CINTRA, Pedro SALAVESSA, Manuel, PEREIRA, Bruno, JORGE, Magda, VIEIRA, Fernando, *Síndrome de alienação parental: realidade médico-psicológica ou jurídica?*, in *Julgar*, nº7, Janeiro-Abril, 2009, p. 197-204.

³¹³ DALLAM, Stephanie. *The Parental Alienation Syndrome: Is it Scientific?*, in St. Charles & L. Crook (Eds), *The failure of Family Courts to protect children from abuse in custody disputes*, 1999, disponível para consulta em www.leadershipcouncil.org/1/res/dallam/3.html (última consulta em 20 de Outubro de 2016).

³¹⁴ SOTTOMAYOR, Clara. *op. cit.*, p.217. CINTRA, Pedro SALAVESSA, Manuel, PEREIRA, Bruno, JORGE, Magda, VIEIRA, Fernando, *op. cit.*, p.198.

³¹⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19/05/2009 (Proc. Nº 2190/03.ITBCSC-B. L1-7), relator: Arnaldo Silva, in Base jurídico- Documental do MJ, www.dgsi.pt (última consulta em 6/10/2016).

³¹⁶ Noutro caso do Tribunal da Relação de Lisboa, o Tribunal entendeu que a rejeição da criança estava justificada pela rutura dos laços afetivos provocada pelo abuso sexual de que fora vítima pelo pai, aceitado como meios de prova o testemunho da criança e o parecer médico, bem como os testemunhos da mãe e da tia, pela firmeza e coerência. Neste acórdão podemos ver que se baseou na melhor literatura sobre o testemunho infantil, acreditando que a criança é dotada de inteligência e capacidade de expressão, pondo de parte teses antigas que defendem que a criança é fantasista por natureza. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12/11/2009 (Proc. Nº 6689/03.ITBCSC-A.L1-2), relator: Jorge Leal, Base jurídico- Documental do MJ, www.dgsi.pt (última consulta em 6/10/2016); SOTTOMAYOR, Clara, *op. cit.*, p.211.

provenientes apenas do lado dos defensores da tese da SAP, como é o caso da obra de José Manuel Aguilar, *Síndrome de Alienação Parental- Filhos manipulados por um cônjuge para odiar o outro*, não tendo o Tribunal consultado outras obras que rejeitam a validade científica desta tese³¹⁷.

Os Tribunais não podem ignorar que a falta de prova do abuso é comum, e que geralmente, o único meio de prova é o testemunho de uma criança, sendo logo desacreditada, devido à influência destas teses de alegações falsas de abuso sexual, que incutem nos profissionais a crença que as mães e as crianças mentem.

Faller adverte-nos para o facto de a percentagem destes casos ser reduzida, bem como para o facto de o divórcio ser também um dos contextos de emergência preferencial de denúncias verdadeiras. Segundo este autor, apenas 2% dos relatos de abuso sexual nestas situações corresponderiam a falsas alegações, sendo que 8% é a percentagem de casos correspondentes a situações em que a mãe já anteriormente tinha conhecimento do abuso mas só após o divórcio denuncia, 19% de casos em que a criança já tinha sido abusada mas só revela o abuso após o divórcio (percebendo do rompimento da aliança parental ou por medo de ser abusada novamente durante as visitas), 39% corresponde a casos em que o abuso iniciou-se após o divórcio e 32% correspondem a casos de erros não intencionais de interpretação por parte de um dos progenitores³¹⁸.

A SAP é um dos casos apontados pela Autora. A outra situação que pode levar a criança a mentir é a retratação. Alguns entendem que é uma fase do próprio processo de revelação do caso de abuso sexual e que acontece mais vezes que os casos de falsos testemunhos³¹⁹. De facto, é comum as situações em que as vítimas de abuso intra-familiar se retratam quando se apercebem das consequências negativas que o seu depoimento pode trazer para os progenitores dos quais dependem física e afetivamente³²⁰.

Algumas crianças e adolescentes utilizam a acusação de abuso sexual para fazer cessar outras formas de violência física, psicológica ou negligência, outras mentem porque são coagidas, e, nesse caso, a mentira pode ser no sentido de acusar falsamente um inocente, negar a prática do crime ou imputá-lo a terceiro para isentar o próprio agressor³²¹.

³¹⁷ SOTTOMAYOR, Clara, *op. cit.*, p.214.

³¹⁸ EHRENBERG, M, ELTERMAN, M, *Evaluating allegations of sexual abuse in the context of divorce, child custody, and access disputes*, in *True and false allegations of child sexual abuse: Assessment and case management*, New York: Brunner-Mazel, 1995. Ver também o estudo de THONNES, Nancy, TJADEN, Patricia G. *The Extent, Nature, and Validity of Sexual Abuse Allegations in Custody/Visitation Disputes*, in *Child Abuse & Neglect*, vol. 14, 1990, pp.151-163.

³¹⁹ SACAU, Ana, *op. cit.*, p.319.

³²⁰ SACAU, Ana, *op. cit.*, pp.319-320.

³²¹ PISA, Osnilda, *op. cit.*, pp 29-30.

Portanto, as crianças mentem por várias razões, ainda que tenham agido mediante coação, quiçá da própria mãe. Esta circunstância demonstra a necessidade de especial cuidado na investigação e na produção de prova³²².

Segundo os estudos³²³, a capacidade de distinguir a verdade e a mentira, é adquirida a partir dos 3/4 anos. No entanto, as capacidades de retenção, de organização do pensamento e de reprodução narrativa são mais limitadas nas crianças desta faixa etária, do que em crianças mais velhas³²⁴. A grande maioria delas acredita que pode ir presa se não disser a verdade no tribunal. E dado a este medo, a criança tem tendência a mentir menos do que o adulto³²⁵.

A distinção entre verdade e mentira poderá ser diretamente abordada com crianças mais velhas, questionando-as sobre se sabem o que é uma mentira e quais as consequências de dizermos mentiras. Já quanto às crianças mais novas poderão não ter esta percepção, e a distinção poderá ser avaliada através de exemplos do quotidiano, por exemplo nomeadamente através de jogos³²⁶.

Existe um conjunto de fatores que pode condicionar o testemunho de uma criança, e que vão para além da simples capacidade de distinguir a verdade e a mentira.

2.1.2 Distinção da realidade da fantasia

Há quem entenda que a criança é fantasista por natureza, e é mais ou menos conforme o seu temperamento, a idade, o ambiente em que vive, a educação que recebeu. Arquitecta a ideia, fantasia a cena e reproduz-la depois sempre do mesmo modo – facto que muito contribui para que se acredite na veracidade do crime que relata³²⁷.

Neste sentido, Lamb relembra que Piaget apresentou a fantasia da criança como o seu modo de compreender e apreender o mundo envolvente, sendo que a imaginação e o jogo simbólico são dois processos essenciais do desenvolvimento normativo³²⁸.

³²² *Idem.*

³²³ HALPÉRIN, D, *Parole d'enfant: Comment l'entendre? Comment la Croire? Crédibilité et Discernement*. La revue de la Société Française de Psychologie Légale, 2, 1997, pp.13-23; MANZARENO, Antonio L, *op. cit.*, pp.49-67; CHENEVIÈRE, C, GIRARDET, F, PROUST, S, WICKY, H.R, JAFFÉ, P., *Compréhension du monde de la justice par l'enfant. La revue de la Société Française de Psychologie Légale*, 2, 1997, pp. 3-11; BUSSEY, K., *Lying and truthfulness: Children's definitions, standards and evaluative reactions*, 63, Child Development, 1992, pp.129-137.

³²⁴ RIBEIRO, Catarina, *op. cit.*, pp. 117-118.

³²⁵ *Idem, ibidem...*, pp. 98-99.

³²⁶ MACHADO Carla, CARIDADE Sónia, ANTUNES Carla, *Avaliação Psicológica de Vítimas de Abuso Sexual*, in *Manual de Psicologia Forense: Contextos, práticas e desafios*, Braga: Editora Psiquilibrios, 2011, pp 96-97.

³²⁷ LOPES, Carlos, *Guia de Perícias Médico-Legais*, 7.ª Ed., Porto: Edição do Autor, 1982, p. 76.

³²⁸ LAMB, Michael E.; STERNBERG, Kathleen J.; ESPLIN, Phillip W.; HERSHKOWITZ, Irit; ORBACH, Yael, *Assessing the credibility of children's allegations of sexual abuse: a survey of recent research*. Learning and individual differences. 1997. Vol. 9, nº 2, p. 175.

Porém Carla Machado *et al.* referem que apesar de na idade pré-escolar as fronteiras entre a fantasia e a realidade serem relativamente vagas, o abuso é uma fantasia atípica, pois as fantasias infantis tendem a ser positivas (na resolução de problemas e não a criá-los). Apesar de para as crianças mais novas a linha que separa a realidade da fantasia ser mais ténue, na idade escolar já está estabelecida a capacidade de distinguir os factos reais dos fantasiados, além de que ainda não existe a capacidade desenvolvimental de elaborar por vingança, uma alegação de abuso que consiga ser credível³²⁹.

Quanto à questão da fantasia infantil e também da mentira, terá de se considerar certos aspetos, como por exemplo: se a criança teria ou não capacidade de fabricar aquele relato, de acordo com o que se conhece do seu nível de desenvolvimento; a sua capacidade de distinguir a verdade da mentira e realidade da fantasia e, por último, as motivações da criança. Por exemplo, Luís de Sousa refere que “no caso de serem feitas sucessivas entrevistas à criança, é expectável que ocorram inconsistências nas declarações, correspondendo isso a um fenómeno natural da memória que recorda aspetos diferentes do evento em diferentes ocasiões”³³⁰. Mas não é pelo facto de a criança selecionar diferentes aspetos do evento para relatar em diferentes entrevistas que isso significa que as novas informações estejam erradas³³¹.

De forma as crianças fazerem a distinção entre a realidade da fantasia poderá ser "abordada de forma lúdica, sendo que Hewitt propõe que a criança seja confrontada com afirmações verdadeiras (ex.: hoje vieste falar comigo e foi a tua mãe que te trouxe) e falsas (ex.: enquanto esperavas lá fora, ao teu lado estava sentado um palhaço), cabendo-lhe dizer, após cada afirmação, se esta é fruto de verdade ou se de imaginação”³³².

Desta forma, podemos concluir que existem dúvidas acerca da credibilidade do testemunho quando nos baseamos na capacidade imaginativa e fantasiosa da criança, mas também temos de ter presente que, apesar de fantasia estar presente e ser indissociável do desenvolvimento normativo da criança, esta é capaz de distinguir entre factos reais dos factos fantasiados³³³.

³²⁹ MACHADO Carla, CARIDADE Sónia, ANTUNES Carla, *op. cit.*, p.108.

³³⁰ SOUSA, Luís Filipe Pires de, *A prova testemunhal*, Coimbra: Almedina, 2016, p.46. WESTCOTT, Helen. *Child Witness Testimony: What Do We Know and Where We Going?* Child and Family Law Quarterly, vol. 18, n.º2, 2006, p. 118-179. SHANKS, Laurie, *Evaluating Children’s Competency to Testify: Developing a national method to assess a young child’s capacity to offer reliable testimony in cases alleging child sex abuse*, Cleveland State University, in *Cleveland Law Review*, 575, 2010, pp.575-602.

³³¹ *Idem.*

³³² MACHADO Carla, CARIDADE Sónia, ANTUNES Carla, *op. cit.*, p.96. HEWITT, S. *Assessing allegations of sexual abuse in preschool children*, Thousand Oaks: Sage, 1999.

³³³ PEIXOTO, Carlos, *op. cit.*, p. 30; KÖHNKEN, Gunter, MANZARENO, Antonio L, SCOTT, M. Teresa, *Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones*, in Anuario de Psicología Jurídica, 25, 2015, pp. 13-19. MANZARENO, Antonio L, *op. cit.*, pp.49-67.

2.1.3. Capacidades mnésicas

Segundo Baddeley, a memória envolve três momentos diferentes: "a codificação (registo da experiência na memória), armazenamento (prevenção da memória de acontecimentos num armazenamento a curto e a longo prazo) e a evocação (ato de recordar as experiências passadas)"³³⁴.

Neste sentido, a memória é um processo dinâmico em que nem toda a informação é retida e sofre alterações ao longo do tempo. Daquilo que é captado pelos sentidos, nem tudo fica retido na memória. Tanto a memória das crianças como a dos adultos é suscetível de erros, mas apesar de as crianças recordarem e relatarem menos informação do que um adulto, aquilo de que se recordam é exato³³⁵.

As crianças a partir dos dezoito a vinte meses são capazes de falar das suas experiências passadas, apesar de apenas conseguirem indicar acontecimentos recentes (geralmente após algumas horas ou poucos dias)³³⁶. A partir dos três anos de idade, elas são capazes de relatar memórias pormenorizadas, sobretudo, quando se tratam de acontecimentos emocionalmente positivos³³⁷.

Importa ressaltar que a organização e o conteúdo das memórias da infância são determinados pelo conhecimento da criança e pelo seu entendimento ao tempo do evento. Desta forma, as memórias da infância evocadas pelas crianças não devem conter conhecimentos que a criança não teria ao tempo do acontecimento (por exemplo, uma criança ter uma memória de se sentir culpada, esta memória é quase por certa falsa, pois as crianças com esta idade ainda não desenvolveram este sentimento).

³³⁴ Baddeley citado por PEIXOTO, Carlos, *op. cit.*, p. 44. Peixoto, C. E., Ribeiro, C., & Lamb, M. E. *Forensic interview protocol in child sexual abuse. Why and what for*. In Teresa Magalhães (Coord), *Abuse & Neglect Series: To improve the management of child abuse and neglect*, Porto:SPECAN, 2011, pp.133-60.

³³⁵ WEST COTT, Helen, *Child Witness Testimony: What Do We Know and Where We Going?*, Child and Family Law Quarterly, vol. 18, nº2, 2006, p.177, "reporta-se a estudos que revelam que percentagens de exatidão nos depoimentos na ordem dos oitenta e noventa por cento não são incomuns entre as crianças, desde que interrogadas sem delongas e de forma apropriada". PEIXOTO, C. E., RIBEIRO, C., LAMB, M. E., *op. cit.*, 2011, pp.133-60. CUNHA, Alexandra Quintã, *A Sugestionabilidade Interrogativa em Crianças: O Papel da Idade e das Competências Cognitivas*, Universidade do Minho, Escola de Psicologia, junho, 2010, p.33. MAZZONI, Giuliana, *Se Puede Creer a un Testigo? El Testimonio y las Trampas de la Memoria*, Madrid: Editorial Trotta, 2010, p.87.

³³⁶ PEIXOTO, Carlos, *op. cit.*, p. 44. Rui Paulo *et al.* refere que "no que concerne à memória, a criança já nasce com diversas competências desenvolvidas (...) Por volta dos 13-20 meses as crianças referem-se a episódios passados após vários meses da sua ocorrência. Numa fase inicial da infância, as memórias são codificadas e processadas maioritariamente de forma literal, ou seja, são retidos aspetos exatos e específicos da experiência – *traços verbatim*. Ao longo do seu desenvolvimento, as crianças começam a ser capazes de extrair o significado geral das suas experiências – *traços gist*, desenvolvendo a memória de essência que poderá permitir o armazenamento de informação durante mais tempo". PAULO, Rui, ALBUQUERQUE, Pedro B, BULL, Ray, *Investigative Interviewing of Children and Adolescents: A Developmental Perspective*, Psychology, nº28(3),2014, p.624.

³³⁷ Apesar de as "crianças apresentarem desempenhos elevados em tarefas de reconhecimento, particularmente de localização espacial, também apresentam baixos desempenhos em tarefas de evocação". Tal poderá ser explicado pela sua incapacidade em utilizar mnemónicas ou estratégias de recuperação. Nesta fase "as crianças ainda têm dificuldade para manter o material verbal no armazenamento fonológico, por meio da repetição fonológica, o que resulta numa memória de curto prazo menos eficaz". PAULO, Rui, ALBUQUERQUE, Pedro B, BULL, Ray, *op. cit.*, p.625

As capacidades mnésicas e as competências linguísticas da criança evoluem gradualmente e a função do imaginário vai reduzindo no funcionamento psicológico infantil, levando a que algumas limitações da idade pré-escolar sejam ultrapassadas.

Assim, a criança à medida que cresce vai adquirindo cada vez mais recursos cognitivos que lhe permitem recuperar e evocar as suas vivências. Numa recordação de uma criança de dez/onze anos já não são detetadas diferenças comparativamente à memória de um adulto, mas também outros autores indicam que é a partir dos doze anos que a capacidade de memória fica igualada à de um adulto³³⁸.

A emoção é um dos fatores que influencia o processo mnemónico. Segundo Fivush, o facto de o evento se tratar de uma situação traumática para a criança pode ter um impacto significativo na memória.³³⁹ Contudo, não existe consenso quanto ao seu impacto ser positivo ou negativo. Pois as emoções tanto podem afetar positivamente a recuperação da informação (já que se tratou de uma situação marcante), como os estados de grande agitação emocional podem afetar negativamente a recordação de pormenores.

Neste sentido, Maria Reis afirma que " a emoção, positiva ou negativa, pode potencializar ou inibir a recuperação da informação. Sabe-se que vítimas de grandes violências ou agressões costumam apresentar uma amnésia lacunar. Esquecem-se de tudo o que esteja relacionado ao evento"³⁴⁰. E acontece que muitas vezes as vítimas de abuso sexual apresentam sinais de perturbação emocional, como por exemplo, a ansiedade, depressão, baixa autoestima, etc. Portanto, o estado emocional de uma criança pode condicionar a qualidade do testemunho, apesar de depender da abordagem que é feita pelos diversos intervenientes.

A mesma Autora refere que tanto as emoções como o tempo decorrido, exercem influência no processo mnemónico de forma diferenciada, sendo que o tempo afeta negativamente a qualidade do testemunho³⁴¹.

Os estudos demonstram que o tempo que decorre entre o acontecimento e a tomada do testemunho é a variável com mais capacidade para distorcer a memória³⁴². Os efeitos provocados pelo tempo na memória são: o esquecimento e a introdução de informações

³³⁸ De acordo com Martin e Fabes no que diz respeito ao funcionamento cognitivo e mnésico dos adolescentes, este é equiparável ao dos adultos, deste modo podem ser entrevistados como tal no que concerne às suas capacidades intelectuais. MARTIN, C. L., FABES, R. *Discovering child development* (2nd ed.), Boston, MA: Houghton Mifflin Harcourt, 2009.

³³⁹ FIVUSH, R. *The development of autobiographical memory*, In Westcott, H.L., Davies, G.M. & Bull, R.H.C, *Children's Testimony*, West Sussex, England: John Wiley & Sons, Ltd, 2002, pp.55-116.

³⁴⁰ REIS, Maria Anabela Bento Marinho Nunes, *A Avaliação Psicológica do Testemunho em Contexto Judiciário: A Influência do Tempo e das emoções nos componentes mnemónicos do testemunho*, Dissertação de Mestrado em Comportamento Desviante e Ciências Criminais, Lisboa (FMUL), 2006, p.70.

³⁴¹ *Idem, ibidem...*, p.8.

³⁴² GOODMAN, Gail S, GOLDFARB, Deborah A, YONG, Jia Y, GOODMAN-SHAVER, Lauren, *op. cit.*, pp.476-512. SACAU, Ana, *op. cit.*, p.323.

novas. As crianças têm tendência para esquecer todo o tipo de informação (relevante, irrelevante, central ou periférica) mais rápido do que os adultos.

Por isso, assumindo que o tempo que decorre entre a revelação do abuso sexual e a primeira entrevista não pode ser controlado, torna-se necessário alertar para a importância da qualidade da mesma, uma vez que a inclusão de informações erradas provocadas por uma primeira entrevista mal dirigida possa começar a fazer parte dos relatos futuros, tornando-se "verdade" na memória da criança³⁴³. A criança vítima de abuso realiza diversas entrevistas, na maioria das vezes, por diferentes profissionais e que não têm formação na orientação das mesmas, e que por isso mesmo, podem colocar em causa todo o depoimento do menor.

Como referimos anteriormente, muitas vezes a criança passa a repetir como uma verdade, uma história implantada pelo progenitor alienador ou uma história fruto de percepções e suposições equivocadas de um adulto, que induz a criança a acreditar que foi vítima de abuso sexual. Essas acusações que a criança tem como verdadeiras nas suas recordações são chamadas de falsas memórias³⁴⁴. As falsas memórias são caracterizadas pela recordação de algo que nunca aconteceu, e que podem ser formadas pela interpretação errada de um acontecimento ou por indução de um adulto. E quanto mais tempo passa, maiores são as possibilidades da criança se recordar de factos que não ocorreram.

De acordo com Carla Machado *et al.* é importante analisar a forma como a criança é capaz (ou não) de relatar acontecimentos significativos ocorridos em diferentes momentos temporais (por exemplo, recorrer a marcos importantes na vida da criança, como o seu aniversário, férias, Natal, etc.), a forma de como a criança relata e se a evocação é espontânea ou se, pelo contrário, ela necessita de que sejam feitas perguntas para orientar a evocação (o que é típico em crianças mais pequenas)³⁴⁵.

Existem várias estratégias que devem ser seguidas pelos profissionais que contactam com a criança, uma delas é a audição da criança através de videoconferência, a outra é a declaração para memória futura, esta já consagrada por lei. De facto, não é na audiência que é colhido o melhor testemunho, pois a revelação do abuso sexual já terá ocorrido há muito tempo e a pressão de estar à frente de um juiz também não vai ajudar a criança a recordar-se e a relatar com a melhor exatidão o evento traumático.

³⁴³ SACAU, Ana, *op. cit.*, p.323. MANZARENO, Antonio L, *op. cit.*, p.59.

³⁴⁴ PISA, Osnilda, *op. cit.*, p.35. KOHNKEN, Gunter, MANZARENO, Antonio, L, SCOTT, M. Teresa, *op. cit.*, p.15-16.

³⁴⁵ MACHADO Carla, CARIDADE Sónia, ANTUNES Carla, *op. cit.*, p. 96.

2.1.4. Linguagem

Esta é outra dificuldade na obtenção da prova testemunhal junto da criança, não se trata, substancialmente, da linguagem utilizada pela criança, mas muito com a falta de preparação específica dos intervenientes judiciais para inquiri-la.

É importante que no momento da inquirição ambas as partes sejam capazes de interagir e de se compreenderem mutuamente. Para isso, é necessário o uso de uma linguagem acessível e inteligível, sem a utilização de conceitos complexos como termos legais, que possam dificultar a compreensão das questões colocadas e certificando-se que a criança compreende o que lhe foi perguntado³⁴⁶.

Num estudo realizado por Perry *et al*³⁴⁷, foi demonstrada a importância da utilização de uma linguagem simples, de acordo com o nível de desenvolvimento de cada criança. Esse estudo teve como participantes um conjunto de cento e vinte crianças e jovens entre os 5 e 22 anos, no qual assistiram a uma gravação em que se mostrava uma situação de conflito entre duas crianças, depois foi simulada uma sessão de julgamento para que essas crianças e jovens fossem testemunhas. O grupo foi dividido e uns respondiam a questões que eram colocadas recorrendo a uma linguagem jurídica e outros respondiam às mesmas, mas questionadas com uma linguagem mais simplificada³⁴⁸. Todos os intervenientes visualizaram a mesma cena e o conteúdo das questões eram o mesmo, só diferenciava a linguagem utilizada. A conclusão a que se chegou é que quando era utilizada uma linguagem simplificada havia uma diminuição de respostas "não sei" em mais de cinquenta por cento e em todos os níveis educativos³⁴⁹.

A aquisição e desenvolvimento da linguagem é um processo que se desenrola ao longo da infância. As primeiras palavras surgem por volta dos doze meses e ao redor dos dois anos a criança atinge o desenvolvimento conceitual necessário para o aperfeiçoamento da linguagem³⁵⁰. Até aos três anos e meio de idade, a capacidade da criança em comunicar de forma eficaz torna-se cada vez mais complexa, tanto ao nível do vocabulário recetivo como expressivo. No entanto, o vocabulário da criança é ainda muito limitado, apenas conseguindo vocalizar frases de cerca de duas palavras³⁵¹.

³⁴⁶ *idem, ibidem.*, p. 78. FISHER, R.P., GEISELMAN, R.E., *Memory-enhancing techniques for investigative interviewing: The cognitive interview*. Springfield, IL: Charles C. Thomas, 1992.

³⁴⁷ PERRY, N.W., MCAULIFF, B.D., TAM, P., CLAYCOMB, L., DOSTAL, C., FLANAGAN, C., *When lawyers question children: Is justice served?* in *Children and Law. The Essential Readings*, Oxford: Blackwell Publishing, 3ª edição, 2005, p. 304-331.

³⁴⁸ SACAU, Ana, *op. cit.*, pp.320-321.

³⁴⁹ *Idem, ibidem...*, p.321.

³⁵⁰ PAULO, Rui, ALBUQUERQUE, Pedro B, BULL, Ray, *op. cit.*, p.624.

³⁵¹ *Idem.*

Convém ressaltar que também é nesta fase que a criança, juntamente com a aquisição da linguagem, desenvolve a memória semântica, relativa a significados e conceitos. Assim sendo, o desenvolvimento da linguagem é muito importante para o desenvolvimento da memória humana. Pois, é a linguagem que permite às crianças classificarem as suas memórias e falar acerca de determinado acontecimento, facilitando a sua memorização³⁵².

A partir dos três anos de idade a capacidade comunicativa da criança torna-se cada vez mais complexa e esta já compreende questões como “o quê”, “quem” e “onde”, mas tem ainda muita dificuldade em compreender perguntas como “quando”, “como” e “porque”. Aos cinco anos e meio já se encontra mais familiarizada com as letras do alfabeto e já é capaz de interpretar e responder adequadamente a questões de resposta aberta³⁵³. No entanto, o profissional que inquirir a criança não deve superestimar as competências verbais desta, uma vez que apesar de a criança já possuir um vocabulário mais extenso, continua a ter algumas dificuldades em articular alguns sons³⁵⁴. Só a partir dos seis anos é que a criança começa a desenvolver a leitura e o vocabulário e a reconhecer as palavras pelo seu significado, em parte devido à sua entrada no sistema educativo³⁵⁵. Aos sete anos de idade tem ainda alguma dificuldade em usar corretamente termos como “antes” e “depois”, que permitem situar os eventos no tempo.

De facto, as crianças comparativamente com os adultos têm competências linguísticas limitadas, mas essa situação não deve ser entendida como falta de capacidade para prestar depoimento. Nesse sentido, basta que o entrevistador saiba conduzir a entrevista, sabendo adequar o seu discurso ao discurso da criança e ao seu nível de compreensão e desenvolvimento. Portanto, uma inadequada consideração das limitações da criança para depor pode reduzir a capacidade do tribunal em atingir o seu objetivo, que é a descoberta da verdade³⁵⁶.

³⁵² *idem, ibidem.*, p.625.

³⁵³ HERSHKOWITZ, I., LAMB, M. E., ORBACH, Y., KATZ, C., & HOROWITZ, D., *The development of communicative and narrative skills among preschoolers: Lessons from forensic interviews about child abuse*, *Child Development*, 83,2012, p.611-622.

³⁵⁴ WESTCOTT, H. L., DAVIES, G. M., BULL, R., *Children's testimony: A handbook of psychological research and forensic practice*, London: Wiley, 2002.

³⁵⁵ PAULO, Rui, ALBUQUERQUE, Pedro B, BULL, Ray, *op. cit.*, p.625. GESELL, A. *A criança dos 5 aos 10 anos*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1996. VIALLE, W., LYSAGHT, P, VERENIKINA, I., *Handbook on child development*. Katoomba, Australia: Social Science Press, 2000.

³⁵⁶ SACAÚ, Ana, *op. cit.*, p.325.

2.1.5. Sugestionabilidade

A definição tradicional de sugestionabilidade é de que as informações fornecidas após um evento influenciam as recordações do evento real³⁵⁷. Esta definição é baseada na memória, ou seja, a sugestionabilidade é uma forma de distorção da memória (a informação é inadvertidamente incorporada na memória), é intrínseca ao funcionamento normal da memória humana, sendo, portanto, uma tendência inconsciente da criança³⁵⁸.

Por outro lado, Ceci e Brucke propõem uma definição mais ampla, no qual a "sugestionabilidade diz respeito ao grau de como todas as fases de memorização e evocação podem ser influenciadas por uma série de fatores sociais e psicológicos"³⁵⁹. A pessoa pode aceitar a informação externa e estar plenamente consciente do acontecimento realmente experienciado. Esta definição difere das anteriores em três aspetos: em primeiro lugar, implica a possibilidade de aceitar informações e ainda estar totalmente consciente da sua divergência com algum evento original, como é o caso da confabulação³⁶⁰; em segundo, a sugestionabilidade pode resultar da prestação de informações anteriores ou após ao evento, e por último, pode resultar tanto de fatores cognitivos como de fatores sociais³⁶¹.

Loftus e Davies defendem que a pergunta importante não é se as crianças são sugestionáveis, mas sim, se as crianças são mais sugestionáveis do que os adultos³⁶². Deste modo, Ceci e Lust respondem à questão e afirmam que as crianças não são necessariamente mais sugestionáveis do que os adultos, mas existem fatores sociais e cognitivos, incluindo o contexto da entrevista, a atitude do entrevistador face à criança, que potencializam a sugestionabilidade das crianças³⁶³.

³⁵⁷ BUSSEY, Kay, *Allegations of Child Sexual Abuse. Accurate and Truthful Disclosures, False Denials, False Allegations and False Denials*, Citation:7 Current Issues Crim.Just 176, 1995-1996, p.185.

³⁵⁸ NEWCOMBE, Peter; SIEGAL, Michael, *Where to look first for suggestibility in young children*, in *Cognition*. 1996, n°59, pp. 337-356. "A sugestionabilidade é uma característica básica, natural e universal da memória humana e não apenas da memória infantil".³⁵⁸ SOUSA, Luís Filipe Pires de, *A prova testemunhal*, Coimbra: Almedina, 2016, p.47.

³⁵⁹ BRUCK, Maggi., CECI, Stephen. J, *The suggestibility of children's memory*, Annual Reviews, 55, 1999, pp.419-439. HRITZ, Amelia Courtney, ROYER, Caisa Elisabeth, HELM, Rebecca k., BURD, Kayle A., OJEDA, Karen, CECI, Stephen J. *Children's suggestibility research: Things to know before interviewing a child*, in *Anuario de Psicología Jurídica*, n°25, 2015, p.4.

³⁶⁰ A confabulação consiste na descrição detalhada e falsa de um acontecimento que alegadamente ocorreu no passado. Ocorre geralmente nas demências para preencher lacunas mnésicas. São caracteristicamente sugestionáveis (influenciadas por sugestões exteriores), são plásticas (vão mudando ao longo do tempo de acordo com as circunstâncias). Apesar de algumas asserções serem contraditórias, o doente não procede, habitualmente, a qualquer tentativa para as corrigir (disponível em <http://www.psiquiatrialisboa.pt>, última vez consultada a 3 de janeiro de 2017).

³⁶¹ Ceci e Brucke in BUSSEY, Kay, *op cit.*, p.185.

³⁶² WARREN, Amye; MCGOUGH, Lucy, *Research on children's suggestibility: implications for the investigative interview*, in *International perspectives on child abuse and children's testimony: psychological research and law*, Chicago: SAGE Publications Inc., 1996, pp. 32

³⁶³ Autores referidos por WARREN, Amye; MCGOUGH, Lucy, *op.cit.*, p. 168. CHAE, Yoojin, GOODMAN, Gail S, EISEN, Mitchell L., QIN, Jianjian, *Event memory and suggestibility in abused and neglected children: Trauma-related psychopathology and cognitive functioning*, *Journal of Experimental Child Psychology*, 110, 2011, pp.520-538.

As crianças em idade pré-escolar (0-5 anos) constituem um dos grupos mais vulneráveis à sugestão³⁶⁴. Hewitt citado por Carla Machado *et al* refere "o facto de as crianças dependerem mais de pistas externas para a evocação, serem incapazes de corrigir os adultos, terem tendência para acreditar no que estes lhes dizem e desejo de lhes agradar, serem incapazes de compreender questões complexas ou de analisar a origem do seu conhecimento (só por volta dos 6-7 anos é que são capazes de distinguir conhecimento factual do conhecimento proveniente de outras fontes) serem incapazes de perceber as intenções do outro, e de fazerem um armazenamento mais deficitário da informação, tendo, por isso, uma memória mais pobre sobre os eventos"³⁶⁵. É evidente que as crianças mais novas são mais vulneráveis à sugestão, e a sugestionabilidade pode ainda ser aumentada, no caso de o evento poder ser plausível para a criança, se a sugestão for repetida, ou se aquela envolver, não a criação total de uma memória, mas antes a distorção de um evento real³⁶⁶.

Por isso, deve-se adotar medidas específicas, quanto ao conteúdo, à forma, e ao contexto das questões formuladas, estas medidas deverão ser consideradas, igualmente, para crianças do grupo etário seguinte (5-11 anos de idade). Quanto ao desempenho dos adolescentes (a partir dos 11 anos de idade), tem sido comparado ao dos adultos, sobretudo em relação à qualidade e quantidade de memória, resistência à sugestão, conhecimento jurídico, compreensão das questões e produção de respostas³⁶⁷.

A investigação atual tem demonstrado que apesar das diferenças nas capacidades das crianças em função do nível de desenvolvimento em que se encontrem, estas não são tão sugestionáveis como se pensava inicialmente.

Existem alguns fatores que podem contribuir para aumentar a sugestionabilidade, destacando-se na capacidade da entrevista se tornar sugestionável para a criança e influenciar o seu relato. Há estudos que apontam no sentido de que depois de uma entrevista sugestiva, é virtualmente impossível distinguir entre relatos exatos e contaminados³⁶⁸.

Um dos fatores trata-se do tipo de questão que o entrevistador utiliza. Alguns profissionais da área defendem o uso de questões sugestivas, pois a seu ver, as crianças

³⁶⁴ LAMB, M., STERNBERG K.J, Esplin, P, *Conducting investigative interviews of alleged sexual abuse victims*, Child Abuse & Neglect, 22 (8),1998, pp. 813-823.

³⁶⁵ MACHADO Carla, CARIDADE Sónia, ANTUNES Carla, *op. cit.*, pp.108-109.

³⁶⁶ *Idem.*

³⁶⁷ CARIDADE, Sónia; FERREIRA, Célia; CARMO, Rui, *op. cit.*, p. 72. MANZARENO, Puebla, *Psicologia del Testimonio, Una Aplicacion de los Estudios Sobre la Memoria*, Madrid: Ediciones Pirámide, 2008, pp.286-287.

³⁶⁸ SOUSA, Luís Filipe Pires de, *op. cit.*, p.53. MENON, Amina, VRIDI, Aldert, BULL, Ray, *Psychology and Law, Second Edition*, Wiley, West Sussex, 2003, p.96.

sofrem com frequência de vergonha e medo, por isso inibem-se na hora de reportar o abuso. Também consideram que quando as crianças são inquiridas com questões abertas, elas tendem a dar menos informações, sendo mais vagas a dar detalhes sobre o evento ocorrido. Desta forma, o entrevistador utiliza um conjunto de técnicas mais sugestivas para que consiga obter a informação pretendida.

Se por um lado, o uso de técnicas mais sugestivas é uma forma de promover a participação da criança, por outro lado, estas técnicas tendem a levar falsos testemunhos. É de extrema importância evitar perguntas sugestivas que deem a entender à criança que o entrevistador está à espera de uma resposta em determinado sentido, pois esta situação pode levá-la a responder de forma desejável (de acordo com o intuito do entrevistador). É muito importante a atitude do entrevistador face à criança. Este deve evitar atitudes intimidatórias, coercivas ou intolerantes. As crianças veem-no como uma figura de autoridade e tendem a seguir a sua orientação/sugestão mesmo quando a informação seja diferente da que têm na memória³⁶⁹.

Neste sentido, o entrevistador também deve evitar fazer questões repetidas, dado que as crianças tendem a mudar as suas respostas, pois entendem que a razão da repetição da pergunta por parte do entrevistador deve-se ao facto de terem dado uma resposta errada³⁷⁰. A criança revela uma necessidade de comunicar com os adultos e de responder às suas solicitações, o que pode ser fatal em julgamento com crianças a serem induzidas a responderem afirmativamente ou negativamente em função do tom utilizado na questão feita, a maior ou menor autoridade exercida, ou a maior ou menor compreensão da solicitação³⁷¹.

Outra técnica sugestiva que se deve evitar é pedir à criança que imagine ou que faça de conta que o evento aconteceu na realidade, tentando, desta forma, criar uma imagem do evento para que se centre em detalhes e acreditar que realmente aconteceu, o que faz criar uma memória que não corresponde ao evento real³⁷².

Fivush entende que as crianças só são mais vulneráveis para certos tipos de perguntas enganosas, e que os eventos pessoais mais importantes são menos propensos à sugestão do que os eventos menos importantes. A informação enganosa é mais suscetível

³⁶⁹ CUNHA, Alexandra da Quintã, *op. cit.*, p.33.

³⁷⁰ Neste sentido ver o estudo de SIEGAL, M., WATERS, L.J., DINWIDDY, L.S, *Misleading children: causal attributions for inconsistency under repeated questioning*, in *Journal of Experimental Child Psychology*, nº45 (3), 1988, pp. 438-456.

³⁷¹ SACAU, Ana, *op. cit.*, p.321.

³⁷² Ceci e Brucke in BUSSEY, Kay, *op. cit.*, p.187.

de influenciar uma recordação quando se trata de detalhes periféricos do que aspetos mais centrais do evento³⁷³.

O abuso sexual de crianças é difícil de provar, e na maior parte dos casos não existe evidências físicas ou biológicas, e perante essa situação a criança tem de testemunhar. A principal estratégia que a defesa utiliza é "minar" a credibilidade da criança. Nos EUA existem casos em que o tribunal admite o testemunho de um especialista em entrevistas por parte da defesa, no sentido de verificar se foi feita corretamente a entrevista e, assim, poder descredibilizar a criança³⁷⁴.

Existe toda uma série de fatores que podem ajudar a que a criança faça o depoimento mais exato possível da realidade vivida, desde a adaptação do cenário até à linguagem mais adequada à idade do menor. Neste sentido, existe algum consenso generalizado: a entrevista deve ser iniciada, preferencialmente, com perguntas abertas; o entrevistador deve procurar adotar uma postura adequada à idade e ao nível de desenvolvimento da criança (privilegiando uma postura empática, não confrontiva e informal); contextualizar a importância do seu testemunho; atender ao estado emocional da criança, e reforçar e valorizar sempre o esforço despendido por aquela³⁷⁵.

Resumidamente e de acordo com Catarina Ribeiro a investigação tem vindo a demonstrar que existem três áreas "problemas" quanto às potenciais dificuldades de obtenção da prova testemunhal junto das crianças: a primeira tem a ver com as limitações associadas ao desenvolvimento e que poderão ser ultrapassadas através de uma abordagem mais adequada à criança; a segunda tem a ver com a falta de preparação dos interventores judiciais na inquirição do testemunho junto da criança, com dificuldade em adequar o discurso à idade e ao seu nível de desenvolvimento, e também em interpretar o que a criança diz, por último, o terceiro obstáculo tem a ver com o impacto psico-emocional da própria situação do testemunho e da participação direta da criança em tribunal³⁷⁶.

Segundo a Autora, de facto existe um conjunto de fatores emocionais que podem condicionar o testemunho da criança, destacando que a qualidade da participação da criança no processo depende muito dos intervenientes, “do acolhimento que lhe é

³⁷³ Fivush in BUSSEY, Kay, *op. cit.*, p.180

³⁷⁴ Caso *People vs Cardemone*, 381 Ap. 3d 462,885 N.2d 1159, 2008. MYERS, John E.B, *Expert Testimony in Child Sexual Abuse Litigation: Consensus and Confusion*, Citation: 4.U.C Davis Journal of Juvenile Law & Policy, vol. 14:1,2010, p.48.

³⁷⁵ Ribeiro in CARIDADE, Sónia; FERREIRA, Célia; CARMO, Rui, *op. cit.*, p. 76.

³⁷⁶ RIBEIRO, Catarina, *op. cit.*, pp. 118-119.

prestado, das dinâmicas da vitimação e da instabilidade emocional decorrente da alteração da estrutura familiar, do que da simples capacidade de distinguir verdade e mentira”³⁷⁷.

3. Entrevista forense

Tal como acabámos de ter o ensejo de verificar, depois de várias décadas de investigação conclui-se que a qualidade do testemunho de uma criança depende de vários fatores (desenvolvimento da linguagem, capacidade cognitiva e comunicacional, sugestionabilidade, distinção entre a mentira e a verdade), que influencia a forma como a criança participa no processo³⁷⁸. Ora, com vista a evitar erros que possam ser cometidos durante a audição da criança, foram desenvolvidos muitos protocolos de entrevista forense com valiosas recomendações que vamos agora ter a oportunidade de passar em revista³⁷⁹.

O conceito de entrevista forense não se identifica nem com a avaliação psicológica forense, nem com a entrevista clínica e muito menos com a entrevista terapêutica. Quanto à primeira o entrevistador forense não tem como finalidade “conhecer a aptidão psíquica e características psicológicas e de personalidade de quem irá prestar testemunho relevante para o Tribunal (...) Ou seja, o que está em causa é a credibilidade da testemunha e não a credibilidade da versão que esta apresenta dos fatos”³⁸⁰.

Relativamente à entrevista clínica, esta faz parte de um processo de avaliação psicológica. O seu objetivo é obter informações clínicas que possibilitem a caracterização do funcionamento psicológico do paciente. E, por último, o entrevistador forense não tem como objetivo ajudar a vítima a resolver conflitos intrapsíquicos ou ajudar a lidar com uma experiência traumática.

³⁷⁷ *Idem, ibidem...*, p. 116.

³⁷⁸ ROOY, David La, BRUBANCHER, Sonja P., AROMÁKI-STRATOS, Anu, CYR, Mireille, HERSHKOWITZ, Irit, KORKMAN, Julia, MYKLEBUST, T rond, NAKA, Makiko, PEIXOTO, Carlos E., ROBERTS, Kim P., STEWART, Heather, LAMB, Michael E., *The NICHD protocol: a review of an internationally-used evidence-based tool for training child forensic interviewers*, in *Journal of Criminological research, Policy and Practice*, Emerald Group Publishing Limited, Vol. 1, nº 2, 2015, pp. 76.

³⁷⁹ HOME OFFICE, *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: Guidance on Interviewing Victims and Witnesses and Using Special Measures*, London: Author, 2007. HOME OFFICE, *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: Guidance on Interviewing Victims and Witnesses and Using Special Measures*, London: Author, 2011. SCOTTISH EXECUTIVE, *On the record: Evaluating the visual recording of joint investigative interviews with children*, Edinburgh: Author, 2007. LAMB, M.E., ORBACH, Y., HERSHKOWITZ, I., ESPLIN, P.W., HOROWITZ, D., *A structured forensic interview protocol improves the quality and the informativeness of investigative interviews with children: a review of research using the NICHD investigative interview protocol*, in *Child Abuse and Neglect*, Vol. 31, nº 11--12, 2007, pp. 1201-31. LYON, T.D., *Interviewing children*, in *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 10, 2014, pp. 73-89. MINISTRY OF JUSTICE, *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Guidance on Using Special Measures*, Ministry of Justice, London, 2011. POWEL, M.B., *Recommendations for improving the competency of investigative interviewers of children*, paper presented at the 28th International Congress of Applied Psychology, Paris, 2014. YUILLE, J.C., COOPER, B.S., HERVÉ, H.F., *The step-wise guidelines for child interviews: the new generation*, in Casonato, M. and Pfafflin, F. (Eds), *Pedoparafil: Psychological Perspectives, Forensic Psychiatric*, Franco Angeli, Milan, 2009, pp. 120-41.

³⁸⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23/10/2008, (Proc. nº 08P2869), Relator: Simas Santos, Base Jurídico - Documental do MJ, www.dgsi.pt (última consulta 29 de setembro de 2016).

Contudo, muitas vezes o entrevistador é confrontado com alterações emocionais na criança, mas nesse caso, se este presenciar um estado debilitado por parte da criança, deverá propor que seja realizada uma avaliação psicológica forense prévia à realização da entrevista forense³⁸¹.

A entrevista forense é um método específico para aceder às memórias sobre os acontecimentos traumáticos experienciados pela criança, nomeadamente o abuso sexual³⁸². Constitui uma via para a descoberta dos factos, por isso, deve ser o primeiro procedimento de uma investigação criminal e/ou processo de proteção. A sua utilização inicial diminui o risco de contaminação de informações exteriores e informações erradas no discurso produzido pela criança, o que ajuda a prevenir a vitimização secundária, pois, idealmente, a entrevista forense além de dever ser o primeiro procedimento, também deve ser o único em termos de audição da criança.

Carlos Eduardo Peixoto *et al.* afirmam que a entrevista forense, na verdadeira aceção do seu conceito, só faz sentido quando inserido num sistema de intervenção integrada para intervir em situações de abuso sexual de crianças, como acontece nos modelos do Children`s Advocacy Center (CAC) ou das Children`s Houses (CH)³⁸³.

O modelo do CAC são serviços que surgiram em Huntsville, Alabama nos EUA, em 1985³⁸⁴. Estes serviços fornecem uma abordagem multidisciplinar com o objetivo de assegurar de forma concertada: o tratamento médico; a entrevista forense; o exame médico-legal; intervenção na crise e suporte da vítima; proteção; investigação criminal; revisão multidisciplinar do caso, e por último, acompanhamento do caso.

Este modelo surgiu para dar resposta ao problema das entrevistas repetidas e realizadas por profissionais com pouca ou nenhuma formação na arte e na ciência de extrair informações da criança³⁸⁵. Em alguns casos as crianças foram entrevistadas por várias ocasiões e por diversos profissionais³⁸⁶. Deste modo, o primeiro objetivo a alcançar

³⁸¹ PEIXOTO, Carlos Eduardo. RIBEIRO, Catarina. MAGALHÃES, Teresa, *Entrevista forense de crianças alegadamente vítimas de abuso*, In Magalhães, T. & Vieira D.N. (Coord), *Abuso & Negligência*, Maia: SPECAN, 2013 p.78.

³⁸² *Idem, ibidem...*, p.77.

³⁸³ *Idem, ibidem...*, p.76.

³⁸⁴ Robert E. "Bud" Cramer, Jr. foi o fundador da National Children's Advocacy Center. Ele exigia um sistema que trouxesse todos os elementos de resposta de uma investigação de abuso sexual de crianças juntos sob o mesmo teto, para fornecer o nível de serviço necessário para essas crianças vítimas. Os sistemas de resposta tinham de ser mudados para, fundamentalmente, proteger a criança, e punir o agressor. Em 1987 criou National Children's Alliance, uma organização sem fins lucrativos, encarregada de desenvolver padrões para CAC e garantir que os programas cumpram as normas. CHANDLER, Nancy, *Children's Advocacy Center: Making A Difference One Child At A Time*, in *Journal of Public Law and Policy*, nº 15, 2006-2007, pp.316-338.

³⁸⁵ VIETH, Victor L., *William Mitchell Conference On Childhood Sexual Abuse: The Forensic Interview At Trial: Guidelines For The Admission And Scope Of Expert Witness Testimony Concerning An Investigative Interview In A Case Of Child Abuse*, in *William Mitchell Law Review*, Mitchell Hamline School of Law, vol. 36, 2009, pp.187-188.

³⁸⁶ De acordo com algumas estimativas, em média as crianças podem ser entrevistadas dez vezes antes de ir a tribunal. CRONCH, Lindsay E, VILJOEN, Jodi L, HANSEN, David J, *Forensic interviewing in child sexual abuse cases: Current techniques and future directions*, in *Aggression and Violent Behavior*, 11:3 May-June, 2006, pp. 195-207.

é reduzir o número de entrevistas que as crianças realizam e melhorar a investigação, de forma a que as crianças “não sejam vitimizadas pelos sistemas de intervenção destinadas a protegê-las”³⁸⁷, em segundo assegurar a formação contínua dos profissionais, e em terceiro as necessidades das crianças devem estar sempre em primeiro lugar.

De facto, não existe nenhuma instituição ou disciplina que detenha o necessário conhecimento e recursos suficientes, para intervir com sucesso nos casos de abuso sexual se agir isoladamente. E uma das inovações mais importantes na prestação de serviços às crianças vítimas de abuso sexual, tem sido a proliferação destes modelos³⁸⁸, que usam a combinação do conhecimento e da prática de diferentes profissionais experientes desta área para uma melhor compreensão dos factos relativos a cada caso. Trata-se de uma efetiva resposta multidisciplinar, de qualidade, assegurada por uma equipa formal, competente do ponto de vista científico, técnico e cultural, que garante que as crianças não sejam revitimizadas pelo sistema.

Idealmente, as instalações deverão estar situadas num espaço neutro, para promover o bem-estar e a segurança das vítimas. A inovação destes modelos é a concentração dos diferentes serviços num mesmo espaço, devendo existir: uma área de receção com sala de espera e um espaço para as crianças brincarem, além de instalações sanitárias adequadas; um consultório médico com as instalações sanitárias privadas para a vítima; uma sala para a entrevista forense, com vidro unidirecional, permitindo que numa outra sala adjacente, e com um adequado sistema de som e de comunicação, os outros profissionais possam assistir à entrevista; uma sala de reuniões para a equipa e para as entrevistas à família, depois um sítio para arrumos e arquivos³⁸⁹.

De acordo com Teresa Magalhães *et al*, esta integração dos diferentes serviços num mesmo local, “facilita as funcionalidades das diversas intervenções, a celeridade e qualidade das respostas, a melhor comunicação entre os diversos profissionais, a comodidade e conforto para as vítimas e seus familiares, bem como um menor risco de os casos se “perderem” nos percursos entre as diversas instituições para as quais vão sendo encaminhadas”³⁹⁰.

Os serviços devem ser assegurados por profissionais específicos do CAC, designadamente, entrevistadores forenses treinados, assistentes sociais, assistentes

³⁸⁷ National Children’s Advocacy Center, *Child forensic interview model*, 2005. (consultado online: http://www.nationalcac.org/professionals/model/forensic_interview.html.)

³⁸⁸ Hoje em dia há mais de 700 centros nos EUA que seguem este modelo, os entrevistadores forenses são predominantemente, assistentes sociais e alguns polícias. MYERS, John E.E. MYERS, John E.B, *op.cit.*, p.43-44.

³⁸⁹ MAGALHÃES, Teresa. PEIXOTO, Carlos Eduardo, VIEIRA, Duarte Nuno, *op. cit.*, p. 35.

³⁹⁰ *Idem, ibidem...*, p.34.

administrativos, para que exista uma equipa fixa que garanta o funcionamento permanente do centro, e a coordenação do trabalho³⁹¹. Outros funcionários como médicos/enfermeiros, polícias, técnicos de serviços de proteção de criança, magistrados do Ministério Público, peritos médicos dos serviços médico legais e forenses, que detêm competências mais específicas, articulam-se com o centro, realizando protocolos³⁹².

É esta concertação de serviços que permite uma maior colaboração entre os diversos intervenientes e, conseqüentemente, uma melhor coordenação e celeridade na intervenção junto da criança em risco e/ou perigo.

Quanto ao modelo das CH, foram implementadas pela primeira vez na Islândia em 1988, seguindo-se, a Suécia (2005), a Noruega (2006), a Dinamarca (2009) e a Finlândia (2010). As CH baseiam-se no modelo norte-americano, procede-se em caso de crime contra as crianças, à centralização das várias diligências e intervenientes institucionais presentes no processo de inquérito judicial num único local, chamado "Casa"³⁹³.

Neste modelo o principal objetivo é que a entrevista forense seja o primeiro procedimento a ser realizado, devendo ser conduzida por um profissional devidamente habilitado para o efeito, e gravada num registo vídeo. Este procedimento evidencia um forte valor probatório, visto que é sempre realizada com a supervisão de um juiz, o que permite que esta diligência seja válida em sede de julgamento, para além de permitir aos intervenientes (magistrados, advogados, peritos, investigadores criminais e técnicos de serviços de proteção da infância) observarem a entrevista e, se necessário, solicitar esclarecimentos.

Em Portugal ainda não podemos falar de entrevista forense, na verdadeira aceção do seu conceito, por ainda não ter um modelo de cooperação multidisciplinar, apesar de já haver alguns avanços, nomeadamente, na realização de alguns protocolos como é o caso do Protocolo de colaboração entre os Ministérios da Justiça e da Saúde, do XIX Governo Constitucional e a Comissão Nacional de Proteção das Crianças e Jovens em risco, de que já falamos, e também, por exemplo, do sistema de declarações para memória futura que falaremos mais adiante, que permite uma aproximação ao procedimento da entrevista forense, ficando no entanto a faltar a sua articulação com os restantes procedimentos que nos modelos referidos têm lugar num verdadeiro sistema de integração integrada.

³⁹¹ CRONCH, Lindsay E, VILJOEN, Jodi L, HANSEN, David J, *op. cit.*, pp. 195–207. CHANDLER, Nancy, *op. cit.*, pp.316-338.

³⁹² Huizer citado por MAGALHÃES, Teresa. PEIXOTO, Carlos Eduardo, VIEIRA, Duarte Nuno, *op. cit.*, p. 36.

³⁹³ MAGALHÃES, Teresa. PEIXOTO, Carlos Eduardo, VIEIRA, Duarte Nuno, *op. cit.* p. 44.

Neste seguimento, têm sido adoptados diversos protocolos de entrevista forense, no qual falaremos a seguir, nomeadamente a entrevista cognitiva e o Protocolo do NICHD que têm como principal objetivo melhorar a precisão e a riqueza dos testemunhos das crianças e, deste modo, diminuir o número de entrevistas que as crianças realizam e melhorar a investigação.

3.1. Protocolos de Entrevista Forense: O Protocolo do NICHD (National Institute of Child Health and Human Development)

Existem diversos tipos de protocolos de entrevista forense operacionalizados em vários países, destacando-se entre eles: o Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings - Guidance on Interviewing Victims and witnesses, and Using Special Measures³⁹⁴; sucessor do Memorandum of Good Practice³⁹⁵; a Entrevista Cognitiva³⁹⁶; a Entrevista Passo-a-Passo³⁹⁷; o Protocolo de entrevista forense da Corner House – RATAAC³⁹⁸; e o Protocolo NICHD (National Institute of Child Health and Human Development) ³⁹⁹.

A maioria destes protocolos inspiram-se numa abordagem cognitiva, baseada na análise do conteúdo do relato da criança, onde a função mnésica assume particular centralidade⁴⁰⁰. Contudo, na literatura sobre entrevista forense a crianças, a EC e o Protocolo NICHD destacam-se pela existência de um maior número de estudos empíricos realizados.

A EC foi um procedimento desenvolvido pelos psicólogos Geiselman e Fisher, em 1984, originalmente elaborada para entrevistar adultos. Entretanto foi revista em 1992, e tem como objetivo melhorar a precisão e a riqueza dos testemunhos das crianças, sendo as entrevistas gravadas para evitar falhas da memória do entrevistado e interpretações equivocadas⁴⁰¹.

³⁹⁴ HOME OFFICE, *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Using Special Measures*, London: Author, 2011.

³⁹⁵ HOME OFFICE, *Memorandum of good practice on video recorded interviews with child witnesses for criminal proceedings*, London: Author, 1992.

³⁹⁶ FISHER, R. P., GEISELMAN, R. E., *Memoryenhancing techniques for investigating interviewing: The cognitive interview*, Springfield, MA: Charles C. Thomas, 1992.

³⁹⁷ YUILLE, J. C., HUNTER, R., JOFFE, R., & ZAPARNIUK, J., *Interviewing children in sexual abuse cases*, In G. S. Goodman & B. L. Bottoms (Eds.), *Child victims, child witness: Understanding and improving testimony*, New York: Guilford Press, 1993, pp.95-115.

³⁹⁸ ANDERSON, J., ELLEFSON, J., LASHLEY, J., LUKAS, A., MILLER, S. O., RUSSELL, A., ST AUFFER, J., WEIGMAN, J., *The cornerhouse forensic interview protocol: RATAAC*, Thomas M. Cooley, in *Journal of Practical & Clinical Law*, 12,2010, pp.193-332.

³⁹⁹ LAMB, M., HERSHKOWITZ, I., ORBACH, Y., ESPLIN, P., *Tell me what happened: structure investigative interviews of child victims and witnesses*, England: John Wiley & Sons Ltd, 2008.

⁴⁰⁰ RIBEIRO, Catarina, *op. cit.*, pp. 116.

⁴⁰¹ WILILIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque, BLEFARI, Carlos Aznar, PADILHA, Maria da Graça Saldanha, PEIXOTO, Carlos Eduardo, *Investigação de Suspeita de Abuso Sexual Infantojuvenil: O Protocolo NICHD*, Temas em Psicologia, Vol. 22, nº

O Protocolo do NICHD foi desenvolvido após a constatação da dificuldade que os profissionais têm de aderir às recomendações de boas práticas de entrevista, como por exemplo, a necessidade de se reduzir o número de questões sugestivas, fechadas e de múltipla escolha, aumentando o número de questões abertas. Este Protocolo reflete uma série de estudos realizados por Lamb e colaboradores, que seguiram tais recomendações obtendo, desta forma, resultados mais precisos⁴⁰². Neste sentido, um grupo de investigadores do NICHD desenvolveu um protocolo de entrevista forense com o objetivo de estabelecer diretrizes operacionais para a realização da entrevista forense a testemunhas vulneráveis, como é o caso das crianças⁴⁰³. Assemelha-se em muitos aspetos com a Entrevista Cognitiva, porém, esta carece de uma especificação mais detalhada de como o entrevistador deve formular as questões. Enquanto que o protocolo NICHD apresenta questões específicas para o treino de memória episódica, o que aumenta a efetividade da entrevista⁴⁰⁴.

O protocolo de entrevista do NICHD tem o benefício de abordar não só dimensões cognitivas, mas também valorizar a vertente emocional e dimensões psicológicas associadas ao abuso e à recordação dos fatos. Assim, este protocolo tem em conta domínios como o desenvolvimento cognitivo, linguístico, mnésico, sociomoral, emocional, relacional e indicadores de trauma psicológicos⁴⁰⁵.

Este protocolo é constituído por um conjunto de questões que devem ser seguidas pelos profissionais ao longo das diferentes fases da entrevista, no sentido de potenciar a capacidade de evocação mnésica e a capacidade narrativa do entrevistado, bem como reduzir a interferência do entrevistador no relato da criança, evitando perguntas sugestivas e recorrendo com mais frequência a questões abertas.

A sua utilização tem demonstrado ganhos significativos na qualidade das entrevistas efetuadas, sobretudo quanto à quantidade de informações mais detalhadas e mais completas sobre o acontecimento em questão⁴⁰⁶. Segundo o que os estudos revelam,

2,2014, pp. 415-432. FISHER, R. P., GEISELMAN, R. E. *Memoryenhancing techniques for investigating interviewing: The cognitive interview*, Springfield, MA: Charles C. Thomas, 1992.

⁴⁰² LAMB, M., HERSHKOWITZ, I., ORBACH, Y., ESPLIN, P, *Tell me what happened: structure investigative interviews of child victims and witnesses*, England: John Wiley & Sons Ltd, 2008. HERSHKOWITZ, I., FISHER, S., LAMB, M. L., HOROWITZ, D., *Improving credibility assessment in child sexual abuse allegations: The role of the NICHD investigative interview protocol*, in Child Abuse & Neglect, 2007.

⁴⁰³ Este "protocolo de entrevista recebeu a mesma denominação do Instituto, ou seja, Protocolo de Entrevista Investigativa NICHD, e está alicerçado na operacionalização das recomendações de pesquisadores para auxiliar nas investigações forenses ao conduzir as entrevistas com as crianças vítimas de AS." WILILIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque, BLEFARI, Carlos Aznar, PADILHA, Maria da Graça Saldanha, PEIXOTO, Carlos Eduardo, *op. cit.*, p.420. ORBACH Y, HERSHKOWITZ, I., LAMB, M. E., STERNBERG, K. J., ESPLIN, P. W., HOROWITZ, D, *op. cit.*, p. 733.

⁴⁰⁴ WILILIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque, BLEFARI, Carlos Aznar, PADILHA, Maria da Graça Saldanha, PEIXOTO, Carlos Eduardo, *op. cit.*, pp.415-432.

⁴⁰⁵ RIBEIRO, Catarina, *op. cit.*, pp. 118-119.

⁴⁰⁶ ORBACH Y *et al*, *op. cit.*, p. 733.

o entrevistador com o uso do protocolo, para além de obter informações significativamente mais relevantes para a investigação criminal, também obtém informações sobre a veracidade do testemunho⁴⁰⁷.

Este protocolo foi adotado em vários países, particularmente nos EUA pelos CAC, na Suécia, Canadá, Reino Unido e Israel, sendo que os resultados da sua aplicação demonstram um elevado nível de replicação dos efeitos na qualidade de informação⁴⁰⁸.

Segundo este protocolo, recomenda-se que a entrevista forense seja realizada numa única sessão. A criança deve ser entrevistada o menor número de vezes possível, pois o uso de entrevistas repetidas pode agravar o impacto traumático e aumentar o sentimento de insegurança da criança. Contudo, poderá ser necessário mais do que uma entrevista, como por exemplo, no caso de testemunhas com défices cognitivos ou com instabilidade emocional, mas nestes casos é recomendada a realização de uma prévia avaliação psicológica forense. Se então efetivamente for necessário mais do que uma entrevista, esta deverá ser conduzida pelo mesmo entrevistador⁴⁰⁹. Como ressaltamos, anteriormente, a repetição de entrevistas é um aspeto negativo, pois é uma das causas de vitimização secundária. Para a vítima é traumatizante ter que se lembrar e voltar a repetir vezes sem conta o que aconteceu, chegando mesmo a ser cansativo e incompreensível para ela. Para além disso, a criança ao longo das entrevistas torna-se menos colaborante e mais resistente em abordar certas questões. Neste sentido, recomenda-se que a entrevista seja o primeiro procedimento a ser realizado e que seja efetuado o mais cedo possível após o alegado abuso sexual. Tais práticas deverão ser reequacionadas e o protocolo sugere o registo da entrevista em formato de vídeo, pois a sua utilização permite a observação das interações não verbais, bem como das reações comportamentais do entrevistado e entrevistador, conseqüentemente a diminuição do número de vezes que a criança terá de realizar a entrevista⁴¹⁰. Pois, desta forma, permitiria a autoavaliação e supervisão da entrevista, aspetos que são essenciais para a melhoria da sua qualidade e eficácia.

Neste sentido, a sala de entrevista deverá estar equipada com um vidro unidirecional e com um sistema de gravação de vídeo, que também permite que os diversos intervenientes (órgãos de polícia criminal, advogados, peritos, magistrados do Ministério

⁴⁰⁷ HERSHKOWITZ, I., FISHER, S., LAMB, M. L., HOROWITZ, D, *op. cit.*, pp.99-110.

⁴⁰⁸ Williams *et al.* referem que “foi observado em mais de 40.000 entrevistas que o uso do protocolo melhorou drasticamente a qualidade da entrevista de investigação em diversos países”. WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque, BLEFARI, Carlos Aznar, PADILHA, Maria da Graça Saldanha, PEIXOTO, Carlos Eduardo, *op. cit.*, p.429.

⁴⁰⁹ PEIXOTO, C., RIBEIRO, C., LAMB, M, *op. cit.*, pp.133-160.

⁴¹⁰ PEIXOTO, Carlos Eduardo. RIBEIRO, Catarina. MAGALHÃES, Teresa, *op. cit.*, pp.92.

Público e juiz de instrução) possam observar e ouvir a entrevista podendo, desta maneira, pedir esclarecimentos ou solicitar mais informações, designadamente, no caso do juiz de instrução.

Quanto à formação do entrevistador forense não existe nenhuma recomendação específica relativamente à sua formação académica. Contudo, este deverá ter um conhecimento aprofundado sobre o desenvolvimento da criança e sobre a investigação científica mais atual relativa à violência exercida contra as crianças⁴¹¹, para além de necessitar de ter formação especializada em entrevista forense. De acordo com Stewart *et al.* “para se manterem níveis altos de qualidade de entrevista forense, deverá ser implementado um sistema de feedback sistemático, onde a formação contínua, a análise de entrevistas e a supervisão têm um papel central”⁴¹².

De acordo com a literatura admite-se que os psicólogos forenses sejam os profissionais mais bem capacitados para realizar a entrevista forense, uma vez que a sua formação os capacita com um conhecimento aprofundado sobre o desenvolvimento da criança, sobre metodologias para abordagem de vítimas e o sobre o tema de violência⁴¹³.

Lamb *et al.* dividiram o protocolo em duas partes, a parte pré-substantiva e a parte substantiva. Deste modo, a entrevista forense inicia-se com uma fase introdutória onde o entrevistador se apresenta, explica o seu papel enquanto entrevistador, clarifica o objetivo da entrevista e a tarefa que será exigida à criança, ou seja, a necessidade de descrever ao pormenor determinados detalhes e falar a verdade⁴¹⁴. O entrevistador deve também explicar determinadas regras, como por exemplo, o facto de a criança poder não responder à questão colocada caso não saiba a resposta, podendo responder à questão dizendo que “não sabe”, “não se lembra” ou “que não compreende” e dever corrigir o entrevistador quando for apropriado. Estas informações fornecidas à criança permite a maximização das suas competências para testemunhar, uma vez que ela se sentirá mais segura e confiante, como também menos sugestionável.

O entrevistador deve atender ao estado emocional da criança e reforçar e valorizar sempre o esforço despendido por aquela⁴¹⁵. A construção do vínculo é feita nesta fase e

⁴¹¹ *Idem, ibidem...*, p.91.

⁴¹² Stewart *et al.* referidos por PEIXOTO, Carlos Eduardo. RIBEIRO, Catarina. MAGALHÃES, Teresa, *op. cit.*, p.92.

⁴¹³ Nos EUA, no contexto do CAC, as entrevistas forenses são realizadas sobretudo assistentes sociais e polícias. Já no Reino Unido é conduzida, essencialmente, por polícias e nos restantes países, como por exemplo, Espanha, Bélgica e Finlândia, a entrevista é realizada por psicólogos forenses. PEIXOTO, Carlos Eduardo. RIBEIRO, Catarina. MAGALHÃES, Teresa, *op. cit.*, p.91. VIETH, Victor I, *op. cit.*, pp.196-197.

⁴¹⁴ WILILIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque, BLEFARI, Carlos Aznar, PADILHA, Maria da Graça Saldanha, PEIXOTO, Carlos Eduardo, *op. cit.*, p.426. PEIXOTO, Carlos Eduardo. RIBEIRO, Catarina. MAGALHÃES, Teresa, *op. cit.*, p.93. LAMB, M., HERSHKOWITZ, I., ORBACH, Y., ESPLIN, P., *Tell me what happened: structure investigative interviews of child victims and witnesses*, England: John Wiley & Sons Ltd, 2008.

⁴¹⁵ Catarina Ribeiro citada por MACHADO Carla, CARIDADE Sónia, ANTUNES Carla, *op. cit.*, p.76.

compreende duas subdivisões. A primeira diz respeito ao estabelecimento de uma relação de empatia com a criança, devendo o entrevistador estabelecer um bom relacionamento com esta, criando um ambiente descontraído no qual a criança se sinta mais segura e confortável para poder prestar o seu testemunho com mais tranquilidade. De acordo com a literatura, esta prática reduz a ansiedade e relutância da criança, aumentando, exponencialmente, a sua capacidade para prestar informações, quer em termos quantitativos, quer qualitativos. A segunda subdivisão refere que o entrevistador através de questões abertas deve solicitar à criança que descreva um acontecimento neutro, vivido recentemente. Nessa parte da entrevista, o objetivo da sessão é que a criança se familiarize com as questões abertas e com as técnicas que serão utilizadas na próxima fase. Sendo também uma das práticas recomendadas pelo Protocolo para aferir capacidade narrativa e de evocação da memória da criança.

Estudos realizados com o Protocolo demonstram que o desempenho da criança nesta fase inicial (fase pré-substantiva) é um indicador do seu desempenho na fase substantiva, no que diz respeito à quantidade e exatidão de informação revelada e à sua motivação para falar dos eventos que vivenciou⁴¹⁶.

O entrevistador deve continuar a utilizar as questões abertas até a criança identificar a situação de abuso. Caso a criança não aborde os factos, o Protocolo recomenda a utilização de questões cada vez mais focalizadas, sem nunca se mencionarem informações que remetam para o evento suspeito. Assim que a alegação tiver sido verbalizada pela criança, a fase substantiva começa através da utilização de questões abertas e de evocação orientada, que permitem situar a criança num ponto já referido anteriormente, como por exemplo, quando aconteceu o episódio, e sobre isso desenvolver uma narrativa livre. Esta metodologia irá permitir a estimulação da descrição espontânea e evocação mnésica livre sobre o acontecimento em questão, sendo a principal estratégia deste protocolo na obtenção de informação⁴¹⁷.

De acordo com o Protocolo o entrevistador deve obter o máximo de informação através da colocação de perguntas abertas, e só quando a criança der informação suficiente, é que o entrevistador pode passar para questões mais focalizadas, apenas para poder obter detalhes sobre o evento ocorrido. As questões diretas (“quando”, “como”, “o quê”, “quem”) podem ser importantes na identificação de informações nucleares que

⁴¹⁶ PEIXOTO, Carlos Eduardo. RIBEIRO, Catarina. MAGALHÃES, Teresa, *op. cit.*, p.94.

⁴¹⁷ ORBACH, Y., & PIPE, M. E, *Investigating substantive issues*, In M. E. Lamb, D. J. La Rooy, L. Malloy, & C. Katz (Eds.), *Children's testimony: A handbook of psychological research and forensic practice*, Chichester, UK: Wiley-Blackwell, 2ª Ed., 2011, pp.147-164.

ainda não foram fornecidas na narrativa livre⁴¹⁸. Contudo, após a utilização de perguntas mais diretas dever-se-á imediatamente utilizar uma questão aberta. As questões que trazem declarações sugestivas, como as que induzem a criança à resposta esperada, são fortemente desencorajadas durante a utilização do protocolo, uma vez que estas poderão contaminar o discurso da criança⁴¹⁹.

A literatura da especialidade recomenda a utilização de questões abertas, como metodologia central da entrevista forense. As crianças fornecem mais informação válida quando respondem a este tipo de questões, pois dá-lhes a possibilidade de descreverem o que realmente aconteceu, utilizando as suas próprias palavras, não existindo fornecimento de informação ou incitamento de resposta por parte do entrevistador⁴²⁰. Segundo Cronch *et al.* deve-se usar questões abertas com crianças mais velhas, enquanto que com crianças mais jovens pode ser relevante o uso de pequenas pistas e questões mais específicas⁴²¹, devendo o entrevistador adaptar a entrevista de acordo com o nível de desenvolvimento de cada criança. Como já sabemos, ao crescer, a memória da criança tende a ser mais rica, mais informativa e com um vocabulário mais descritivo e menos limitado.

No final da entrevista, o entrevistador deve perguntar à criança se esta pretende dizer mais alguma coisa acerca do assunto, e indicar-lhe que, se caso esta se lembrar de algo mais, que pode contactá-lo. A entrevista deve encerrar com um agradecimento à criança pela sua cooperação e com uma conversa de cariz neutro de forma a minimizar o seu impacto emocional.

O protocolo apresenta-se como um instrumento estruturado, sendo transmitidas mais informações e com qualidade superior àquelas obtidas por entrevistas com menos questões abertas. Deste modo, são produzidas respostas mais precisas, com relatos mais detalhados e ricos e com maior número de revelações⁴²².

Neste sentido, o Protocolo de entrevista forense NICHD tem sido reconhecido pela literatura como exemplo máximo da ciência aplicada ao domínio da entrevista com

⁴¹⁸ PEIXOTO, Carlos Eduardo. RIBEIRO, Catarina. MAGALHÃES, Teresa, *op. cit.*, pp.95.

⁴¹⁹ WILILIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque, BLEFARI, Carlos Aznar, PADILHA, Maria da Graça Saldanha, PEIXOTO, Carlos Eduardo, *op. cit.*, p.427.

⁴²⁰ LAMB, M.E. ORBACH, Y., HERSHKOWITZ, I., ESPLIN, P.W., HOROWITZ, D., *op. cit.*, pp.1201-1231.

⁴²¹ CRONCH, L. E., Viljoen, J. L., Hansen, D. J., *op. cit.*, pp. 201-203.

⁴²² Estudos realizados por diversos autores concluem que é possível quantificar um maior número de relatos e de detalhes forenses relevantes em entrevistas com o protocolo. ALDRIDGE, J., LAMB, M. E., STERNBERG, K. J., ORBACH, Y., ESPLIN, P. W., BOWLER, L., *Using a human figure drawing to elicit information from alleged victims of child sexual abuse*, in *Journal of Consulting and Clinical Psychology in the Public Domain*, nº 72, 2004, pp.304-316. CYR, M., LAMB, M. E., *Assessing the effectiveness of the NICHD investigative interview protocol when interviewing French-speaking alleged victims of child sexual abuse in Quebec*, in *Child Abuse & Neglect*, nº 33, 2009, 257-268.; HERSHKOWITZ, I., FISHER, S., LAMB, M. E., HOROWITZ, D., *op. cit.*, pp.99-110.; PHILLIPS, E., OXBURGH, G., GAVIN, A., MYKLEBUST, T., *Investigative interviews with victims of child sexual abuse: The relationship between question type and investigation relevant information*, in *Journal of Police and Criminal Psychology*, nº 27, 2012, pp.45-54.

crianças. Salientando-se ainda que apreciação pelas entidades judiciais em diversos países também tem sido positiva, sobretudo aumentando o impacto no número de casos envolvendo reconhecimento de culpa por parte do agressor e de condenações em julgamento⁴²³.

Portugal encontra-se ainda a dar os primeiros passos no âmbito da investigação e aplicação da entrevista forense. Diz Carlos Peixoto *et al* que com a implementação do Protocolo do NICHD, aplicado por entrevistadores forenses especializados, juntamente com as alterações legislativas necessárias, em que se sobressaem a admissão do registo em vídeo e a solicitação para memória futura no início da fase de inquérito, são requisitos necessários para a melhoria da obtenção da prova testemunhal⁴²⁴. De facto, apenas em 2007 com a obrigatoriedade da realização de declarações para memória futura, verificamos uma valorização no âmbito da obtenção da prova testemunhal a crianças vítimas de abuso sexual.

4. Declarações para memória futura

Embora Portugal ainda não tenha implementado o Protocolo de entrevista forense do NICHD, o nosso ordenamento jurídico prevê no art. 271º CPP a prestação de declarações para memória futura. Trata-se de uma medida que é utilizada na fase de Inquérito e tem-se revelado de grande utilidade e eficácia no plano da produção de prova. Durante esta fase a criança é inquirida pelo juiz de instrução com a finalidade de obter um registo em vídeo ou em áudio, de modo a evitar que aquela tenha repetidamente de ser submetida a mais entrevistas sobre o alegado abuso sexual de que foi vítima. O recurso às declarações para memória futura constitui um mecanismo que protege a criança, na medida que poderá evitar que esta tenha de estar presente na fase de julgamento. E, por isso, tem como princípio a não revitimização da criança, que já é confrontada com a realização de vários exames e perícias, bem como a prestação do seu testemunho, esta é uma medida que se pode considerar benéfica e "amiga" da criança⁴²⁵.

De acordo com Rui do Carmo as declarações para memória futura destinam-se não à proteção ou à validação de restrição aos direitos fundamentais, mas sim à "aquisição e

⁴²³ WILILIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque, BLEFARI, Carlos Aznar, PADILHA, Maria da Graça Saldanha, PEIXOTO, Carlos Eduardo, *op. cit.*, p.429. PIPE, M., ORBACH, Y., LAMB, M., Abbott, C., STEWART, H., *Do case outcomes change when investigative interviewing practices change?*, Psychology, Public Policy, and Law, nº 19(2), 2013, p. 179-190.

⁴²⁴ PEIXOTO, Carlos Eduardo. RIBEIRO, Catarina. MAGALHÃES, Teresa, *op. cit.*, p.96-97.

⁴²⁵ Magalhães citada por COSTA, Ana, *Os crimes contra a autodeterminação sexual na Justiça Penal Portuguesa*, Projeto de Graduação, Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2012, p.25.

validação da formação antecipada da prova, quando motivos excepcionais o exigem”⁴²⁶. Este procedimento é uma exceção ao princípio da imediação vigente no nosso ordenamento jurídico, segundo o qual as declarações que podem ser utilizadas como prova em julgamento, e, portanto, para fundamentar uma condenação terão de ser prestadas em audiência de julgamento⁴²⁷.

4.1. Enquadramento legal

As declarações para memória futura foram introduzidas no CPP de 1987, permitindo que em " caso de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro de uma testemunha, que previsivelmente a impeça de ser ouvida em julgamento", se pudesse " proceder à sua inquirição no decurso do inquérito, ou também, oficiosamente, durante a instrução, a fim de que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento"(art.s. 271º e 294º do CPP)⁴²⁸.

Na revisão de 1998, as declarações para memória futura foram alargadas ao testemunho de vítimas de crimes sexuais. No ano seguinte, foi publicada a Lei de Proteção de Testemunhas que criou normas específicas sobre a participação em atos processuais de testemunhas especialmente vulneráveis⁴²⁹, vulnerabilidade que pode resultar da sua diminuta idade ou avançada idade, ou de " ter de depor ou prestar declarações contra pessoa da própria família ou de grupo social fechado e, que esteja inserida numa condição de subordinação ou dependência"(art.s. 26º, nº2 e art. 28º).

Com a revisão de 2007, o art. 271º sofreu profundas alterações, alargou o seu âmbito de aplicação passando abranger, a par dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, também as vítimas de crime de tráfico de pessoas. No que diz respeito aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, passou a ser obrigatória inquirição do ofendido no decurso do inquérito, desde que a vítima não seja maior. A omissão de tomada de declarações para memória futura do menor constitui uma nulidade sanável (art. 120º, nº2 al. d) do CPP), uma vez que se trata de um ato legalmente obrigatório do inquérito.

No dia 1 de dezembro de 2012, entrou em vigor no nosso ordenamento jurídico a Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração

⁴²⁶ CARMO, Rui do, *Declarações para Memória Futura. Crianças Vítimas de Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual*, in *Revista do Ministério Público* nº134, abril-junho, 2013, p.150.

⁴²⁷ Ribeiro in CARIDADE, Sónia; FERREIRA, Célia; CARMO, Rui do, *op. cit.*, p. 66

⁴²⁸ *Idem*.

⁴²⁹ *Idem, ibidem...*, p. 67.

Sexual e os Abusos Sexuais, assinada em Lanzarote, em 25/10/2007, cujo o art. 35º contém um conjunto de normas importantes que devem ser respeitadas, nomeadamente, quanto registo em vídeo das declarações.

Por fim, a Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13/12/2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, substituiu a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, prevendo-se uma reformulação do art. 271º, nº2 do CPP e das práticas judiciais dominantes. Esta Diretiva vai de encontro ao conjunto de normas proclamadas pela Convenção de Lanzarote, destacando-se: a formação especializada que os profissionais que entrevistam a criança terão que receber e o depoimento da criança que terá que ser gravado por meios audiovisuais, permitindo o registo das emoções reveladas nas expressões faciais da criança e deste modo garantir a credibilidade do seu testemunho⁴³⁰. Assim, estas gravações poderão ser utilizadas como prova em momentos posteriores do processo judicial, sem que a criança necessite de ser novamente inquirida⁴³¹.

4.2. Finalidade e fundamentos das declarações para memória futura

De acordo com o nosso processo de estrutura acusatória, a produção de prova que deve servir para fundamentar a convicção do julgador, tem de ser realizada na audiência e segundo os princípios naturais dessa mesma estrutura: os princípios da imediação, oralidade e da contrariedade na produção da prova⁴³².

O nº1 do art. 355º do CPP confirma essa mesma estrutura acusatória, indicando que “não valem em julgamento, nomeadamente para efeito de formação de convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência”⁴³³. Porém, o nº2 do art. 355º⁴³⁴ ressalva exceções, às quais são depois enunciadas nos art.s.s 356º e 357º. O art. 356º permite, nomeadamente, a leitura em audiência de declarações do assistente, das partes civis e de testemunhas, se tais declarações tiverem sido tomadas nos termos do art. 271º e 294º, isto é, das chamadas declarações para memória futura⁴³⁵.

⁴³⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *op. cit.* p.290.

⁴³¹ *Idem.*

⁴³² Damião da Cunha citado por BUCHO, Cruz, *Declarações para memória futura (elementos de estudo)*, Tribunal da Relação de Guimarães, 2012, p. 3, disponível em <http://www.trg.pt>, (última consulta 10 de outubro de 2016).

⁴³³ *Idem.*

⁴³⁴ “Ressalvam-se do disposto no número anterior as provas contidas em atos processuais cuja leitura, visualização ou audição em audiência sejam permitidas, nos termos dos artigos seguintes.”

⁴³⁵ BUCHO, Cruz, *op. cit.*, p. 3.

O legislador não podia deixar de atender às realidades do dia-a-dia e como afirma Alberto dos Reis "pode na verdade, suceder que a produção de determinada prova apresente carácter de urgência incompatível com a espera do momento normal e oportuno da audiência de julgamento; pode dar-se o caso de haver risco de perda duma prova se houver de aguardar-se por aquele momento"⁴³⁶.

Da leitura do art. 271º conclui-se que existem dois tipos de razões distintas justificadoras do recurso a esta medida: a previsível impossibilidade de comparência em audiência de discussão e julgamento, aquando de doença grave ou deslocação para o estrangeiro, e no caso de depoimento de vítima de crime de tráfico de pessoas e de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual⁴³⁷. Em ambas as razões o objetivo de recolher o depoimento antecipado é de impedir que a obtenção de prova necessária ao apuramento da verdade se torne inviável.

O autor anteriormente referido sublinha que “a justificação sumária da necessidade da antecipação da prova deve consistir na alegação dos factos e circunstâncias conducentes a mostrar que há justo receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a produção em audiência, da prova cuja antecipação se pretende obter”⁴³⁸.

No caso de doença grave, de deslocação para o estrangeiro, a tomada de declarações para memória futura está dependente de um juízo de prognose sobre a impossibilidade de audição da testemunha (do assistente, partes civis, perito ou consultor)⁴³⁹. Aqui, o pressuposto da antecipação, é a previsibilidade do impedimento da comparência na audiência de discussão e julgamento em razão da doença grave ou na deslocação para o estrangeiro⁴⁴⁰. Se nestas duas situações se visa impedir que venha a ser inviável a recolha de prova necessária ao apuramento da verdade, no caso das vítimas vulneráveis procura-se, também, garantir a sua proteção e genuinidade das declarações⁴⁴¹.

Segundo Pinto de Albuquerque, a introdução desta “hipótese atípica de produção antecipada de prova” (por se tratar de uma hipótese, até ali atípica, de produção antecipada da prova), fica-se a dever ao argumento de que estas vítimas deveriam ser poupadas ao vexame de ter de repetir a sua experiência e de reviver a sua dor vezes sem conta, diante dos OPC, do MP, do tribunal de julgamento e neste tantas vezes quantas o

⁴³⁶ REIS, José Alberto dos, *Código Processo Civil Anotado*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 3ª Edição, 1981, p. 332.

⁴³⁷ Ribeiro in CARIDADE, Sónia; FERREIRA, Célia; CARMO, Rui do, *op. cit.*, p. 68.

⁴³⁸ REIS, José Alberto dos, *op. cit.*, p. 332.

⁴³⁹ BUCHO, Cruz, *op. cit.*, p.33.

⁴⁴⁰ SILVA, Germano Marques da, *op. cit.* pág.138.

⁴⁴¹ CARMO, Rui do, *op. cit.*, p.154.

juízo tivesse de ser repetido⁴⁴². Aliás, o preceito normativo impõe que a menor vítima de crime sexual seja submetida a audição para memória futura, com o objetivo de evitar a vitimização secundária.

Como bem sublinha Rui do Carmo, a assunção de medidas para que a tomada de declarações se realize o mais breve possível após a ocorrência ou ao conhecimento do facto, decorre da necessidade de se terem em consideração as especificidades dos factos e da testemunha, para que o relato seja obtido nas melhores condições e a vítima seja protegida⁴⁴³. Estamos a falar do possível condicionamento do relato por causa da proximidade física e/ou relacional com o suspeito; do risco de incorporação no relato de narrativas e de elementos que tenham sido transmitidos, uma vez que a fiabilidade do testemunho é condicionado pela passagem do tempo, de tal modo que quanto mais tarde for efetuada a produção de prova menor será, em regra, a atendibilidade dos resultados obtidos⁴⁴⁴; da necessidade de proteger a criança de eventuais efeitos vitimizadores da participação no processo⁴⁴⁵, assim como a condução do interrogatório e as condições em que é realizada podem ter sobre o testemunho, impõem a adoção de regras e cuidados específicos para a audição destas testemunhas⁴⁴⁶.

Catarina Ribeiro salienta que a repetição de inquirições acerca do mesmo assunto para além de ser penoso para a criança, leva a distorções da informação e, conseqüentemente, a alterações da perceção e relato do facto vivido, o que dificulta claramente a investigação judicial e a integração psicológica da situação por parte da criança⁴⁴⁷.

O recurso às declarações para memória futura constitui um mecanismo que pode mitigar, em parte, os riscos de vitimização secundária e de distorção probatória, evitando a necessidade de o menor ter de estar presente na fase de juízo⁴⁴⁸. Apesar que caso o juiz o entenda, e apesar de ter sido realizado o registo das declarações para memória

⁴⁴² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p. 685. Neste sentido, Mouraz Lopes, *Garantia Judiciária no Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 45, salienta que a razão de ser do novo normativo "(...) busca-se essencialmente na não sujeição das vítimas a interrogatórios sucessivos e quase sempre traumatizantes que os renomear dos factos em questão encerram. Por outro lado, quando se trata de menores vítimas de crimes contra a autodeterminação sexual, é não só a sua proteção como também a necessidade de percecionar de uma maneira mais real os factos ocorridos, sendo certo que a revelação dos factos em que se viu envolvido poderá não ser de fácil 'acesso', dados os naturais bloqueios psicológicos que o menor constrói."

⁴⁴³ CARMO, Rui do, *op. cit.*, p. 154.

⁴⁴⁴ SILVA, Sandra, *op. cit.*, p. 38.

⁴⁴⁵ Como refere Sandra Silva, as investigações empíricas no domínio da vitimologia têm demonstrado que o dever de testemunhar comporta um efeito de vitimização secundária em que a criança é levada a recordar e a reviver os sentimentos negativos vivenciados aquando da infração. SILVA, Sandra, *op. cit.*, pp. 111-112.

⁴⁴⁶ CARMO, Rui do, *op. cit.*, pp. 154-155.

⁴⁴⁷ RIBEIRO, Catarina, *op. cit.*, p. 121.

⁴⁴⁸ BUCHO, Cruz, *op. cit.*, p. 45.

futura, a criança pode ter de comparecer em audiência de julgamento, nos termos do nº8 do art. 271º do CPP.

Como já referimos anteriormente, este procedimento é realizado na fase de inquérito ou de instrução, sendo uma exceção ao princípio da imediação, porque embora percecionada de modo direto por um juiz, a prova é produzida perante um juiz (de instrução) que é, em regra, diferente daquele que a vai valorar (juiz de julgamento)⁴⁴⁹. O legislador quando introduziu esta medida no Código Processo Penal de 1987, admitiu um mecanismo suscetível de aumentar os níveis de eficácia na fixação e validação probatória em matéria penal, sem colocar em causa a sua estrutura acusatória⁴⁵⁰. Impondo, assim, a observância de um conjunto de garantias e regras que impeçam que a estrutura do processo seja alterada ou que os direitos do arguido sejam diminuídos⁴⁵¹.

4.3. Realização da diligência

Como já foi referido, no caso de processo por crime contra a liberdade e a autodeterminação sexual do menor, esta diligência é obrigatória, efetua-se na fase de inquérito (exceto quando da sua realização a vítima seja maior)⁴⁵², e tem que ser obrigatoriamente realizada pelo juiz com a presença do MP e do defensor do agressor.

O CPP apenas indica-nos que as declarações para memória futura são obrigatoriamente realizadas no decurso do inquérito, já o art. 28º da Lei de Proteção de Testemunhas é bem mais preciso quanto ao momento em que estas devem ocorrer, indicando que a testemunha especialmente vulnerável deve ser “inquirida o mais brevemente possível após a ocorrência do crime”.

O objetivo destas normas é no sentido de proteger a criança, não a sujeitá-la a interrogatórios sucessivos que quase sempre são traumatizantes, ou seja, evitar a vitimização secundária. Para além disso, é corroborado pela investigação que a entrevista mais exata é a primeira e de que “um intervalo de tempo curto entre o acontecimento e o relato diminui o risco de enviesamento e erros, enquanto um longo intervalo de tempo e entrevistas múltiplas tornam difícil uma inquirição adequada”⁴⁵³.

Todavia, não é o que acontece, a prática judiciária é tudo menos uniforme nesta matéria⁴⁵⁴. Na maioria dos processos os menores são confrontados com os factos diversas

⁴⁴⁹ *Idem, ibidem...*, pp.11-12.

⁴⁵⁰ BRAZ, José, *Investigação Criminal: a organização, o método, e a prova: os desafios da nova criminalidade*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 126.

⁴⁵¹ *Idem*.

⁴⁵² Pode ocorrer nos casos previstos pelo disposto no nº2 do art.115º e no nº5 do art.118 do C.P.

⁴⁵³ Isabel Marques Alberto citado por CARMO, Rui do, *op. cit.*, p. 162.

⁴⁵⁴ CARMO, Rui, *op.cit...*, p. 161.

vezes, por regra a inquirição judicial da criança é realizada numa fase avançada da investigação, depois de já ter sido inquirida pelos OPC, pelo MP e pelos técnicos das CPCJ, que no âmbito dos processos de promoção e proteção de menores se deparam com conjunturas que evidenciam a prática de crime⁴⁵⁵. Há que também contabilizar a necessidade de os menores serem submetidos a exame médico-legal e a perícia sobre a personalidade, apesar de não terem, necessariamente, de ser confrontados com os factos experienciados, o que na verdade contribui igualmente para a dupla vitimização do menor. No que respeita à realização da perícia sobre a personalidade, ela não deve atrasar a concretização das declarações, podendo ocorrer após estas.

Catarina Ribeiro no seu estudo sobre processos judiciais de abuso sexual intrafamiliar, indica que “as crianças contaram, em média, oito vezes os factos em investigação”⁴⁵⁶. De facto, como evidencia Rui do Carmo, a persistente pluralidade de inquirições “é uma realidade que nem a recomendação legal para que tal fosse evitado e a admissibilidade da tomada de declarações para memória futura que constavam já do art. 28º, nº2 da Lei de Proteção de Testemunhas nem a sua posterior obrigatoriedade afirmada na redação de 2007 do Código de Processo Penal tiveram, por si, só o condão de eliminar”⁴⁵⁷.

Para além destas normas, a Convenção de Lanzarote determina que para preservar os interesses da criança e evitar que esta sofra, estas devem ser ouvidas após a denúncia dos factos às autoridades competentes; que o número de audições seja limitado ao mínimo e na estrita medida do necessário para a evolução do processo; que se possível e apropriado, as audições da criança sejam efetuadas pelas mesmas pessoas, e por último, que as audições devem ser gravadas em vídeo e ser aceites em tribunal como elemento de prova, segundo as regras previstas no direito interno de cada Estado⁴⁵⁸.

A gravação das declarações constitui um meio de proteção da criança, na medida em que evita ou limita as repetições traumáticas, minimizando a vitimização secundária, para além de permitir recolher informações de melhor qualidade. Paulo Pinto de

⁴⁵⁵ “Sobre a inquirição para memória futura de menores e a articulação entre o processo penal e a promoção e proteção de menores existe a seguinte reflexão e conclusão do Encontro da Rede de Magistrados do MP dos Tribunais de Família e Menores de 27/11/2008: A questão colocada reporta-se às dificuldades e constrangimentos que decorrem da distinta natureza dos processos instaurados - o processo-crime e o de promoção e proteção - devendo o MPº, em qualquer das jurisdições, pautar a sua atuação pelo dever de assegurar o superior interesse do menor e, nessa medida, lançar mão das iniciativas e mecanismos legais que melhor satisfaçam tal desiderato. Desde logo, impor-se-á uma estreita articulação entre os Magistrados das referidas jurisdições, devendo também ser levada a efeito, logo que possível, a diligência de declarações para memória futura prevista no artigo 271º do CPP, assim se acautelando a genuinidade do depoimento, minimizando, em simultâneo, o dano na pessoa do menor que sucessivos e tardios relatos potenciam. Certo é que apenas a ponderação casuística das situações, a efetuar por aqueles Magistrados, permitirá trilhar o caminho mais adequado e eficaz.”, disponível em <http://www.pgdlisboa.pt> (última consulta 10 de outubro de 2016).

⁴⁵⁶ RIBEIRO, Catarina. *op.cit.*...p. 180.

⁴⁵⁷ CARMO, Rui, *op. cit.*, pp. 161-162.

⁴⁵⁸ Ponto 236 da Introdução e alíneas a), d) e e) do nº1 e nº2 do art.35º (Audição da Criança) da Convenção de Lanzarote.

Albuquerque refere que gravação vídeo, “apresenta a vantagem incontestável de reproduzir integralmente não só os seus dizeres, mas também todas as perguntas feitas, bem como as circunstâncias da entrevista. Permite recuperar as atitudes não-verbais do menor, as hesitações ou os silêncios, por vezes cheios de significado, as variações de tom (...), as respostas gestuais, os olhares, as mímicas e posturas, os estados emocionais (...). Na escrita estes não-ditos estão apagados ou só podem ser recuperados pelo inquiridor através de um trabalho de investigação sempre sujeito a prova. A gravação exprime mais fielmente as interações entre inquiridor e menor interrogado e permite pôr em evidência as interferências e as induções entre estes atores”⁴⁵⁹. De acordo com o art. 35º nº2 da Convenção, “a entrevista registada em vídeo pode ter múltiplos usos, incluídos o exame e os serviços terapêuticos, facilitando assim o alcançar do objetivo de delimitar tanto quanto possível o número de entrevistas”.

A prestação das declarações para memória futura não visa unicamente fixar os elementos probatórios relevantes a partir do primeiro relato, presumivelmente, mais próximo e espontâneo, preservando-o de contaminações exteriores, mas também permitir à criança o afastamento do conflito judicial o mais cedo possível.

O legislador dispôs que as declarações para memória futura devem ser realizadas em ambiente informal e reservado, com vista a garantir a espontaneidade e a sinceridade das respostas, devendo o menor ser assistido por um técnico especializado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito (art. 271º, nº4 do CPP). O principal objetivo deste preceito normativo é, em primeiro lugar, salvaguardar a espontaneidade e a sinceridade das respostas e, em segundo lugar, evitar o impacto psico-emocional da participação da criança em tribunal⁴⁶⁰.

A lei de Proteção de Testemunhas regula de forma mais precisa as condições do depoimento de testemunhas especialmente vulneráveis, desta forma contém alguma concretização das funções do técnico, prevê o eventual contacto prévio da testemunha com o juiz e o local de inquirição, para além de definir as regras de execução da audição, designadamente, o não encontro da testemunha com o arguido no decurso do procedimento e a sua não sujeição ao confronto direto com os outros intervenientes no processo⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *ob. cit.*, p.688.

⁴⁶⁰ BUCHO, Cruz, *op.cit.*...p. 99.

⁴⁶¹ CARMO, Rui, *op.cit.*...p.164.

A Convenção de Lanzarote também dispõe de preceitos sobre as condições em que devem ser realizadas as declarações, nomeadamente, o seu art. 35º nº1 al. d) estipula que “deve ser garantido que as audições das crianças tenham lugar, sempre que necessário, em instalações adequadas ou adaptadas para esse efeito”. Em Portugal não dispomos de instalações judiciais devidamente preparadas para esse efeito, em princípio a tomada de declarações deverá ser realizada no gabinete do juiz, em ambiente o mais informal possível, pelo que é aconselhável que os outros intervenientes (Juiz, MP, advogados e funcionários) deverão se abster do traje profissional⁴⁶². Apesar de não ser frequente, nada obsta que este procedimento tenha lugar em local distinto do tribunal, o art. 271º, nº3 estipula que o juiz designa não só o dia e a hora, mas também o local da prestação para tomada de declarações para memória futura⁴⁶³.

Prevê-se ainda que no decurso do ato processual o menor deve ser assistido por um técnico especialmente habilitado. A Lei de Proteção de Testemunhas distingue as funções deste técnico das funções de um técnico especializado que preste apoio psicológico, assim como admite a possibilidade da presença deste ou de outra pessoa acompanhante (familiar da testemunha) no decurso da diligência. Contudo, a lei é vaga no que diz respeito ao perfil que deve ser desempenhado por técnico especialmente habilitado, cuja formação e origem tem sido diversa⁴⁶⁴. Porém, a literatura da especialidade tem vindo a indicar que os profissionais da área da psicologia, e mais concretamente, do domínio da psicologia forense são os que podem oferecer um contributo mais importante neste âmbito, atendendo aos seus conhecimentos tanto técnicos como científicos⁴⁶⁵. Este técnico tem a função de preparar a criança para o contacto com o meio judicial para que esta não fique inibida e constrangida por causa da diligência, acompanhá-la e dar-lhe o apoio necessário mesmo depois de realizadas as declarações para que esta participação não tenha consequências emocionalmente prejudiciais⁴⁶⁶. Paulo Pinto de Albuquerque chama a atenção para o facto de que o acompanhamento do técnico durante o decurso da diligência não deve ser imposto ao menor, “pois a imposição poderia ser contraproducente e prejudicar a espontaneidade e a sinceridade das respostas”, para isso o juiz deve “atender

⁴⁶² Neste sentido, Cruz Bucho indica que “em Itália, o n.º 5-bis do artigo 398.º do CPPI prevê mesmo que a audiência possa ter lugar em local diverso do tribunal.” BUCHO, Cruz, *op. cit.*, p.99.

⁴⁶³ Não iremos alongar-nos nesta parte da matéria, visto que no ponto 3.3.1 já fizemos referência às estratégias que Portugal deve implementar para melhorar as condições para audição de crianças vítimas de abuso sexual, nomeadamente na adoção de protocolos de entrevista forense. Ver a partir da página 65.

⁴⁶⁴ CARMO, Rui, *op. cit.*, p. 166.

⁴⁶⁵ Ribeiro in CARIDADE, Sónia; FERREIRA, Célia; CARMO, Rui do, *op. cit.*, p. 74. PEIXOTO, Carlos Eduardo. RIBEIRO, Catarina. MAGALHÃES, Teresa, *op. cit.*, p.91. VIETH, Victor I, *William Mitchell Conference On Childhood Sexual Abuse: The Forensic Interview At Trial: Guidelines For The Admission And Scope Of Expert Witness Testimony Concerning An Investigative Interview In A Case Of Child Abuse*, in *William Mitchell Law Review*, Mitchell Hamline School of Law, vol. 36, 2009, pp.196-197.

⁴⁶⁶ CARMO, Rui, *op. cit.*, p.166.

à vontade do menor e afastar o técnico da diligência se o menor expressamente rejeitar a sua assistência”.⁴⁶⁷

Importa referir que é recomendado nas Linhas Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre uma Justiça Adaptada às Crianças que a audição da criança deverá ser conduzida por um profissional qualificado, por esta razão Rui do Carmo entende que deverá ser ponderada a nomeação de um técnico com formação adequada para auxiliar o juiz de instrução no decurso do ato processual, de modo a garantir que a inquirição seja conduzida tendo em consideração a idade e o nível de desenvolvimento da criança, de forma a obter um relato o mais completo possível e sem contaminações decorrentes, nomeadamente, do modo como a inquirição é conduzida e as perguntas são formuladas⁴⁶⁸. Assim, este técnico tem uma função diferente da função do técnico que acompanha a criança, previsto no art. 271º, nº4 do CPP e do art. 27º, nº1 da Lei de Proteção de Testemunhas. Enquanto o primeiro tem a função de apoiar o juiz na execução da diligência, o segundo tem a função de preparar a criança no seu contacto com o "mundo" judicial. Este Autor defende que não existe qualquer obstáculo para que o mesmo técnico desempenhe ambas as funções, desde que tenha formação adequada e não haja qualquer inconveniente também à luz dos procedimentos de proteção e promoção dos direitos da criança que eventualmente decorram, paralelamente ao processo-crime ⁴⁶⁹.

De acordo com a leitura do art. 275º, nº5 do CPP, a inquirição da criança é da competência do juiz de instrução, sendo obrigatória a presença do MP e do defensor do arguido no decurso da diligência. Estes não têm apenas o direito de estar presentes e assistir à produção antecipada da prova, mas também o direito de intervir na diligência que deve desenrolar-se em moldes tendencialmente semelhantes àqueles que regem a produção de prova em audiência de julgamento, sujeita aos princípios de imediação, de oralidade e do contraditório⁴⁷⁰. Ao juiz incumbe inquirir a testemunha, podendo em seguida o MP, os advogados dos assistentes e das partes civis, e o defensor do arguido, formular perguntas adicionais diretamente àquela. Contudo, aplica-se-lhe a disciplina do art. 349º do CPP, segundo o qual a inquirição da testemunha menor de 16 anos é levado a cabo apenas pelo juiz de instrução, podendo os outros intervenientes no final da diligência pedir-lhe que formule questões adicionais à testemunha, ou seja, não é

⁴⁶⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p. 703.

⁴⁶⁸ CARMO, Rui, *op. cit.*, p. 169.

⁴⁶⁹ *Idem, ibidem...*, p. 174.

⁴⁷⁰ BUCHO, Cruz, *op. cit.*, p. 88.

permitido o confronto direto com a testemunha⁴⁷¹. Não obstante o silêncio da lei, também é aplicável na diligência para memória futura, atendendo ao interesse protegido, garantir que o testemunho não seja perturbado por situações que possam influenciar o relato da criança. Também pode ser aplicado a menor com a idade superior a 16 anos à luz do art. 29º al. c) da Lei de Proteção de Testemunhas.

O juiz pode determinar o afastamento do arguido de modo a assegurar o bom funcionamento da diligência, pois a sua presença pode perturbar gravemente a criança⁴⁷².

Nos termos do nº6 do art. 271º do CPP, é correspondentemente aplicável os art.s. 363º e 364º, quer isto dizer que as normas relativas à documentação da audiência aplicam-se à prestação de declarações para memória futura. Assim, as declarações das crianças são sujeitas a registo áudio e reduzidas a escrito, para mais tarde poderem ser lidas em julgamento, nos termos do art. 356º, nº2 al.c) do CPP⁴⁷³. Já referimos, anteriormente, as vantagens da utilização do registo em vídeo do depoimento das crianças, contudo como sublinha Cruz Bucho “a gravação audiovisual para posterior visionamento em audiência de julgamento, permite obter uma prova de maior qualidade do que a simples leitura do auto, mediante a audição do respetivo registo magnetofónico”⁴⁷⁴. Enquanto a redução a escrito das declarações da criança não permite analisar todo o percurso da entrevista, as perguntas que são colocadas, os gestos e as expressões daquela, já o registo em vídeo para além de permitir o visionamento fiel da entrevista, facilita a comunicação e a perceção do testemunho da criança. Por isso, constitui um meio de proteção de menores na medida que evita a vitimização secundária, limitando as repetições traumáticas⁴⁷⁵.

Uma questão que importa referir, e que não tem sido pacífica, diz respeito à interpretação do art.271º, nº8 do CPP,⁴⁷⁶que segundo Rui do Carmo “nele está expressa a regra da não repetição da inquirição da testemunha ouvida em declarações para memória futura nas fases posteriores do processo, nomeadamente na audição de discussão e

⁴⁷¹ CARMO, Rui, *op. cit.*, p.167.

⁴⁷² Neste sentido, dispõe o artigo 352º do CPC que " 1 - O tribunal ordena o afastamento do arguido da sala de audiência, durante a prestação de declarações, se: a) Houver razões para crer que a presença do arguido inibiria o declarante de dizer a verdade; b) O declarante for menor de 16 anos e houver razões para crer que a sua audição na presença do arguido poderia prejudicá-lo gravemente; ou c) Dever ser ouvido um perito e houver razão para crer que a sua audição na presença do arguido poderia prejudicar gravemente a integridade física ou psíquica deste. 2 - Salvo na hipótese da alínea c) do número anterior, é correspondentemente aplicável o disposto no n.º7 do artigo 332.º" e o artigo 29º da Lei de Proteção de Testemunhas indica que " O juiz que presida a ato processual público ou sujeito ao contraditório, com vista à obtenção de respostas livres, espontâneas e verdadeiras, pode:

a) Dirigir os trabalhos de modo que a testemunha especialmente vulnerável nunca se encontre com certos intervenientes no mesmo ato, designadamente com o arguido."

⁴⁷³ PEIXOTO, Carlos, *op. cit.*, p.79.

⁴⁷⁴ BUCHO, Cruz, *op. cit.*, p.106.

⁴⁷⁵ *Idem, ibidem...*, p.104.

⁴⁷⁶ Acórdão da Relação de Guimarães, de 9-11-2009 (Proc.º n.º 37107.8TAF AF.G1), Relator: Fernando Ventura, Base Jurídico Documental do MJ, www.dgsi.pt (última consulta 13 de maio de 2016). Indica que “só caso a caso pode ser aferida a presença de razões ponderosas que o justifiquem. Podem, por exemplo, as declarações prestadas ser omissas relativamente a parte do objeto do processo ou surgirem em julgamento elementos novos que a tanto aconselhem”.

juízo”⁴⁷⁷. Este artigo diz que a tomada de declarações para memória futura “ não prejudica a prestação de depoimento em audiência de julgamento, sempre que ela for possível e não puser em causa a saúde física ou psíquica de pessoa que o deva prestar”. Como sabemos, existem duas situações que fundamentam a realização desta diligência e que importa distingui-las. A primeira é relativa à previsível impossibilidade de comparência da testemunha em audiência de discussão e julgamento (por doença ou deslocação para o estrangeiro), sendo que cessando tal impossibilidade, adquire plenitude a regra segundo a qual a prova que fundamenta a convicção do julgador é a prova realizada em julgamento. A segunda é no caso das declarações que dizem respeito às vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, que conforme Rui do Carmo sublinha “uma das razões da antecipação obrigatória da audição da criança é precisamente a sua proteção através do afastamento precoce da intervenção no processo”⁴⁷⁸. A audição da criança em sede de julgamento só pode acontecer, quando no caso em concreto for considerada imprescindível pelo juiz para a descoberta da verdade e se concluir que não é posta em causa a saúde física e psíquica da criança⁴⁷⁹. Neste sentido, Sandra Silva salienta que “a natureza vulnerável da testemunha substitui a necessidade de verificação das circunstâncias de previsível impossibilidade de obter o material probatório”⁴⁸⁰.

Concluindo, se uma nova audição se realizar deverá ser conforme os termos já atrás referidos, ou seja, garantir o apoio e a proteção à criança, o não contacto com o arguido e impedir o confronto com os restantes intervenientes do processo, sendo a inquirição realizada exclusivamente pelo juiz e de preferência com o auxílio de um técnico qualificado para o efeito.

4.4. O princípio do contraditório nas declarações para memória futura

Uma das questões mais importantes e que mais discussão tem causado, tanto na jurisprudência como na doutrina, é sobre a da admissibilidade das declarações para memória futura sem que haja arguido constituído, ou seja, a possibilidade de as declarações serem prestadas quando ainda é desconhecido o suspeito ou quando, mesmo que conhecido, ainda não foi constituído arguido.

⁴⁷⁷ CARMO, Rui, *op. cit.*, p. 170.

⁴⁷⁸ *Idem, ibidem...*, p.176.

⁴⁷⁹ *Idem, ibidem...*, p.161.

⁴⁸⁰ SILVA, Sandra, *op. cit.*, p. 165.

O art. 32º nº5 da CRP consagra a estrutura acusatória do processo penal, dispondo que “a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar estão subordinados ao princípio do contraditório” Sendo, assim, presumível que a aquisição antecipada da prova respeite este princípio, tais como os restantes preceitos normativos relativos ao regime de produção e de valoração da prova.

Segundo Germano Marques da Silva, o princípio do contraditório traduz “o direito que tem a acusação e a defesa de oferecerem provas para provarem as suas teses processuais e se pronunciarem sobre as alegações, as iniciativas, os atos ou quaisquer atitudes processuais de qualquer delas”⁴⁸¹. Este princípio impõe que seja dada a oportunidade a todo o participante processual de ser ouvido e de alegar as suas razões antes de ser tomada qualquer decisão que o afecte, nomeadamente, que seja dada ao acusado a efetiva possibilidade de contrariar e contestar as posições da acusação⁴⁸².

De acordo com a jurisprudência constitucional, o núcleo primordial do contraditório diz respeito ao facto de que “nenhuma prova deve ser aceite em audiência, nem nenhuma decisão (mesmo interlocutória) deve ser tomada pelo juiz, sem que previamente tenha sido dada ampla e efetiva possibilidade ao sujeito processual contra o qual é dirigida de a discutir, de a contestar e de a valorar”. Pois, “não se garante uma defesa efetiva se não houver possibilidade real de serem contrariadas e contestadas todas as afirmações ou elementos trazidos aos autos pela acusação”⁴⁸³. Assim, podemos dizer que este princípio tem uma vocação instrumental de realização do direito de defesa e do princípio de igualdade de armas, na sua vertente processual significa que não pode ser tomada qualquer decisão que afete o arguido sem que lhe seja dada a oportunidade para se defender, e no plano de igualdade de armas na administração das provas significa que qualquer um dos interveniente processuais interessados, nomeadamente, o arguido, deve ter a oportunidade de convocar e interrogar as testemunhas nas mesmas condições que os outros sujeitos processuais (a “parte adversa”)⁴⁸⁴.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem sido fundamental para a densificação deste princípio, pois tem considerado o contraditório como um elemento integrante do princípio do processo equitativo, inscrito como direito fundamental no art.º

⁴⁸¹ SILVA, Germano Marques da, *op. cit.*, p76.

⁴⁸² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de, 07-11-07 (Proc.07P3630), Relator: Henriques Gaspar, Base Jurídico Documental do MJ, disponível em www.dgsi.pt (última consulta 13 de maio de 2016).

⁴⁸³ Acórdão do Tribunal Constitucional nº367/2014 (Processo n.º 1180/13, 1.ª Secção), Relator: Conselheiro José da Cunha Barbosa, disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt (última consulta 13 de maio de 2016). Neste sentido, ver os acórdãos n.ºs 434/87, 172/92 e 372/2000, 279/2001 do Tribunal Constitucional, disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.

⁴⁸⁴ Nas palavras do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de, 07.11.07 (Proc.07P3630), Relator: Henriques Gaspar, Base Jurídico Documental do MJ, www.dgsi.pt (última consulta 14 de maio de 2016).

6º, nº 1º de CEDH⁴⁸⁵. Na sua construção convencional, o contraditório é considerado como integrante e central nos direitos do acusado (apreciação contraditória de uma acusação dirigida contra um indivíduo), tem sido interpretado como exigência da equidade, pois, como já referi, ao acusado deve ser dada a oportunidade de expor a sua posição e de apresentar e produzir provas em condições que não lhe coloquem dificuldades ou desvantagens em relação à acusação⁴⁸⁶. Relativamente à produção de prova, este princípio exige que toda a prova deve ser produzida em audiência pública e segundo um procedimento adversarial, as exceções que ocorram nunca podem afetar os direitos de defesa, exigindo o artigo 6º, nº3 alínea b) da Convenção que seja dada ao acusado uma efetiva possibilidade de confrontar e questionar diretamente as testemunhas de acusação, quando estas prestem declarações em audiência ou em momento anterior do processo⁴⁸⁷.

Embora o princípio do contraditório imponha, em regra, que toda a prova seja produzida em audiência pública e segundo um procedimento adversarial são admitidas exceções a essa regra, pois em certas circunstâncias pode ser necessário que as autoridades judiciais recorram a declarações prestadas na fase do inquérito ou da instrução, nomeadamente, quando a impossibilidade de reiterar as declarações é devida a factos objetivos, como sejam a ausência ou a morte, ou a circunstâncias específicas de vulnerabilidade da pessoa (crimes sexuais)⁴⁸⁸.

A doutrina e a jurisprudência têm vindo a debater a questão relativa à admissibilidade da prestação das declarações para memória futura sem que haja arguido constituído, se esta possibilidade não representa uma violação do princípio do contraditório.

A maioria da jurisprudência tem vindo a entender que o art. 271º do CPP, que diz respeito às declarações para memória futura, está em conformidade com o art.32º da CRP, pois não exige que para às declarações sejam admissíveis que se encontre arguido constituído⁴⁸⁹. Vários autores e juízes magistrados têm-se pronunciado neste sentido,

⁴⁸⁵ “Os elementos de prova devem, pois em princípio, ser produzidos perante o arguido em audiência pública, em vista de um debate contraditório. Todavia, este princípio, comportando exceções, aceita-as sob reserva da proteção dos direitos de defesa, que impõem que ao arguido seja concedida uma oportunidade adequada e suficiente para contraditar uma testemunha de acusação posteriormente ao depoimento; nesta perspetiva, os direitos da defesa mostram-se limitados de maneira incompatível com o respeito do princípio sempre que uma condenação se baseie, unicamente ou de maneira determinante, nas declarações de uma pessoa que o arguido não teve oportunidade de interrogar ou fazer interrogar, seja na fase anterior, seja durante a audiência. São estes os princípios elaborados pela jurisprudência do TEDH a respeito do art. 6.º, §§ 1 e 2, al. d), da CEDH” – Acórdão do STJ de 07-11-07.

⁴⁸⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de, 07-11-07 (Proc.07P3630), Relator: Henriques Gaspar, Base Jurídico Documental do MJ, disponível em www.dgsi.pt (última consulta 14 de maio de 2016).

⁴⁸⁷ *Idem*. Entre muitas referências, o acórdão *Vissier c. Países Baixos*, de 14-02-2002).

⁴⁸⁸ *Idem*.

⁴⁸⁹ Neste sentido, podem mencionar-se os seguintes acórdãos: Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de, 25-3-2009 (Proc.º nº 09P0486), Relator: Fernando Fróis; de 7/11/07 (Proc.º nº P.07P3630) Relator: Henrique Gaspar; da Relação do Porto de, 1-02-2006

como por exemplo, Rui do Carmo e António Gama, referindo que o respeito pelo princípio do contraditório não exige a constituição do arguido antes das declarações, nem impede que as mesmas venham a ser valoradas. O art. 271º, nº3 do CPP exige sim, a obrigatoriedade do defensor do arguido (conhecido ou não), que só por si assegura todas as garantias da defesa⁴⁹⁰. O arguido pode posteriormente apresentar as suas razões e provas, como contestar as provas contra si apresentadas antes de ser proferida a decisão final. O contraditório fica, assim, salvaguardado na fase da audiência e julgamento, porquanto, nos termos do art. 327º, nº2 do CPP, “os meios de prova apresentados no decurso da audiência são submetidos ao princípio do contraditório, mesmo que tenham sido oficiosamente produzidos pelo tribunal”.⁴⁹¹ Neste sentido, a maioria dos tribunais superiores têm entendido que “se o arguido tiver oportunidade, adequada e suficiente, de contraditar tais declarações posteriormente, a sua utilização não afeta, apenas por si mesma, o contraditório, cujo respeito não exige, em termos absolutos, o interrogatório direto em *cross-examination*”⁴⁹².

O princípio do contraditório é afetado numa dimensão menos relevante, comparativamente ao interesse público da descoberta da verdade, dito isto de outra forma e nas palavras de Maria João Antunes, “o imperativo constitucional de concordância prática entre o interesse da vítima, o interesse da descoberta da verdade material e a salvaguarda dos direitos fundamentais do arguido (art. 18.º, n.º 2, da CRP) reclama naturalmente que as cedências ou compressões de cada um destes direitos ou interesses constitucionalmente protegidos se limite ao indispensável para a realização dos demais, asserção que desvela, no domínio das declarações para memória futura, uma série de consequências normativas”⁴⁹³.

(Proc. n.º 0515949) Relator: Jorge França; de 12-10-2005 (Proc. n.º 0544648), Relator: Pinto Monteiro; de 13-07-2005 (Proc. n.º 0540595), Relator: António Gama; da Relação de Coimbra de, 29-09-2010 (Proc.º n.º 380/08.0TACTB-C.C1), Relator: Abílio Ramalho; da Relação de Lisboa de, 7-2-2012 (Proc.º n.º 3610/10.4TAALM.L1.5), Relator: Luís Gominho, de 22-3-2011, (Proc.º n.º 432/06.0JDLSB.L1.5), Relator: Neto de Moura e da Relação de Évora de, 7-7-2011 (Proc.º n.º 100/11.1YREVR), Relator: Vaz Pato, todos disponíveis na Base Jurídico Documental do MJ, www.dgsi.pt.

⁴⁹⁰ António Gama questiona, “defensor de quem?”, ao que responde: “Desde logo da legalidade, fiscalizando e garantindo o cumprimento da lei, de que a lei é integralmente e escrupulosamente cumprida, de que se verificam os pressupostos da inquirição, que se respeitam procedimentos legalmente estabelecidos, que o depoimento decorre de acordo com as regras legais, sem constrangimentos, podendo e devendo [o defensor] verificar se o depoimento é coerente, formulando as perguntas adicionais que entender em seu critério necessárias. Como que se dá expressão «às garantias de defesa», art.º 32, n.º 1, da Constituição. Depois, defensor do [futuro e eventual] arguido e sempre do arguido”. GAMA, António, “*Reforma do Código de Processo Penal: Prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento*”, in *RPCC* 19, 2009, págs. 402

⁴⁹¹ António Gama refere que o “(...) Código Processo Penal, não permite ou possibilita que esses meios de prova – no caso os depoimentos para memória futura – sejam subtraídos em audiência e julgamento ao contraditório, ao exame crítico dos sujeitos processuais, nos casos em que não ocorrer [repetição de] prestação de depoimento em audiência.”. GAMA, António, *op. cit.*, p. 399.

⁴⁹² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de, 07.11.07 (Proc.07P3630), Relator: Henriques Gaspar, Base Jurídico Documental do MJ, disponível em www.dgsi.pt (última consulta 14 de maio de 2016).

⁴⁹³ ANTUNES, Maria João, *O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coação*, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 1238.

Apesar dos evidentes prejuízos do princípio do contraditório, a validade da antecipação da prova está dependente do cumprimento de um conjunto de requisitos associados a este princípio. Assim se explica o disposto no art.º 271º n.º2 e o n.º4 do CPP e a necessidade de redução a auto das declarações prestadas, nos termos do art. 275º n.º1⁴⁹⁴.

Relativamente à norma inscrita no art. 6º, n.º3 al. d) da CEDH, já aqui referida, indica que o acusado tem direito a interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação. Esta norma não impõe que o arguido esteja presente no ato de inquirição da testemunha "desde que o defensor esteja e possa interrogá-la"⁴⁹⁵. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem também tem considerado que em processos penais relativos a crimes sexuais, sejam adotadas medidas com o intuito de proteger a vítima, desde que essas medidas possam ser conciliadas com um exercício adequado e eficaz dos direitos de defesa⁴⁹⁶.

As declarações para memória futura constituem assim um processo admissível mesmo não tendo ainda arguido constituído, pois doutro modo frustrar-se-ia a sua utilidade⁴⁹⁷.

Outra questão que importa referir e que também tem sido bastante debatida, é sobre a da obrigatoriedade ou não da leitura das declarações para memória futura na audiência de julgamento.

A jurisprudência constitucional tem entendido que não constitui violação do princípio do contraditório, da oralidade, da imediação e da publicidade o facto de o tribunal se servir de documentos não lidos e apresentados em audiência de julgamento para formar a sua convicção⁴⁹⁸. Contudo, há quem defenda a obrigatoriedade da leitura⁴⁹⁹ das declarações tendo como argumento que "só os meios de prova adquiridos no processo

⁴⁹⁴ Ver o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º367/2014 (Processo n.º 1180/13, 1.ª Secção), Relator: Conselheiro José da Cunha Barbosa, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

⁴⁹⁵ Irene Cabral citada por CARMO, Rui do, *Declarações para Memória Futura. Crianças Vítimas de Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual*, In *Revista do Ministério Público* n.º134, abril-junho 2013, p. 159.

⁴⁹⁶ CARMO, Rui, *op. cit.*, p. 160. Ver o caso dos Acs. CRAXI c. Itália, de 5 de dezembro de 2002, e S. N. c. Suécia, de 2 de julho de 2002.

⁴⁹⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25-03-2009 (Proc.º 09P0486), Relator: Fernando Fróis, Base Jurídico Documental do MJ, disponível em www.dgsi.pt (última consulta 19 de outubro de 2016).

⁴⁹⁸ No Acórdão n.º 87/1999, o Tribunal sustentou, com relevo para os presentes autos, que: "Tratando-se de documentos que foram juntos aos autos com a acusação e depois se mantiveram durante a instrução e acompanharam a pronúncia do arguido, teve este todas as possibilidades de o questionar, podendo ainda, na própria audiência, provocar a sua reapreciação individualizada para esclarecer qualquer ponto da sua defesa relativamente à qual entendesse que isso seria necessário e, assim, pedir a leitura de qualquer desses documentos." Acórdão do Tribunal Constitucional n.º367/2014 (Proc. 1180/13), Relator: Conselheiro José da Cunha Barbosa, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

⁴⁹⁹ Neste sentido Joaquim Malafaia diz que "Tendo sido realizadas declarações para memória futura ou tendo sido recolhida prova em instrução nos atos instrutórios, para que as declarações prestadas possam ser valoradas em audiência de discussão e julgamento, é necessário que sejam lidas e que a permissão da leitura e a sua justificação fique a constar da ata, sob pena de nulidade, conforme preceitua o artigo 356.º, n.º8, do CPP. Essa Justificação prende-se com a necessidade de as mesmas poderem-se configurar como relevantes para a descoberta da verdade material." MALAFAIA, Joaquim, *ob. cit.*, p. 537.

podem ser valorados, aquisição essa que apenas se dá com a leitura dos protocolos em audiência de julgamento"⁵⁰⁰, assim, respeitando as exigências dos princípios fundamentais em matéria de produção de prova⁵⁰¹.

Porém, a maioria da jurisprudência dos nossos tribunais superiores defende que " a leitura em audiência das declarações não é absolutamente indispensável para que possam ser válidas e valoradas pelo Tribunal, desde que sejam prestadas com respeito pela estrutura acusatória do processo (possibilidade do arguido e defensor intervirem e formularem questões)"⁵⁰².

O art. 355º nº1 do CPP dispõe que "não valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência". É, portanto, a consagração e afloramentos do princípio do contraditório e da imediação da prova. Contudo, o nº2 desse mesmo artigo ressalva do número anterior as provas contidas em atos processuais cuja leitura, visualização ou audição em audiência sejam permitidas, como é o caso das declarações prestadas para memória futura. Se conjugarmos com o art. 356º do CPP, que "... não impõe que toda a prova documental indicada como tendo servido para formar a convicção do tribunal sobre os factos dados como provados tenha de ser lida em audiência de julgamento.", destes artigos conclui-se que " as únicas provas documentais cuja leitura é permitida em audiência são autos, não se encontrando, porém, o tribunal vinculado a fazer tal leitura, porquanto é uma faculdade que lhe assiste."⁵⁰³. O objetivo da norma do art. 355º do CPP é evitar que o tribunal possa formar a sua convicção baseando-se em material probatório não apresentado, e junto ao processo pelos diversos intervenientes e relativamente ao qual não tenha sido exercido o princípio do contraditório. Para além disso, através do princípio da livre apreciação da prova, podem as declarações ser lidas em audiência ou não, caso os intervenientes processuais requeiram e achem por conveniente a sua discussão.

Conclui-se, que a validade da prova para memória futura não depende da leitura das declarações em audiência, nem esta é necessária para o exercício do contraditório⁵⁰⁴.

⁵⁰⁰ SILVA, Sandra Oliveira, *ob. cit.*, p. 246.

⁵⁰¹ Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 29-10-2008 (Proc.08 14505), Relator: Francisco Marcolino, e de 17-11-2004 (Proc. 04 14002), Relator: Élia São Pedro, Base Jurídico Documental do MJ, disponível em www.dgsi.pt (última consulta 6 de setembro de 2016).

⁵⁰² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25-03-2009 (Proc. 09P0486), Relator: Fernando Fróis, Base Jurídico Documental do MJ, disponível em www.dgsi.pt (última consulta 6 de setembro de 2016).

⁵⁰³ *Idem.*

⁵⁰⁴ Acórdão do Tribunal Relação de Coimbra, de 17-10-2011 (Proc. 58/09.7GFCVL.C1), Relator: Paulo Valério, Base Jurídico Documental do MJ, disponível em www.dgsi.pt (última consulta 6 de setembro de 2016).

Conclusões

A partir da análise realizada, têm-se verificado que ao longo dos tempos aconteceram diversas transformações na forma como o abuso sexual de crianças tem sido encarado, quer a nível da sociedade, quer a nível legal, quer a nível do discurso dos peritos. Em Portugal este crime tem sido alvo de constantes alterações. Se outrora eram crimes que estavam ligados à sociedade e à ordem moral, desde 1995 os crimes contra a autodeterminação sexual têm uma secção própria e à cabeça dessa secção está o crime de abuso sexual de crianças (art.172º do CP). Constatando-se que a ordem jurídica não ficou indiferente perante o sofrimento das crianças, vítimas de crimes sexuais e o menor enquanto ofendido passou a ser visto como titular dos interesses, que a lei especialmente quis proteger.

A peça central deste novo enquadramento é o conceito indeterminado do ato sexual de relevo, que, como podemos observar, impõe um desafio à jurisprudência na responsabilidade na interpretação e concretização do que é o ato sexual de relevo nos vários tipos de crimes. Uma interpretação demasiado restritiva tende, por vezes, a desproteger as crianças vítimas de abusos que não deixam marcas físicas e que, desta forma, contribui para a não punição de várias formas que os abusadores praticam os atos sexualmente abusivos. Assim, perante as dificuldades probatórias do elemento subjetivo, concluímos que este não deve interferir na conceptualização do conceito de ato sexual de relevo para efeitos jurídicos.

Como já sabemos, as dificuldades probatórias não existem apenas por motivos de erro na qualificação dos factos, em virtude desta visão demasiado restritiva do conceito de ato sexual de relevo, mas também pela insuficiência de provas, muitas vezes provocada pela falta de formação especializada dos profissionais ou erros na apreciação da prova, pela ausência de lesões ou de vestígios do abuso ou pelo desaparecimento das provas biológicas (sémen, saliva ou pelo do abusador), devido à realização tardia dos exames e pela desvalorização do testemunho das crianças.

Quando se discute a prática de um crime, a produção de provas é um procedimento fundamental, pois é ela que determina o sentido das decisões das autoridades judiciais, que têm de pronunciar sobre a existência de crime ou não, o seu autor e a responsabilidade deste. E, como podemos analisar, no caso de crime de abuso sexual de menores, a prova

pericial médico-legal tem uma importância probatória muito elevada, contribuindo de forma significativa para a decisão judicial. Pois só através dos especiais conhecimentos do perito é que se apuram factos que, de outra forma, não seriam trazidos para o processo e que podem ser imprescindíveis na solução do caso submetido a julgamento. O problema que se coloca quanto a esta prova é que a perícia médico-legal não é só por si suficiente para permitir a condenação ou mesmo a absolvição do agressor. Pois, como bem sabemos, na maior parte dos casos de abuso sexual de crianças, a sua prática não deixa marcas físicas e, mesmo quando praticados atos de penetração, as crianças recuperam muito rapidamente das lesões decorridas há mais de 72 horas.

Apesar deste facto, a prova pericial não deixa de ser essencial e necessária para a descoberta da verdade na investigação deste tipo de crimes, apenas terá maior eficácia na investigação criminal se for mais rapidamente solicitada e realizada.

De todo modo, não havendo evidências físicas e biológicas do abuso reveladas pela perícia médico-legal, o testemunho da criança configura-se como o único meio de prova contra o abusador, sendo, por isso, considerado decisivo para a descoberta da verdade e funcionando como a prova-rainha do processo.

Porém, constatámos, com alguma frequência, uma atitude de desconfiança do sistema de justiça perante as crianças que tende a considerá-las testemunhas incompetentes e pouco credíveis, sendo o seu depoimento contraditório, inconsistente e confuso. Deste modo, o depoimento da criança é menosprezado, alegando-se a incapacidade da criança para ser testemunha.

Incapacidade essa que é baseada nas competências e características da personalidade de uma criança, como por exemplo, a capacidade de distinção entre verdade e a mentira, a resistência à sugestão, a tendência para fantasiar e, as dificuldades de linguagem e capacidades mnésicas. Contudo, referimos que alguns estudos têm considerado as crianças como possuidoras de boas competências comunicacionais e testemunhais, demonstrando que imprecisões ou contradições nas afirmações da criança não constituem sinais de mentira, e que a erosão das lembranças e as dificuldades em estabelecer a sequência cronológica dos factos são normais em crianças vítimas de abusos sexuais, sobretudo, quando se trata de abusos repetidos⁵⁰⁵.

Assim sendo, com base na literatura da especialidade, vários estudiosos consideram que o principal problema parece estar não na falta de capacidades da criança, mas sim na

⁵⁰⁵ Somers citado por SOTTOMAYOR, Clara, *op. cit.*, p.284.

dificuldade dos diversos intervenientes judiciais em perceber o seu discurso e valorá-lo como prova. Por isso, a importância em escolher o melhor método a utilizar na entrevista à criança, pois a sua condução poderá influenciar a qualidade do testemunho da criança. É sabido que a entrevista deve adequar-se à idade e à fase de desenvolvimento da criança, ser realizada o mínimo de vezes possível, idealmente e de preferência sempre pelos mesmos profissionais com competência especializada. Para isso é necessário a adoção de um protocolo de entrevista, que oriente o entrevistador na sua condução, no sentido a evitar erros que podem ser cometidos durante a audição da criança.

Embora Portugal ainda não tenha implementado um único protocolo, com todas as suas vantagens inerentes, o nosso ordenamento jurídico prevê no art.271º do CPP, a prestação de declarações para memória futura. Uma medida que é utilizada na fase de Inquérito e tem-se revelado de grande utilidade e eficácia no plano da produção de prova. É uma medida que protege a criança na medida que poderá evitar que esta tenha de estar presente na fase de julgamento, tendo, desta forma, como princípio a não revitimização da criança. Contudo, na prática judiciária a criança continua a ser inquirida várias vezes, por diversas pessoas, ao longo de todo o processo.

Em suma, apesar de existir uma visível preocupação do legislador com a proteção das crianças, será necessário ir ainda mais longe. Deverá existir uma equipa multidisciplinar como as que existem em outros países, nomeadamente, no caso dos CAC's dos EUA, onde permite assegurar de forma concertada: o tratamento médico; a entrevista forense; o exame médico-legal; a intervenção na crise e suporte da vítima; a proteção; a investigação criminal; a revisão multidisciplinar do caso, e por último, o acompanhamento do caso. A adoção de um modelo deste tipo iria permitir que a realização de exames e das declarações para memória futura fossem efetuadas o mais precoce possível, para que a prova não desapareça, devendo para isso a criança ser imediatamente conduzida ao INMLCF. Desta forma, evitando as múltiplas audições prévias, que acabam por contaminar o discurso da criança e contribuem para a desvalorização do seu testemunho, sendo um obstáculo para a descoberta da verdade e não permitindo a resolução dos casos por insuficiência de provas.

Bibliografia

ADAMS, Joyce, “*Guidelines for medical care of children evaluated for suspected sexual abuse: an update for 2008*”, in “*Current Opinion Obstetrics and Gynecology*”, nº 20, 2008.

ADAMS, Joyce A *et al.*, “*Diagnostic accuracy in child sexual abuse medical evaluation: Role of experience, training, and expert case review*”, in “*Child Abuse & Neglect*”, Published by Elsevier, nº 36, 2012.

ADAMS, Joyce A *et al.*, “*Updated Guidelines for the Medical Assessment and Care of Children Who May Have Been Sexually Abused*”, in *North American Society for Pediatric and Adolescent Gynecology*, Published by Elsevier Inc, nº29,2016.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da Republica Portuguesa e da Convenção Europeia dos direitos do homem*, 3ª Edição. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009.

ALVES, Sénio, *Crimes Sexuais*, Coimbra: Almedina,1995.

ANTUNES, Maria João, “*Crimes contra menores: incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 81, 2005.

ANTUNES, Maria João, “*Os crimes contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual dos Menores*”, in *Julgar*, nº12 (especial), 2010.

ARAÚJO, António de, *Crimes sexuais contra menores. Entre o direito Penal e a Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ASHER, Shirley Joseph, “*The Effects of childhood Sexual Abuse: A Review of the Issues and Evidence*”, in *Handbook of Sexual Abuse of Children*, Lenore E.A Walker (ed), New Yorker, 1988.

BERKOFF, Molly Curtin *et al.*, “*Has This Prepubertal Girl Been Sexually Abused?*”, in *Journal of the American Medical Association*, 2008, p. 2780.

BRAZ, José, *Investigação Criminal: a organização, o método, e a prova: os desafios da nova criminalidade*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 126.

BRUCK, Maggi, CECI, Stephen. J, *The suggestibility of children’s memory*, in *Annual Reviews*, nº55, 1999.

BUCHO, Cruz, *Declarações para memória futura (elementos de estudo)*, Tribunal da Relação de Guimarães, 2012, p. 3 (disponível em <http://www.trg.pt>).

BUSSEY, K. *Lying and truthfulness: Children's definitions, standards and evaluative reactions*, in *Child Development*, nº63, 1992.

BUSSEY, Kay, *Allegations of Child Sexual Abuse. Accurate and Truthful Disclosures, False Denials, False Allegations and False Denials*, Citation:7 Current Issues Crim. Just 176, 1995-1996.

CARMO, Rui do, ALBERTO, Isabel, GUERRA, Paulo, *O Abuso Sexual de Menores: uma conversa sobre a Justiça entre o Direito e a Psicologia*, Coimbra: Almedina, 2006.

CARMO, Rui do, “*A prova pericial: enquadramento legal*”, In M. Matos, R. A. Gonçalves & C. Machado (Coords.), *Manual de psicologia forense: contextos, práticas e desafios*, Braga: Psiquilibrios, 2011.

CARMO, Rui do, “*Declarações para Memória Futura. Crianças Vítimas de Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual*”, in *Revista do Ministério Público* nº134, abril-junho 2013.

CARIDADE, Sónia, FERREIRA, Célia, CARMO, Rui do, “*Declarações para Memória Futura de Menores Vítimas de Crimes Sexuais: Orientações para Técnicos Habilitados*”, in *Manual de Psicologia Forense: Contextos, Práticas e Desafios*, Capítulo IV, Braga: Psiquilibrios Edições, 2011.

CAVALEIRO, Manuel Ferreira de, *Curso de Processo Penal*, II volume, Lisboa: Editora Danúbio, 1986.

CHAE, Yoojin *et al.*. *Event memory and suggestibility in abused and neglected children: Trauma-related psychopathology and cognitive functioning*, in *Journal of Experimental Child Psychology*, nº 110, 2011.

CHANDLER, Nancy,” *Children’s Advocacy Center: Making A Difference One Child At A Time*”, in *Journal of Public Law and Policy*, nº315, 2006-2007.

CHENEVIÉRE, C *et al.*, *Compréhension du monde de la justice par l’enfant*, in *La revue de la Société Française de Psychologie Légale*, nº2, 1997.

CINTRA, Pedro SALAVESSA, Manuel, PEREIRA, Bruno, JORGE, Magda, VIEIRA, Fernando, “*Síndrome de alienação parental: realidade médico-psicológica ou jurídica?*”, in *Julgar*, nº7, janeiro-abril, 2009.

COSTA, Diogo Pinto, *A perícia médico-legal nos crimes sexuais*, Dissertação com vista a obtenção de grau mestre Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2000.

COSTA, Diogo Pinto, MAGALHÃES Teresa, VIEIRA, Duarte Nuno, “*Questões legais e éticas sobre exames de natureza sexual*”, in Magalhães, T. & Vieira D.N. (Coord), *Abuso & Negligência*, Maia: SPECAN, 2013.

CRONCH, Lindsay E, VILJOEN, Jodi L, HANSEN, David J, “*Forensic interviewing in child sexual abuse cases: Current techniques and future directions*”, in *Aggression and Violent Behavior*, 11:3, May-June, 2006.

CUNHA, Alexandra Quintã, *A Sugestionabilidade Interrogativa em Crianças: O Papel da Idade e das Competências Cognitivas*, Universidade do Minho, Escola de Psicologia, junho, 2010.

CUNHA, Conceição Ferreira, “*Crimes Sexuais contra Crianças e Jovens*”, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens: A Função dos Juizes Sociais*, Atas do Encontro, Coimbra: Almedina, 2003.

DALLAM, Stephanie. “*The Parental Alienation Syndrome: Is it Scientific?*”, in St. Charles & L.Crook (Eds), *The failure of Family Courts to protect children from abuse*

in custody disputes, 1999, disponível para consulta em www.leadershipcouncil.org/1/res/dallam/3.html (última consulta em 20 de Outubro de 2016).

DIAS, Jorge Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia - O homem delinquent e a sociedade Criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora,1984.

DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Processual Penal*, in *Clássicos Jurídicos*, I volume, Coimbra Editora,2004.

DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal-Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, a doutrina geral do crime*, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora,2007.

DIAS, Jorge Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131º a 201º*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

DIAS, Maria do Carmo, “*Particularidades da Prova Pericial em Processo Penal, Algumas Questões ligadas à Prova Pericial*”, in *Revista do CEJ*, III-IV, 1995.

DIAS, Maria do Carmo, *Crimes Sexuais com Adolescentes: Particularidades dos Artigos 174º e 175º do Código Penal Português*, Coimbra: Almedina, 2006.

DIAS, Maria do Carmo, “*Notas substantivas sobre os crimes sexuais com vítimas menores de idade*”, in *Revista CEJ*, nº15,2011.

ECHEBURÚA, Enrique, SUBIJANA, Igancio Jose, “*Guía de buena práctica psicológica en el tratamiento judicial de los niños abusados sexualmente*”, in *International Journal of Clinical and Health Psychology*, nº8, 2008.

ELDER, David P, *Investigation and Prosecution of Child Sexual Abuse Cases*,Western State University Law Review Association, Inc, nº19, 1991.

FÁVERO, Marisalva Fernandes, *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores*, Lisboa: Climepsi Editores, 2003.

FARIA, Sara, *Abuso Sexual de Menores: achados clínicos e implicações médico-legais*, Tese de Mestrado, Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra, 2004.

FERREIRA, Marques, *Meios de Prova*, in *Jornadas de Direito Processo Penal, O novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Centro de Estudos Judiciários e Almedina, 1988.

FINKEL, M, ALEXANDER, R, “Examination Issues and Techniques, Conducting the Medical History”, in *Journal of Child Abuse*,20, 2011.

FINKEL, Martin A, GIARDINO, Angelo P, “*Physical Examination. Medical Evaluation of Child Sexual Abuse: A Practical Guide*”, in *American Academy Pediatrics*,3ªEd,2009, p.78.

FISHER, R. P., GEISELMAN, R. E, *Memoryenhancing techniques for investigating interviewing: The cognitive interview*, Springfield, MA: Charles C. Thomas, 1992.

FIVUSH, R, “*The development of autobiographical memory*”, In Westcott, H.L., Davies, G.M. & Bull, R.H.C, *Children’s Testimony*, West Sussex, England: John Wiley & Sons, Ltd,2002.

FONG, Hiu-Fiu, CHRISTIAN, Cindy W, *Evaluating Sexually Transmitted Infections in Sexually Abused Children: New Techniques to Identify Old Infections*,in *Sexually Transmitted Infections in Abused Children*, Elsevier Inc, Vol.13, nº3,2012.

FRASIER, Lori, MAKOROFF, Kathi, *Medical Evidence and Expert Testimony in Child Sexual Abuse*, in *Juvenile and Family Court Journal*, Winter, 2006.

GARDNER, Richard. *True and False Accusations of Child Sex Abuse*, Creative Therapeutics, 1992.

GONÇALVES, Fernando e ALVES, Manuel João, *A prova do crime - meios legais para a sua obtenção*, Coimbra: Edições Almedina,2009.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Anotação ao art.391º do C.P/1886*, in *Código Penal Português- Anotado e Comentado-Legislação Complementar*, Coimbra: Almedina, 18ª Ed., 2007.

GONÇALVES, Rui Abrunhosa, MACHADO, Carla, “*Abuso sexual de menores: intervenção nas vítimas e nos agressores*”, in *Revista do Ministério Público*, nº 106, abril-junho, 2006.

GOODMAN, Gail S *et al.*, “*Children`s Eyewitness Memory: The Influence of Cognitive and Socio- Emotional Factors*”, in *Roger Williams University Law Review*, Vol. 19: Iss. 2, Article 7, Spring, 2014.

HARTMAN, Carol, BURGESS, Ann Wolbert, “*Sexual abuse of children: causes and consequences en D. CICCHETÚ & V. CARLSON*”, in *Child maltreatment: theory and research on the causes and consequences of child abuse and neglect*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

HEGER, A, TICSON, L, VELASQUEZ, O, BERNIER, R, “*Children referred for possible sexual abuse: medical findings in 2384*”, in *Child Abuse and Neglect*, nº26 (6-7), 2002.

HERSHKOWITZ, I. *et al.*, “*The development of communicative and narrative skills among preschoolers: Lessons from forensic interviews about child abuse*”, in *Child Development*, nº 83, 2012.

HEWITT, S, “*Assessing allegations of sexual abuse in preschool children*”, Thousand Oaks: Sage, 1999.

HRITZ, Amelia Courtney *et al.*, “*Children`s suggestibility research: Things to know before interviewing a child*”, in *Anuario de Psicología Jurídica*, 25, 2015.

KÖHNKEN, Gunter, MANZARENO, Antonio L, SCOTT, M. Teresa, “*Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones*”, in *Anuario de Psicología Jurídica*, nº25, 2015.

JARDIM, Patrícia, MATOS, Eduarda, MAGALHÃES, Teresa,” *O impacto da perícia médico-legal na decisão judicial nos casos de abuso sexual de crianças. Estudo preliminar*”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, nº22, 2011.

JARDIM, Patrícia, VIEIRA, Duarte Nuno, MAGALHÃES, Teresa. *Rastreamento de infeções sexualmente transmissíveis em vítimas de alegada agressão sexual*, In Magalhães, T. & Vieira D.N. (Coord), *Abuso & Negligência*, Maia: SPECAN, 2013.

JESUS, Francisco Marcolino, *Os meios de obtenção da prova em processo penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 2011.

LAMB, M., STERNBERG K.J, Esplin, P, “*Conducting investigative interviews of alleged sexual abuse victims*”, in *Child Abuse & Neglect*, nº 22 (8),1998.

LAMB, M.E. *et al.*, “Structured forensic interview protocol improves the quality and the informativeness of investigative interviews with children: a review of research using the NICHD investigative interview protocol”, in *Child Abuse and Neglect*, Vol. 31, nº11-12, 2007.

LOPES, Carlos, *Guia de Perícias Médico-Legais*, Porto: Edição do autor, 7.ª Ed., 1982.

LOPES, José Mouraz, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MACHADO Carla, CARIDADE Sónia, ANTUNES Carla, “*Avaliação Psicológica de Vítimas de Abuso Sexual*”, in *Manual de Psicologia Forense: Contextos, práticas e desafios*, Braga: Editora Psiquilibrios, 2011.

MAGALHÃES Teresa, “*A intervenção médico-legal em casos de maus tratos em crianças e jovens*”, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A função dos juízes sociais, Atas do Encontro*, Coimbra: Almedina, outubro, 2003.

MAGALHÃES, Teresa, *Crimes Sexuais, Clínica Médico-Legal*, Faculdade de Medicina da universidade do Porto, 2003/2004.

MAGALHÃES, Teresa, RIBEIRO, Catarina, “*A colheita de informações a vítimas de crimes sexuais*”, in *Ata Médica Portuguesa*, nº 20,2007.

MAGALHÃES, Teresa, TAVEIRA, Francisco, JARDIM, Patrícia, SANTOS, Lília na, MATOS, Eduarda, SANTOS, Agostinho. *Sexual abuse of children. A comparative study of intra and extra-familial cases*, in *Journal of Forensic and Legal Medicine*, nº 16,2009.

MAGALHÃES, Teresa, RIBEIRO, Catarina, JARDIM, Patrícia, VIEIRA, Duarte Nuno, “*Procedimentos forenses, no âmbito da recolha de informação, exame físico e colheita de vestígios em crianças, e jovens vítimas de abuso físico e/ou sexual*”, in *Ata Médica Portuguesa*, nº24,2011.

MAGALHÃES, Teresa, VIEIRA, Duarte Nuno, “*Agressões sexuais: intervenção pericial integrada*”, Magalhães, T. & Vieira D.N. (Coord), in *Abuso & Negligência*, Maia: SPECAN, 2013.

MAGALHÃES, Teresa, PEIXOTO, Carlos Eduardo, VIEIRA, Duarte Nuno, “*Contributo para uma reflexão sobre um sistema integrado de intervenção em crianças vítimas de agressão*”, Magalhães, T. & Vieira D.N. (Coord), in *Abuso & Negligência*, Maia: SPECAN, 2013.

MAGALHÃES, Teresa, JARDIM, Patrícia, VIEIRA, Duarte Nuno, “*Exame físico e colheita de vestígios em vítimas de alegada agressão sexual*”, Magalhães, T. & Vieira D.N. (Coord), in *Abuso & Negligência*, Maia: SPECAN, 2013.

MAKOROFF, Kathi, DESAI, Melissa, BENZINGER, Elizabeth, *The Role of Forensic Materials in Sexual Abuse and Assault, Child Abuse: Medical Diagnosis & Management*, in American Academy of Pediatrics, 3ªEd, 2009.

MANITA, Celina, “*Quando as Portas do Medo se Abrem. Do Impacto Psicológico aos Testemunhos de Crianças Vítimas de Abuso Sexual*”, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens- A Função dos Juízes Sociais, Atas do Encontro*, Coimbra: Almedina, 2003.

MANZARENO, Antonio L, *Credibilidad Y Exactitud de los Recuerdos de Menores Víctimas de Agresiones Sexuales*, Facultad de Psicología, Universidad SEK de Segovia, in *Anuario de Psicología Jurídica*, nº10,2000.

MARQUES, Amado, VIEIRA, Duarte Nuno, MAGALHÃES, Teresa, SANTOS, Agostinho, *Fotografia forense*, Magalhães, T. & Vieira D.N. (Coord), in *Abuso & Negligência*, Maia: SPECAN, 2013.

MIRALTO Olga, DUQUE Maria da Luz, BARRO, Miguel Pinto, LEITE Teresa e col, *Linhas orientadoras para atuação em casos de indícios de abuso sexual de crianças e jovens*, Casa Pia de Lisboa, I.P., maio, 2010. Disponível em www.casapia.pt/wa_files/livroloaciasecj.pdf (última consulta 6 de setembro de 2016).

MODELLI, Manoel E.S, GALVA, Malthus Fonseca, PRATESI, Ricardo, *Child Sexual Abuse*, in *Forensic Science International*, nº 217,2012.

MONGE, Solange, “Article: The Expert Testimony Before The Inter- American Court Of Human Rights”, in *Journal of International & Comparative Law*, 1999.

MURAM, David *et al.*, *The Medical Evaluation of Sexually Abused Children*, in *Journal Pediatrics Adolescent Gynecology*, Published by Elsevier Science Inc, nº16,2003.

MYERS, John E.B, *Expert testimony in Child Sexual Abuse Litigation: Consensus and Confusion*, in *Journal of Juvenil Law and Policy*, Vol.14, 2010.

National Children’s Advocacy Center. *Child forensic interview model*, 2005. Disponível em http://www.nationalcac.org/professionals/model/forensic_interview.html (última consulta dia 12 de janeiro de 2017).

NATSCHERADETZ, Karl Prehaz, *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*, Coimbra: Almedina, 1985.

RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Ato Médico No Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

OLIVEIRA, Guilherme, *Abuso sexual de crianças, por adolescentes inimputáveis em razão da idade: um desafio ao processo tutelar educativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

ORNSTEIN, P. A *et al.*, “*The influence of prior knowledge on children’s memory for salient medical experiences*”, in N.L. Stein, P.A. Ornstein, B. Tversky y C. Brainerd (Eds.): *Memory for everyday and emotional events*, Mahwah, N. Jersey: Erlbaum, 1997.

PAULO, Rui, ALBUQUERQUE, Pedro B, BULL, Ray, “*Entrevista de Crianças e Adolescentes em Contexto Policial e Forense: Uma Perspectiva do Desenvolvimento*”, in *Psychology/Psicologia e Reflexão Crítica*, nº28(3),2014.

PEIXOTO, Carlos, *Avaliação da Credibilidade de alegações de abuso sexual de crianças: uma perspetiva psicológica forense*, Tese de Doutoramento, Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação do Porto, Porto, 2011.

PEIXOTO, C. E., Ribeiro, C., & Lamb, M. E, “*Forensic interview protocol in child sexual abuse. Why and what for*”, In Teresa Magalhães (Coord), *Abuse & Neglect Series: To improve the management of child abuse and neglect*, Porto: SPECAN, 2011.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O Consentimento Informado na Atividade Pericial Forense*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, 2005.

PILLAI, Mary, *Forensic examination of suspected child victims of sexual abuse in the UK: a personal view*, in *Journal of Clinical Forensic Medicine*, nº12, 2005.

PISA, Osmilda, *Psicologia do Testemunho; Os Riscos na inquirição de crianças*, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Psicologia, Porto Alegre, 2006.

REECE, Robert M., CHRISTIAN, Cindy W, *Child abuse: Medical Diagnosis and Management*, Elk Grove Village, IL, in *American Academy of Pediatrics*, 3ªEd., 2009.

REIS, Maria Anabela Bento Marinho Nunes, *A Avaliação Psicológica do Testemunho em Contexto Judiciário: A Influência do Tempo e das emoções nos componentes mnemónicos do testemunho*, Dissertação de Mestrado em Comportamento Desviante e Ciências Criminais, Lisboa (FMUL), 2006.

REY, C, CHARLOT, P, WERSON, P, *L'examen medical de d'agression sexuelle l'enfant et de l'adolescent victime*, in *Arch Pédiatr*, Elsevier, Paris, 1998.

RIBEIRO, Catarina, MANITA, Celina, “*Crianças vítimas de abuso sexual intra-familiar: significados do envolvimento no Processo Judicial e do papel dos magistrados*”, in *Revista do Ministério Público*, nº110, 1º semestre, 2007.

RIBEIRO, Catarina, “*A criança na justiça - trajetórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*”, Coimbra: Edições Almedina, 2009.

RIBEIRO, Catarina, PEIXOTO, Carlos Eduardo, “*Avaliação psicológica forense de crianças alegadamente vítimas de abuso*”, In Magalhães, T. & Vieira D.N. (Coord), *Abuso & Negligência*, Maia: SPECAN, 2013.

ROBERTS, Paul, *Expert Evidence*, in *Criminal Evidence*, Oxford-University Press, 2004.

ROOY, David La *et al.*, *The NICHD protocol: a review of an internationally-used evidence-based tool for training child forensic interviewers*, in *Journal of Criminological research, Policy and Practice*, Emerald Group Publishing Limited, vol. 1, nº 2, 2015.

SACAU, Ana, “*A prova por declarações da vítima menor de idade: as especiais exigências de proteção da vítima e a descoberta da verdade*”. in *Revista do CEJ*, 1º Semestre, nº15, 2011.

SANI, Ana Isabel, *As crianças e a violência: narrativas de crianças vítimas e testemunhas de crimes*”, Coimbra: Quarteto, 2002.

SANTOS, Manuel Simas, LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Código Penal Anotado*, Lisboa: Rei dos Livros, 2003.

SARAGOÇA DA MATA, Paulo, *A Livre Apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2004.

SAYWITZ, Karen; JAENICKE, Carol; CAMPARO, Lorinda, *Children's knowledge of legal terminology*, in *Law and Human Behavior*, vol. 14, 6, 1999.

SHANKS, Laurie, *Evaluating Children's Competency to Testify: Developing a national method to assess a young child's capacity to offer reliable testimony in cases alleging child sex abuse*, Cleveland State University, in *Cleveland Law Review*, 575, 2010.

SIEGAL, M., WATERS, L.J., DINWIDDY, L.S, *Misleading children: Causal attributions for inconsistency under repeated questioning*, in *Journal of Experimental Child Psychology*, nº 45 (3), 1988

SILVA, Germano Marques, *Curso de Processo Penal*, Volume II, 3ª Ed., Lisboa: Editorial Verbo, 2009.

SILVA, Karen Brito, *Abuso sexual de menores: aspetos jurídicos a ponderar na perícia médico legal*, Tese de Mestrado, Universidade de Coimbra, 2010.

SILVA, Sandra Oliveira, *A proteção de Testemunhas no Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

SINAL, S. H., LAWLESS *et al.* *Clinician agreement on physical findings in child sexual abuse cases*, Archives of Pediatric and Adolescent Medicine, 151(5), 1997.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas De Direito das Crianças*, Coimbra: Almedina, 2014.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Direito das crianças vítimas de crimes violentos, Intervenção psicológica e social com as vítimas*, Vol. I, Crianças, Sofia Neves (Coord), Coimbra: Almedina, 2012, p.11-42.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O Poder Paternal como Cuidado Parental e os Direitos da Criança*, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A função dos juízes sociais, Atas do Encontro*, Coimbra: Almedina, 2003, p.9-63

SOUSA, Luís Filipe Pires de, *A prova testemunhal*, Coimbra: Almedina,2016.

TAVEIRA, Francisco *et al*, *Intra and extra-familial sexual abuse*, in *Acta Médica Portuguesa*, nº22,2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, 4º Vol., São Paulo, Saraiva,24º Ed,2002.

RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Ato Médico No Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, Coimbra: Coimbra Editora,1ªEdição, 2001, p.24.

VIETH, Victor I, *William Mitchell Conference On Childhood Sexual Abuse: The Forensic Interviewe At Trial: Guidelines For The Admission And Scope Of Expert Witness Testimony Concerning An Investigative Interview In A Case Of Child Abuse*, In *William Mitchell Law Review*, Mitchell Hamline School of Law, vol. 36, 2009.

VITAL Moreira e CANOTILHO, José Gomes, *Constituição da República Portuguesa - Anotada, Volume I, Artigos 1º a 107º*, Coimbra: Coimbra Editora,2007.

YUILLE, J. C. *et al.*, *Interviewing children in sexual abuse cases*, In G. S. Goodman & B. L. Bottoms (Eds.), *Child victims, child witness: Understanding and improving testimony*, New York: Guilford Press, 1993.

WALSH, Wendy *et al.*, *Which sexual abuse victims receive a forensic medical examination? The impact of Children's Advocacy Centers*, in *Child Abuse and Neglect*, nº31, 2007.p.1055.

WARREN, Amye; MCGOUGH, Lucy, *Research on children's suggestibility: implications for the investigative interview*, in *International perspectives on child abuse and children's testimony: psychological research and law*, Chicago: SAGE Publications Inc., 1996.

WESTCOTT, Helen. *Child Witness Testimony: What Do We Know and Where We Going?* *Child and Family Law Quarterly*, vol. 18, nº2, 2006.

WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque *et al.*, *Investigação de Suspeita de Abuso Sexual Infantojuvenil: O Protocolo NICHD*, *Temas em Psicologia*, Vol. 22, nº 2, 2014.

Jurisprudência:

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 05-03-2000 (Proc. nº 889/2000), Relator: Ferreira Dinis, Base Jurídico-Documental do MJ, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28-01-2004 (Proc. nº 03437080), relator: António Gama, Base Jurídico-Documental do MJ, www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de, 07-11-2007 (Proc. nº 07P3630), Relator: Henriques Gaspar, Base Jurídico Documental do MJ, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de, 07-11-2007 (Proc. nº 07P3630), Relator: Henriques Gaspar, Base Jurídico Documental do MJ, www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de, 07-11-07 (Proc. nº 07P3630), Relator: Henriques Gaspar, Base Jurídico Documental do MJ, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de, 07-11-07 (Proc. nº 07P3630), Relator: Henriques Gaspar, Base Jurídico Documental do MJ, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23-10-2008 (Proc. nº 08P2869), Relator: Simas Santos, Base Jurídico-Documental do MJ, www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11-06-2008 (Proc. nº0745662), relator: António Gama, Base Jurídico-Documental do MJ, www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23-10-2008 (Proc. nº08P2869), Relator: Simas Santos, Base Jurídico Documental do MJ, www.dgsi.pt.

Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 29-10-2008 (Proc. nº 0814505), Relator: Francisco Marcolino, e de 17-11-2004 (Proc. 0414002), Relator: Élia São Pedro, Base Jurídico Documental do MJ, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 9-11-2009 (Proc.º nº 37107.8TAF.AF.G1), Relator: Fernando Ventura, Base Jurídico Documental do MJ, www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19-05-2009 (Proc. nº 2190/03. ITBCSC-B. L1-7), relator: Arnaldo Silva, in Base jurídico- Documental do MJ, www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12-11-2009 (Proc. nº 6689/03.1TBCSC-A. L1-2), relator: Jorge Leal, Base jurídico- Documental do MJ, www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de, 25-03-09 (Proc. nº 09P0486), Relator: Fernando Fróis, Base Jurídico Documental do MJ, www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25-03-2009 (Proc. nº 09P0486), Relator: Fernando Fróis, Base Jurídico Documental do MJ, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal Relação de Coimbra, de 17-10-2011 (Proc. nº58/09.7GFCVL.C1), Relator: Paulo Valério, Base Jurídico Documental do MJ, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 02-02-2011 (Proc.nº 889/09.8.TAPBL.C1), Relator: Belmiro Andrade, Base Jurídico-Documental do MJ, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal Constitucional nº367/2014 (Proc. n.º 1180/13, 1.ª Secção), Relator: Conselheiro José da Cunha Barbosa, disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt.