



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

UNIVERSIDADE CATÓLICA- ESCOLA DE LISBOA.

Faculdade de Direito.

**A PROVA PERICIAL- EVOLUÇÃO, REGIME ACTUAL E
QUESTÕES CONSTITUCIONAIS.**

Mestrado Jurídico-Forense, ano lectivo 2016/2017.

Romeu Raimundo Lopes.

Sob a orientação do Excelentíssimo Senhor Professor Germano Marques da Silva.

Março de 2017, Lisboa.

Lista de abreviaturas.

ADN- Ácido Desoxirribonucleico.

CP- Código Penal.

CPP- Código de Processo Penal.

CRP- Constituição da República Portuguesa.

Et al- E Outros.

Nº- Número.

OPC'S- Órgãos de Polícia Criminal.

STJ- Supremo Tribunal de Justiça.

TEDH- Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

TRL- Tribunal da Relação de Lisboa.

Resumo.

A prova pericial é um meio de prova muito dependente da evolução dos meios científicos e tecnológicos.

Dada a evolução vertiginosa que se verificou nas últimas décadas nos ramos da ciência e tecnologia compreende-se que a prova pericial tenha ganho importância no Direito Processual Português, o que se traduziu numa legislação mais detalhada e cuidada do que se verificava no anterior Código de Processo Penal.

A importância da prova pericial tem sido crescente, de tal forma que no novo Código de Processo Penal consagrou-se-lhe um valor especial.

Acreditamos que a prova pericial tem potencial para se tornar um auxílio cada vez mais importante para o julgador, no entanto ela depende de várias entidades e procedimentos.

Abordaremos nesta dissertação os vários procedimentos que devem ser, rigorosamente, levados a cabo pelas diversas entidades, para que a prova pericial seja um auxílio importante para o julgador.

A prova pericial suscita diversas questões relacionadas com Direitos Fundamentais, que serão aprofundadas nesta dissertação.

Com a criminalidade moderna aumentaram os desafios na procura de indícios, no entanto só a prova legal é válida. A verdade não pode ser procurada a qualquer custo.

Palavras-chave: Prova Pericial, Perito, Consultor Técnico, Contraditório, Direitos Fundamentais, Valor da Prova Pericial.

Índice.

Introdução.....	6
A História da Prova Pericial.	8
Conceitos base e regime legal da prova pericial.	16
III.I.- Perícia e Exame.....	16
III.II.- A obrigatoriedade da Perícia.	19
III.III. - Outras questões suscitadas no regime legal.....	23
A importância dos Órgãos de Polícia Criminal nas Perícias.....	28
IV.I. - A importância dos vestígios para uma boa perícia.	28
IV.II.- A competência para a recolha dos vestígios e importância da conservação da prova.....	28
IV.III.- A eventual colisão entre Direitos Fundamentais.....	31
IV.IV- Conclusão.....	32
As diversas questões Constitucionais suscitadas pelas perícias.	33
V.I.- Âmbito e obrigação de sujeição a perícia.	33
V.II.- A competência do juiz no artigo 154º/3 do Código de Processo Penal.....	35
V.III- O dever de notificação.....	38
V.IV- A importância dos Consultores Técnicos na Garantia do Contraditório.....	40
V.V.- O Procedimento da perícia.....	43
O Valor da Prova Pericial.	44
Conclusão.....	49
Bibliografia.	52

Introdução.

A prova pericial evolui muito em sintonia com os meios científicos. Sendo assim, compreende-se que a prova pericial tenha tido uma génese difícil em Portugal.

Esta dissertação abordará a evolução e crescimento de importância que a prova pericial teve no Direito Processual Penal português.

O potencial que a prova pericial tem como auxiliar do juiz cativou-nos deste cedo e fez com que a pesquisa e interesse por este tema fosse crescendo incessantemente. Muitos acórdãos e casos de perícias médico-legais suscitaram grande interesse e vontade em abordar tudo o que fosse possível, fazendo inclusive crescer o interesse por áreas científicas mais desviadas do Direito mas que são muitas vezes abordadas nas perícias forenses. Porém, o limite de extensão do trabalho levou a que nos limitássemos às questões mais basilares e que constam do Código de Processo Penal.

Sendo a prova pericial uma prova científica, que se baseia na recolha de vestígios, não se pode ignorar a importância que os Órgãos de Polícia Criminal têm no Direito Processual Penal português, uma vez que na maior parte dos casos são as primeiras pessoas a entrar em contacto com o local do crime, sendo importantíssima a sua conducta para não contaminar o local nem deixar escapar vestígios. Um vestígio que não seja recolhido de imediato pode alterar-se com o tempo e perder toda a importância para o processo, enquanto um vestígio recolhido atempadamente e sem contaminações poderá levar a uma perícia esclarecedora que poderá numa fase posterior do processo ser um auxílio importante ao julgador na decisão final.

Neste ponto não se pode também ignorar as competências que o Código de Processo Penal atribuí a estes Órgãos de Polícia Criminal nos casos em que a perícia é urgente, privilegiando-se claramente a recolha de prova e descoberta da verdade.

O regime legal da prova pericial também será explorado. É de notar que o Código de Processo Penal actual estabelece o regime legal mais completo que já existiu sobre a prova pericial, introduzindo novas possibilidades como a nova perícia ou a renovação da perícia e instituindo a entidade do consultor técnico. O consultor técnico é uma das entidades mais importantes no regime da prova pericial, sendo fundamental para garantir

um Direito Fundamental basilar de um Estado de Direito Democrático- o Direito ao Contraditório.

É de notar também, que o Código de Processo Penal de 1987 consagrou a orientação defendida pelo Professor Figueiredo Dias, que defende que o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador. Exploraremos o verdadeiro significado e alcance desta presunção.

Durante esta dissertação aprofundaremos ainda as diversas questões constitucionais que se levantam com a prova pericial. Abordaremos os casos em que se verificam confrontos de Direitos Fundamentais, dando as soluções que, a nosso entender, são mais conformes à Constituição da República Portuguesa.

Trataremos ainda da análise de algumas soluções consagradas na lei 45/2004 de 19 de Agosto, que estabelece o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses. Um regime com soluções próprias e algumas vezes opostas às do Código de Processo Penal, o que conduz a uma dualidade de regimes.

Ter-se-á sempre em conta ao longo do trabalho a importância e potencial que uma perícia corretamente elaborada e com objecto bem definido poderá ter como auxiliar do julgador para uma decisão justa e mais próxima da verdade.

A História da Prova Pericial.

A relação entre a prova pericial e a ciência e tecnologia demonstra que a sua evolução foi muito dependente e condicionada pela evolução dos meios científicos e tecnológicos. Compreende-se que a prova pericial tenha tido uma origem difícil, devido à ausência de meios que permitissem a sua evolução, a ciência demorava a evoluir, o que fez com que o legislador dispensasse pouca atenção a este meio de prova, originando ausência de legislação¹.

Ao recuarmos na História compreendemos que os meios de prova e a convicção necessária para que se proceda a uma condenação evoluíram muito no Processo Penal português e só tentando compreender a realidade anterior é possível valorizar devidamente a realidade actual.

A história está repleta de relatos sobre a utilização de diversos tipos de tortura a fim de obter a confissão dos crimes por parte dos arguidos (que muitas vezes confessavam o que não tinham feito por não suportarem a violência a que eram submetidos), bem como a utilização de outros meios de prova duvidosos como o juramento ou a fama pública. O poder excessivo atribuído aos julgadores dificultava a evolução do processo e sobretudo a evolução dos meios de prova.

Paulatinamente foi-se assistindo a maior preocupação dos valores inerentes à pessoa humana, verificou-se também uma maior preocupação com o arguido. O Processo Penal evoluiu não só no sentido da descoberta da verdade, mas também no sentido de valorizar o arguido como pessoa, conferindo-lhe direitos de modo a tornar o Processo Penal cada vez mais justo.

Pese embora a tomada de consciência pelos diversos sujeitos processuais de que a prova científica é aquela que melhor permite a descoberta da verdade, a ausência de meios científicos e tecnológicos fazem com que o recurso a este tipo de prova se retarde. Ilustrativo, sobre isso, é a afirmação de Lourenço Pimentel, “*a génese da perícia teve nascimento dificultado*”².

¹ Neste sentido- AFONSO COSTA, *Os peritos no processo criminal: legislação portuguesa – crítica, reformas*, Coimbra, Manuel de Almeida Cabral, 1895.- Página 14.

² ANTÓNIO LOURENÇO GOMES PIMENTEL, *O papel da perícia na descoberta da verdade e como garante de um processo equitativo*, Tese de mestrado, Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2012- Página 12.

É na idade média que surgem os primeiros relatos daquilo que foi a fase embrionária da prova pericial em Portugal. Dão-se os primeiros passos no sentido da análise dos corpos das vítimas em crimes de homicídio e lesões corporais³, sendo numa fase primária analisados pelo próprio juiz com a finalidade de aferir da veracidade das declarações da vítima quanto às agressões que tinha sido alvo e para determinar a pena a atribuir ao criminoso (que era determinada de acordo com a gravidade dos ferimentos).

Existe pouca informação no que diz respeito à prova pericial nesta fase da História anterior ao século XV. Foi em meados do século XV que esta situação se alterou e que a prova pericial iniciou a sua (lenta) evolução.

Os primeiros passos no sentido da legislação de um regime da prova pericial começam a ser dados nas Ordenações Afonsinas⁴, onde se reconhece a necessidade de recorrer a “exames” para que se proceda à análise das feridas das vítimas⁵, não havendo porém legislação que esclareça quem procede a estes exames e o seu “modus operandi”.

A evolução da regulamentação daquilo que eram os primeiros passos da prova pericial continuou nas Ordenações Manuelinas; é, porém, nas Ordenações Filipinas (e já no século XVII) que se reconhece claramente a figura do perito, atribuindo-se especial valor ao seu julgamento. A norma do livro 4, título 17º, parágrafo 7º das Ordenações Filipinas *“permite desfazer a compra de escravo da Guiné todas as vezes que o comprador, estando longe do vendedor, faça examinar a mercadoria por dois Fysicos, se os houver, ou ao menos por um examinado, e estes declarem que ele é manco ou padece de doença ou manqueira que já tinha ao tempo da venda”*⁶.

Esta disposição, embora não sendo a propósito do processo criminal, demonstra bem a evolução da perícia e do estatuto dos peritos. Nesta disposição é possível verificar que os exames já não são feitos pelo julgador ou por qualquer pessoa, mas sim por um “Fysico”, por este ter conhecimentos mais adequados do que o normal cidadão quanto àquela matéria. Também é possível concluir que as opiniões destes “Fysicos” eram bastante respeitadas, ao ponto de se poder anular uma venda, ou seja, os seus

³ AFONSO COSTA, *Os peritos no processo criminal: legislação portuguesa – crítica, reformas*, Coimbra, Manuel de Almeida Cabral, 1895.- Página 16.

⁴ Veja-se um exemplo- Ordenações Afonsinas: título XXXI, livro 5º.

⁵ AFONSO COSTA, *Os peritos no processo criminal: legislação portuguesa – crítica, reformas*, Coimbra, Manuel de Almeida Cabral, 1895.- Página 19.

⁶ AFONSO COSTA, *Os peritos no processo criminal: legislação portuguesa – crítica, reformas*, Coimbra, Manuel de Almeida Cabral, 1895.- Página 23.

conhecimentos eram reconhecidos pela lei. É de salientar a importância deste preceito, uma vez que pela primeira vez se está a legislar no sentido de reconhecer a figura do perito.

O próximo momento de destaque quanto à prova pericial e aos peritos em Portugal surge com a publicação do Alvará de 22 de Janeiro de 1810, que determina a organização dos “Fysicos” por comarca e intervenção dos Fysicos nos exames.

A importância da prova pericial no Processo Penal Português tornou-se cada vez maior e, embora continuasse a não existir um regime legal claro que regulamentasse este meio de prova, eram cada vez mais os casos previstos em que a inspeção ocular (exame) era necessária⁷, existindo progressivamente mais legislação avulsa a regular o modo como se devia proceder a esta inspeção em determinados crimes. Tanto assim é, que na década de 1880 “*era já prática usual chamar clínicos como testemunhas periciais quer pelo Ministério Público, quer pela defesa, como de resto previa quer a Novíssima Reforma Judiciária, quer o Código Penal*”⁸.

É, contudo, com a entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1929 que a prova pericial ganha destaque, tendo pela primeira vez um regime legal próprio e aperfeiçoado, que se baseou na legislação avulsa já existente mas que foi para além da mesma.

No Código de Processo Penal de 1929 não se traçava a diferença entre exame e perícia⁹, ao contrário do que acontece no Código de Processo Penal actual. Outros ajustes e alterações foram feitos no regime legal actual, no entanto, a entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1929, na sequência da reforma de 1853, representa um momento histórico fundamental no progresso da prova pericial. Como refere o Professor Lourenço Pimentel, “*apenas com a entrada em vigor do Código de 1929 é que o exame pericial tem uma enorme importância como meio de prova, sendo resultado de uma anterior*

⁷ AFONSO COSTA, *Os peritos no processo criminal : legislação portuguesa – crítica, reformas*, Coimbra, Manuel de Almeida Cabral, 1895.- página 45.

⁸ MARIA RITA LINO GARNEL, “*Bernardo Lucas: a defesa dos arguidos e a perícia médico-legal.*” In *Criminologia: Um Arquipélago interdisciplinar*, dir. Cândido da Agra, 2012, páginas 137-161- Página 141.

⁹ Ver, por exemplo, os artigos 179º, 190º e 195º do Código de Processo Penal de 1929.

compactação de toda a legislação avulsa que vinha dando corpo ao regime anterior, que agora tem uma estrutura de código e devidamente organizado”¹⁰.

A importância do regime legal consagrado no Processo Penal de 1929 também se faz notar pela quantidade de disposições legais (artigos) que foram transpostas para o Código de Processo Penal actual, ou que, apesar de determinadas correções e ajustes, mantêm a sua ideia fulcral.

Foi este o caminho que a prova pericial e científica percorreu, em termos de legislação, até ao Código de Processo Penal actual¹¹. É de salientar nesta fase da dissertação, a importância e o papel que a prova pericial teve naquela que consideramos ser a nova visão de alguns dos princípios fundamentais do Direito Processual Penal.

O primeiro princípio do Direito Processual Penal que cabe analisar é o princípio da investigação.

O princípio da investigação ou da descoberta da verdade é um princípio basilar do Direito Processual Penal, distinguindo-se do princípio do dispositivo, que é próprio do Direito Processual Civil. O princípio do dispositivo caracteriza-se por atribuir às partes a responsabilidade de trazerem as provas para o processo, ficando o juiz limitado por estas, uma vez que não pode decidir para além (nem aquém) do objecto definido pelas partes¹². Diferentemente do princípio do dispositivo, o princípio da investigação é um princípio base do Direito Processual Penal, que confere ao juiz o ónus de investigar, procurando todos os esclarecimentos e provas possíveis, não se contentando com o que as partes apresentam no processo. Tal como refere o Professor Figueiredo Dias *“a audição e esclarecimento do material de facto não pertence aqui exclusivamente às partes, mas em último termo ao juiz: é sobre ele que recai o ónus de investigar e esclarecer oficiosamente- independentemente das contribuições das partes- o facto submetido a julgamento*”¹³.

O princípio da investigação ou da descoberta da verdade material não está expressamente consagrado no Código de Processo Penal, no entanto este princípio é

¹⁰ ANTÓNIO LOURENÇO GOMES PIMENTEL, *O papel da perícia na descoberta da verdade e como garante de um processo equitativo*, Lisboa, 2012- página 13.

¹¹ O regime da prova pericial no Código de Processo Penal actual será desenvolvido no capítulo seguinte.

¹² Artigo 615º/1 alíneas d) e e) do Código de Processo Civil.

¹³ JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra : Coimbra Editora, 1974, Reimpressão – página 192.

fundamental no Direito Processual Penal e está presente em diversos artigos dispersos ao longo do Código de Processo Penal, sendo o caso mais evidente o artigo 340º/1 do Código de Processo Penal que consagra expressamente *que “o tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade”*.

Explicado que está o essencial do princípio da investigação, e não querendo desenvolver nesta dissertação os seus limites, cabe agora analisar a influência e a importância que a prova pericial está a ter na compreensão deste princípio. Este meio de prova revela-se essencial e contribui para a descoberta da verdade material, uma vez que tem por base, nomeadamente, os vestígios do lugar do crime, bem como na vítima, o que aumenta o grau de fiabilidade da prova em relação às provas pessoais como a prova testemunhal. Não tem sido pacífica a discussão quanto à questão da obrigatoriedade da perícia¹⁴, no entanto a doutrina é unânime quanto à necessidade de se recorrer a este meio de prova em determinados crimes e sempre que o juiz entender que existe necessidade de realização da mesma. No fundo, este critério de necessidade (consagrado no artigo 154º/3 do Código de Processo Penal a propósito das perícias sobre características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado consentimento, mas que a doutrina e jurisprudência entendem ser aplicável às outras perícias¹⁵) demonstra que em diversos casos é necessário recorrer à perícia para se verificar, na sua plenitude, o princípio da investigação, uma vez que se não recorresse à perícia, o juiz não estaria a ordenar oficiosamente todos os meios de prova necessários à descoberta da verdade.

É neste sentido que entendemos que a evolução e progresso da prova pericial influenciou o princípio da investigação no Direito Processual Penal, uma vez que este meio de prova facilita de tal maneira a descoberta da verdade, e limita a margem de erro na avaliação da prova, que faz com que o juiz recorra cada vez mais a este meio de prova, eliminando dúvidas e aproximando-se da verdade material e conseqüentemente da boa decisão da causa.

Outro princípio basilar do Direito Processual Penal que ganhou nova perspectiva com o desenvolvimento da ciência e progresso da prova científica e pericial foi o princípio da livre apreciação da prova, consagrado no artigo 127º do Código de Processo Penal.

¹⁴ Infra, capítulo III.

¹⁵ ACÓRDÃO do Tribunal da Relação de Évora de 13 de Maio de 2014.

O modo de análise e apreciação da prova já passou por diferentes fases ao longo da História. É importante referir que o modo como a prova foi apreciada e valorada variou durante a História, passando por progressos e retrocessos, variando também entre os países devido a ideologias políticas.

Momentos da história houve em que predominavam os ideais totalitários e absolutistas. Se recuarmos ao tempo dos impérios e faraós concluímos que eram os imperadores e faraós que tinham o poder de decidir, não sendo nunca questionados, uma vez que o seu poder provinha de Deus.

Em determinada fase receou-se que os juízes julgassem de forma completamente discricionária e irresponsável, o que fez com que regulasse com muita precisão o valor de cada meio de prova. Este receio conduziu a um super positivismo, que se revelou excessivo devido à falta de flexibilidade das normas que ignoravam as ponderações que deviam ser feitas caso a caso e ao condicionalismo que impunham na tarefa do juiz.

Este paradigma viria a alterar-se. Segundo o Professor Figueiredo Dias isto aconteceu *“sobretudo a partir das reformas legislativas do processo penal consequentes à Revolução Francesa e por quase toda a parte”*¹⁶. Reconheceu-se que o positivismo exagerado das leis conduzia a soluções injustas e limitavam em demasia a tarefa dos juízes, que eram as pessoas competentes e com conhecimentos privilegiados e especializados para aplicar as leis e fazer a justiça. Foi nesta realidade e da percepção da necessidade de avaliar o caso concreto e aplicar as normas de acordo com as circunstâncias especiais de cada caso que surgiu o princípio da livre apreciação da prova no Direito Processual Penal.

Sendo o princípio da livre apreciação da prova um dos princípios mais importantes do Direito Processual Penal não pode, à semelhança de todos os princípios, ser interpretado levianamente. Este princípio não significa que o juiz pode arbitrariamente decidir uma causa, de acordo com convicções subjectivas que não tenham fundamento. Tal como refere o Professor Germano Marques da Silva *“a livre valoração da prova não deve, pois, ser entendida como uma operação puramente subjectiva pela qual se chega a uma conclusão unicamente por meio de impressões ou conjecturas de difícil ou impossível objectivação, mas valoração racional e crítica de acordo com as regras*

¹⁶ JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1974, Reimpressão 2004 – página 200.

comuns da lógica, da razão, das máximas de experiência e dos conhecimentos científicos, que permita objectivar a apreciação”¹⁷. Também neste sentido Cavaleiro de Ferreira esclarece que “a livre apreciação não é convicção arbitrária (...) estando a apreciação da prova vinculada à lógica racional dessa apreciação, que as máximas de experiência condicionam”¹⁸.

A este propósito diga-se muito brevemente que é desta necessária ligação à lógica que resulta a exigência de fundamentação das sentenças¹⁹ consagrada no Código de Processo Penal. Esta exigência limita o princípio da livre apreciação, permitindo que a decisão seja compreendida pelos sujeitos processuais, controlando-se a arbitrariedade da decisão e permitindo às partes recorrerem das decisões.

Após esta breve explicação do princípio da livre apreciação de prova importa demonstrar a influência que a prova científica e pericial teve e tem neste princípio. Consideramos que este meio de prova teve grande influência no princípio da livre apreciação em dois sentidos.

Primeiramente, a prova científica teve grande importância na adopção da livre apreciação da prova, uma vez que devido aos avanços científicos considerou-se que a margem de erro na apreciação da prova era menor. O professor Figueiredo Dias também chama a atenção para este facto, ao referir que para o entendimento de que as provas só devem ser analisadas de acordo com as circunstâncias concretas do caso “*contribuiu, por um lado o favor de que no século XIX gozou a instituição do júri como entidade competente para a apreciação da prova em processo penal; por outro o aparecimento e difusão dos chamados métodos científicos de prova, que permitiram reduzir a margem de erro na apreciação livre daquela*”²⁰.

A segunda marca de importância da prova pericial no princípio da livre apreciação da prova está consagrada no artigo 163º do Código de Processo Penal. O valor da prova pericial é uma das excepções ao princípio da livre apreciação da prova, consagrado no artigo 127º do Código de Processo Penal. Estabelece o artigo 163º/1 do Código de

¹⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II volume, 4ª Edição revista e actualizada, Editorial VERBO, 2008- página 151.

¹⁸ MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de processo penal*, Lisboa, Danúbio, 1986- página 265.

¹⁹ Artigos 374º/2 e 379º do Código de Processo Penal.

²⁰ JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1974, Reimpressão – página 200.

Processo Penal que “*o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador*”.

Esta exceção quanto ao valor da prova pericial será desenvolvida num capítulo autónomo desta dissertação, no entanto adianta-se desde os peritos não substituem o julgador, continuando a ser o juiz que decide a causa e mantendo a livre apreciação da prova quanto ao juízo dos factos em que se basearam as conclusões dos peritos²¹ e que a própria prova pericial pode ser ilidida.

Conclui-se que a prova pericial teve uma origem complicada, no entanto tem progredido muito no passado recente, muito devido aos avanços espantosos que se têm verificado nos meios científicos. Este crescimento tem contribuído para a diminuição da margem de erro na apreciação da prova, facilitando assim a tarefa do julgador e ajudando a contribuir para a obtenção da boa decisão da causa, sendo um bom auxílio para a descoberta da verdade material.

²¹ A jurisprudência é unânime nesta matéria. Um exemplo é o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Janeiro de 2008.

Conceitos base e regime legal da prova pericial.

III.I.- Perícia e Exame.

O regime da prova pericial está previsto no capítulo VI do livro III do Código de Processo Penal. Este capítulo é encabeçado pelo artigo 151º.

Esta disposição legal indicando expressamente quando tem lugar a prova pericial não oferece, contudo, à semelhança das demais normas do regime da prova pericial, uma definição de perícia.

A doutrina tem elaborado diversas possíveis definições de perícia. Segundo o Professor Germano Marques da Silva, “*a perícia é a actividade de percepção ou apreciação dos factos efectuada por pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos*”²². Também o Professor Manuel Maia Gonçalves procurou uma definição perícia, tendo concluído que “*são meios de prova em que a precepção ou apreciação dos factos recolhidos exigem conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos de especialidade*”²³.

Poderíamos apresentar várias outras definições de perícia elaboradas por diversos autores, mas a verdade é que as definições já apresentadas são ilustrativas das semelhanças existentes entre as mesmas, sendo a doutrina unanime quanto ao facto das perícias terem de ser elaboradas por pessoas (peritos) com conhecimentos especiais técnicos, científicos ou artísticos. A divergência existente na doutrina prende-se com a classificação da perícia como meio de prova, meio de obtenção de prova ou meio de apreciação de prova²⁴, não sendo essa divergência, na verdade, de crucial importância. No entanto, e apesar de todas as definições de perícia convergirem no essencial, a definição de perícia é muito relevante sobretudo para que se possa fazer uma distinção clara entre perícia e exame.

A distinção entre perícia e exame não é fácil e tem originado divergência na doutrina. Engane-se quem pense que esta distinção é uma distinção puramente académica e sem grande interesse para o Direito Processual Penal. Para demonstrar a importância prática da distinção basta atentar ao consagrado no artigo 163º do Código de Processo

²² GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II volume, 4ª Edição revista e actualizada, Editorial VERBO, 2008- página 215.

²³ MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código de processo penal anotado*, 17ª edição, revista e actualizada, Coimbra, Almedina, 2009- comentário ao artigo 151º.

²⁴ Neste sentido: GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II volume, 4ª Edição revista e actualizada, Editorial VERBO, 2008- página 215.

Penal, uma vez que só a prova pericial goza do valor especial consagrado neste artigo, presumindo-se o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial subtraído à livre apreciação do julgador (tal presunção não existe quanto ao exame).

No Código de Processo Penal de 1929 não existia distinção entre perícia e exame²⁵, tendo estas duas figuras o mesmo regime legal²⁶, porém, no Código de Processo Penal actual a distinção é muito clara, as duas figuras estão perfeitamente discriminadas no Código de Processo Penal, a perícia inserida nos meios de prova e a figura dos exames inserida nos meios de obtenção de prova. Diga-se também que a identidade das duas figuras no Código de Processo Penal de 1929 não causa perplexidade se a analisarmos com base no sistema legal vigente à data, uma vez que, e como refere o Professor Germano Marques da Silva, “*era entendimento quase uniforme na doutrina e jurisprudência que o tribunal apreciava livremente a prova pericial*”²⁷, o que se compreende tendo em conta que os exames nem sempre eram realizados por peritos especializados.

À semelhança do que acontece com a perícia a lei também não consagra expressamente uma definição de exame, o que dificulta a distinção entre as duas figuras. A doutrina tem procurado clarificar esta distinção. O Professor Paulo Pinto de Albuquerque estabelece a distinção no sentido de o exame ser um “*meio de obtenção de prova enquanto perícia é meio de prova. O exame visa a detecção de vestígios, a perícia visa a avaliação desses vestígios. O exame não supõe a existência de especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, a perícia supõe necessariamente a exigência desses conhecimentos*”²⁸. Também o Professor Germano Marques da Silva defende que o critério fundamental da distinção entre a perícia e o exame reside na exigência ou não de conhecimentos especiais por parte das pessoas que realizam os mesmos, “*parece que a distinção assenta essencialmente em que a perícia é uma interpretação dos factos feita por pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos; os peritos tiram dos vestígios as ilações que eles consentem e*

²⁵ Vejam-se os artigos 175º e seguintes do Código de Processo Penal de 1929.

²⁶ Ilustrativo da indistinção: MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de processo penal*, II volume, reimpressão da Universidade Católica autorizada pelo autor, Lisboa 1981- páginas 345 e seguintes.

²⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II volume, 4ª Edição revista e actualizada, Editorial VERBO, 2008- página 217.

²⁸ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição actualizada, Lisboa- Universidade Católica- página 420.

*são estas ilações, as conclusões periciais, que são submetidas às autoridades para a sua apreciação (...)*²⁹.

Não restam dúvidas sobre a exigência de conhecimentos especiais por quem realiza as perícias, a dúvida surge quando para a detecção de vestígios se exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos. É nestes casos que se coloca a questão de saber se estamos perante uma perícia ou ainda perante um exame. O Professor Paulo Pinto de Albuquerque³⁰ defende que a detecção de vestígios que exija conhecimentos especiais é ainda um exame. Sobre a mesma questão, o Professor Germano Marques da Silva³¹ entende que se for necessário a nomeação de um perito para se descobrir algum indício de um crime, então estamos perante uma perícia, que deve ter o valor reforçado consagrado no artigo 163º do Código de Processo Penal. Ou seja, se procuramos simplesmente um vestígio estamos perante um exame, por outro lado, se nos focamos na análise de algo (seja objecto ou pessoa) na procura de indícios e para tal nomeamos peritos então estamos perante uma perícia.

Consideramos que a grande diferença entre os exames e a perícia passa pela intervenção dos peritos. Nas palavras do Professor Manuel Cavaleiro de Ferreira o perito *“as conclusões a tirar da prova são conteúdo do juízo do julgador (...) este juízo ou conclusões é auxiliado por conclusões intermédias dos peritos, quando para as formular, haja que conhecer ciências especializadas ou técnicas estranhas a cultura geral do julgador”*³². Compreende-se desta forma que uma vez que a cultura geral do julgador não abrange (nem tem de abranger) todas as áreas de conhecimento e a lei permite recorrer a peritos que tenham conhecimentos especiais nestas áreas, é natural que o juízo técnico, científico ou artístico emitido pelo perito tenha um valor reforçado, auxiliando o julgador relativamente ao juízo científico, mantendo o julgador liberdade de apreciação relativamente aos dados de facto que servem da base ao juízo dos peritos. Sendo assim, a intervenção dos peritos confere um valor reforçado à prova, presumindo-se a mesma subtraída à livre apreciação do julgador, pelo que sempre que os peritos forem nomeados

²⁹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II volume, 4ª Edição revista e actualizada, Editorial VERBO, 2008- página 236.

³⁰ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição actualizada, Lisboa- Universidade Católica- página 420.

³¹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II volume, 4ª Edição revista e actualizada, Editorial VERBO, 2008- página 234.

³² MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de processo penal*, II volume, reimpressão da Universidade Católica autorizada pelo autor, Lisboa 1981- página 347.

estaremos perante uma perícia (devido ao valor reforçado deste juízo) e não perante um exame.

Apesar da importância prática da distinção, exames e perícias estão fortemente relacionados entre si. Esta proximidade verifica-se ao longo do processo, ajudando também a explicar a indistinção com que as duas figuras eram tratadas no Código de Processo Penal de 1929, havendo casos em que a perícia deve ser elaborada em conjunto com o exame. Esta situação está prevista no artigo 270º/3 do Código de Processo Penal³³. Para além desta situação, é frequente no Processo Penal que após a recolha de vestígios (exames) se proceda a uma perícia. Há diversos exemplos destas situações, como acontece na recolha de vestígios humanos para que se depois proceda à identificação do ADN, que engloba um grande número de casos possíveis (imagina-se a detecção de um cabelo, ou a recolha de sêmen num cadáver, ou ainda impressões digitais; tudo isto constitui um exame, no entanto, a tarefa posterior de comparar aqueles vestígios humanos com diferentes perfis de ADN requer conhecimentos científicos, consistindo numa perícia).

Estes casos em que exames e perícias se relacionam levaram a que parte da doutrina considerasse que os exames e as perícias são “*duas fases da mesma operação*”³⁴. Esta doutrina permite salientar a grande importância do exame para a realização de uma boa perícia, no entanto, parece-nos que esta posição tem lacunas, uma vez que nem a todos os exames se segue uma perícia. Porém, é de salientar, mais uma vez, a grande ligação entre as duas figuras.

III.II.- A obrigatoriedade da Perícia.

Outra questão pouco clara sobre essa matéria prende-se com a obrigatoriedade ou não da perícia. Não resulta claro da letra do artigo 151º do Código de Processo Penal, se a perícia é facultativa ou obrigatória, permanecendo a dúvida sobre se a realização da perícia depende da ponderação da autoridade judiciária ou se há casos em que a realização é obrigatória para que se respeite o princípio da descoberta da verdade. A perícia é ordenada oficiosamente ou a requerimento (artigo 154º do Código de Processo Penal).

³³ Esta norma é demonstrativa da importância que os Órgãos de Polícia Criminal têm no âmbito das perícias. Esta questão será retomada posteriormente nesta dissertação.

³⁴ ANTÓNIO LOURENÇO GOMES PIMENTEL, *O papel da perícia na descoberta da verdade e como garante de um processo equitativo*, Lisboa, 2012- página 75.

Quer a doutrina, quer a jurisprudência têm chamado a atenção para a falta de clareza do artigo quanto a esta matéria e tentado encontrar um critério que permita esclarecer quando é que se deve recorrer à perícia para que a verdade material não se seja prejudicada. A Doutora Cláudia Trindade entende que o artigo 151º do Código de Processo Penal “*devia ser menos impreciso e mais exigente*”³⁵, para que nunca se pusesse em causa a descoberta da verdade material, mas também não se gastassem recursos inutilmente.

A questão da obrigatoriedade da perícia é abordada no acórdão de 13 de Maio de 2014, do Tribunal da Relação de Évora. Esse acórdão defende expressamente que “*há casos claros de exigência legal (literal), a implicar necessariamente a realização de perícia. Estão neste caso, pelo menos, os previstos nos artigos 166º, nº 2 (documento cifrado), o artigo 351º, nº 1 (imputabilidade) do Código de Processo Penal e o artigo 18º da Lei 45/2004 (autópsia médico-legal)*”. Estes casos têm tratamento diferenciado pela lei, existindo verdadeiramente uma exigência legal de o tribunal ordenar a perícia. O artigo 166º/2 do Código de Processo Penal é exemplo claro disso, uma vez que verificando-se o facto de o documento ser cifrado tem de se recorrer a perícia, uma vez que a autoridade judiciária não possui conhecimentos especiais que permitem decifrá-lo.

Também no caso do artigo 18º da lei 45/2004 de 19 de Agosto, a perícia (autópsia médico-legal) é obrigatória, “*excepto se existirem informações clínicas suficientes que associadas aos demais elementos permitam concluir, com segurança, pela inexistência de suspeita de crime*”.

Por último, o artigo 351º do Código de Processo Penal consagra expressamente que “*quando na audiência se suscitar fundadamente a questão da inimputabilidade do arguido, o presidente, oficiosamente ou a requerimento, ordena a comparência de um perito para se pronunciar sobre o estado psíquico daquele*”. Sendo, embora, este último exemplo, mais um caso em que a lei obriga à realização da perícia existe, porém, neste artigo uma diferença importante, uma vez que a autoridade judiciária ainda mantém alguma margem que lhe permite avaliar se o arguido revela indícios de inimputabilidade,

³⁵ CLAUDIA DAVID TRINDADE, A prova pericial no processual penal português, Lisboa, 2001, Relatório final da cadeira de Direito Processual Penal apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa- página 9.

sendo certo que se o julgador considerar que estes indícios existem, então é obrigado a ordenar oficiosamente a perícia.

Estão apresentados os casos em que a autoridade judiciária é obrigada pela lei a ordenar oficiosamente ou a requerimento a perícia, desde que estejam preenchidos os requisitos dos artigos em questão.

Se é certo que existem artigos que consagram a obrigatoriedade da perícia quando preenchidos os requisitos legais, também existem artigos que dispõem no sentido da não obrigatoriedade da perícia. É o caso do artigo 131º/3 do Código de Processo Penal que consagra expressamente que “tratando-se de depoimento de menor de 18 anos em crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, **pode ter** lugar perícia sobre a personalidade” (negrito nosso). Também o acórdão de 18 de Novembro de 2004 do Tribunal da Relação de Lisboa em análise ao referido artigo, refere *que “resulta assim do preceito em causa que a realização de perícia a menor de 16 anos, que haja de prestar testemunho, é facultativa, cabendo, por isso, à respectiva autoridade judiciária, aferir, (...), da necessidade da mesma”*. Assim, neste caso, tal como em todos os demais em que a perícia não é legalmente obrigatória e se suscita a questão de dever ou não ser ordenada a perícia, cabe à autoridade judiciária avaliar se a mesma deve ou não ser realizada.

A autoridade judiciária não pondera apenas a utilidade da perícia para o processo em questão, pondera também se a realização da perícia restringe os Direitos Constitucionais de alguém e, existindo esta restrição, avalia se esta é justificada e proporcional aos fins que se pretendem atingir. Como refere o Professor Paulo Pinto de Albuquerque “*A versão inicial do CPP não estabelecia qualquer critério explícito para determinação de uma perícia, considerando a jurisprudência que a diligência deveria ser realizada sempre que fosse essencial para a descoberta (acórdão do STJ de 10/07/1997, citado em MAIA GONÇALVES). Esta jurisprudência está agora prejudicada. A lei 48/2007, de 29/08, consagrou explicitamente o critério da necessidade para determinação da perícia sobre características físicas ou psíquicas (artigo 154º/2) que é aplicável, por interpretação extensiva, a qualquer perícia*”³⁶.

³⁶ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição actualizada, Lisboa- Universidade Católica- página 421.

A avaliação da autoridade judiciária (que poderá ser o Ministério Público, o Juiz de Instrução ou o Juiz de julgamento, conforme estejamos em fase de inquérito, instrução ou julgamento) quanto à necessidade de ordenar a realização da perícia não é totalmente discricionária, envolvendo várias ponderações relacionadas com a restrição de Direitos Fundamentais e a descoberta da verdade.

O acórdão de 13 de Maio de 2014, do Tribunal da Relação de Évora analisa também a questão de existirem casos em que a perícia pode ser essencial, embora não obrigatória por lei, e o problema de se omitir estas perícias, referindo-se no acórdão que *“(...) também é indubitável que a inexistência de perícia pode implicar vício do processado, a incluir na parte final da alínea d) do n. 2 do artigo 120º do CPP. «insuficiência da instrução, por omissão posterior de diligências que pudessem reputar-se essenciais para a descoberta da verdade». Estes serão casos em que a realização de perícia não é legalmente obrigatória, no sentido de literal e específica exigência legal de realização”,* contudo, apesar de não ser legalmente obrigatória, a essencialidade da perícia pode fazer com que ela se torne indispensável. O próprio acórdão em questão refere que esta essencialidade levou a que *“o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 25-02-2008” considerasse que nestes casos a perícia fosse considerada “obrigatória e não facultativa”*.

Podem imaginar-se casos em que apesar de não se enquadrar no âmbito dos artigos que consagram expressamente a obrigatoriedade da perícia esta revela-se essencial para a descoberta da verdade da causa, por exemplo um caso em que se tenha de analisar uma assinatura para concluir se ela é verdadeira ou falsa ou um caso em que se tenha de fazer uma perícia para saber se uma ponte caiu por acção de alguém ou por causa natural.

Por sua vez, não é unânime a resposta à questão de saber com qual dos vícios se deve cominar a não realização de uma perícia que seja essencial para a descoberta da verdade. Se há autores que defendem que só nos casos em que a lei determina a obrigatoriedade da perícia é que se verifica a nulidade consagrada na alínea d) do número 2 do artigo 120º do Código de Processo Penal, restando a irregularidade prevista no artigo 123º do Código de processo Penal para os restantes casos³⁷; outros há que consideram que, mesmo não estando perante os casos em que a lei determina a obrigatoriedade da

³⁷ Neste sentido: PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição actualizada, Lisboa- Universidade Católica- página 422.

perícia, verifica-se a nulidade prevista na alínea d) do número 2 do artigo 120º do Código de Processo Penal quando esta perícia pudesse ser essencial para a descoberta da verdade³⁸.

Não é uma questão fácil de decidir, no entanto consideramos que nos casos em que o julgador indefira um pedido de perícia que pudesse ser essencial para a descoberta da verdade poderemos estar perante a nulidade do artigo 120/2 d) do Código de Processo Penal, contudo, seja qual for a posição do tribunal sobre esta questão, é importante referir que a não realização de perícia constitui fundamento de recurso.

III.III. - Outras questões suscitadas no regime legal.

Continuando a viagem pelo regime legal da Prova Pericial constatamos que o artigo 152º do Código de Processo Penal estabelece uma ordem de seleção dos peritos, podendo o juiz por um critério de conveniência selecionar nomear um perito em vez de recorrer a um estabelecimento oficial. O mais relevante deste artigo é o seu número 2, que consagra que a possibilidade da perícia ser deferida a vários peritos funcionando em moldes colegiais ou interdisciplinares. Quando se trate de colégio de peritos, o que acontece no caso de a perícia se revelar de especial complexidade, este é constituído pelo menos por três peritos, elaborando-se apenas um relatório. Percebe-se neste ponto que caso os peritos diverjam entre si existirá uma opinião vencida³⁹, o que tem uma grande importância no que diz respeito ao valor da prova uma vez que o julgador poderá concordar com esta opinião vencida⁴⁰. Caso a perícia exija conhecimentos de matérias distintas pode ser designado um grupo interdisciplinar de peritos, que se distingue do colégio de perito precisamente porque estão em causa matérias distintas. Neste grupo interdisciplinar de peritos cada perito elabora o seu relatório pronunciando-se sobre a matéria sobre a qual tem conhecimentos especiais.

Quanto ao artigo 153º do Código de Processo Penal o mais relevante que há a referir é que o perito está sujeito, por força do artigo 47º do Código de Processo Penal, aos impedimentos, recusas e escusas previstos nos artigos 39º e seguintes do Código de

³⁸ Neste sentido: MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal anotado*, 17.ª edição- comentário ao artigo 151º do Código de Processo Penal.

³⁹ Isto demonstra que as opiniões dos peritos não são infalíveis, o que explica a importância do contraditório na prova pericial.

⁴⁰ Este tema será melhor explicado no capítulo do valor da prova pericial.

Processo Penal, podendo, ainda, nos termos do nº 2 do artigo 153º, pedir escusa quando lhe faltarem as condições indispensáveis para a realização da perícia.

Aderimos neste ponto, sem reservas, ao entendimento do Professor Germano Marques da Silva que refere que *“no que respeita aos impedimentos previstos no artigo 39º não se suscitam quaisquer dificuldades de adaptação (...) relativamente aos impedimentos por participação em processo, cremos que apenas o previsto na alínea a) do artigo 40º pode ter aplicação, considerando que o juízo pericial feito pelo perito foi determinante para fundamentar a aplicação de medida de coação prevista nos artigos 200º a 2002º”*.⁴¹ No fundo a grande preocupação é manter o perito isento e evitar qualquer suspeita de parcialidade, devendo o regime das escusas ser interpretado com muito zelo pelos peritos, fazendo valer o ditado *“à mulher de César não basta ser honesta, deve parecer honesta”*.

As questões constitucionais que suscitam o artigo 154º do Código de Processo Penal serão tratadas mais à frente nesta dissertação⁴². Neste ponto cabe alertar para a importância, muitas vezes ignorada na prática, dos números 1 e 2 deste artigo que realçam a importância do despacho definir com precisão o objecto da perícia. É fundamental que este objecto da perícia esteja bem definido e delimitado, de modo a que os peritos não extravasem as suas competências e não se pronunciem sobre temas que não digam respeito à perícia em si para que não a credibilidade dos seus relatórios não fique condicionada. O Professor Germano Marques da Silva chama a atenção para este problema, referindo que *“a matéria das perícias é muito delicada porque muitas vezes os peritos extravasam a sua competência, não se limitando a procurar meios de prova sobre os factos ou a apreciar as provas que lhes são submetidas para a apreciação, formulando verdadeiros juízos sobre a responsabilidade com recurso a elementos que não foram validamente admitidos no processo ou que não lhes compete apreciar”*⁴³. Tudo isto retira credibilidade aos relatórios periciais.

⁴¹ GERMANO MARQUES DA SILVA, Curso de Processo Penal, II volume, 4ª Edição revista e actualizada, Editorial VERBO, 2008- página 220.

⁴² Infra, capítulo IV.

⁴³ GERMANO MARQUES DA SILVA, Curso de Processo Penal, II volume, 4ª Edição revista e actualizada, Editorial VERBO, 2008- página 217.

Quanto ao artigo 155º do Código de Processo Penal, por envolver toda a grande problemática no que concerne ao Princípio do Contraditório, temática tão importante a nível constitucional que será tratada em capítulo autónomo.

O mesmo acontece com o artigo 156º do Código de Processo Penal, que suscitando questões também de índole constitucional, relacionadas com o princípio do Contraditório, serão também abordadas capítulo posterior. Cabe, porém, aqui salientar que o número 4 deste artigo reconhece a importância da definição do objecto da perícia.

Finda a perícia, os peritos elaboram o relatório pericial. Os prazos e o modo como o relatório é elaborado estão consagrados no artigo 157º do Código de Processo Penal. Aqui importa referir a relevância da fundamentação do relatório, que pode ver a sua validade prejudicada caso não esteja devidamente fundamentado ou existam contradições entre as conclusões e a fundamentação. Uma grande garantia do Contraditório está consagrada no número 1 deste artigo que prevê a possibilidade da autoridade judiciária mas também o arguido, o assistente, as partes civis e os consultores técnicos pedirem esclarecimentos ao perito sobre o relatório pericial. Refira-se, por último, que o número 5 deste artigo consagra expressamente que nos casos de perícia colegial pode haver lugar a opinião vencedora e opinião vencida.

Cabe dizer que o artigo 158º do Código de Processo Penal é um artigo que confere ao juiz algum controlo quanto à actividade que o perito desenvolve. Se o juiz não ficar esclarecido com o relatório do perito pode pedir-lhe esclarecimentos complementares aos que já foram pedidos no âmbito do artigo 157º, podendo fazê-lo também a requerimento dos sujeitos processuais. Este artigo prevê ainda a possibilidade da realização de nova perícia ou renovação da perícia, sendo que a nova perícia é aquela que *“incide sobre o mesmo objecto, mas visando um detalhe, um pormenor distinto do anteriormente avaliado”*⁴⁴, havendo por isso possibilidade de ser realizada pelo mesmo perito ou por perito diferente; diferentemente, a renovação da perícia é aquela que incide sobre os mesmos detalhes que haviam sido avaliados anteriormente e assim se compreende que não possa ser realizada pelo mesmo perito que a realizou anteriormente sob pena de inutilidade. Uma situação distinta e que não se deve confundir é aquela em que se ordena

⁴⁴ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição actualizada, Lisboa- Universidade Católica- página 438.

uma perícia sobre um objecto ou pessoa diferente. Neste caso estamos perante uma perícia diferente.

O regime jurídico das perícias médico-legais e forenses encontra-se previsto na lei número 45/2004 de 19 de Agosto. O artigo 159º do Código de Processo Penal consagra regime idêntico ao da Lei 45/2004 de 19 de Agosto, regulando a competência para a realização destas perícias. É relevante o número 7 do artigo 159º do Código de Processo Penal que consagra uma excepção em relação à legitimidade de requerer perícia psiquiátrica, uma vez que para além do representante legal do arguido, têm legitimidade para requerer esta perícia o cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens, ou da pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que com o arguido viva em condições análogas às dos cônjuges, dos descendentes e adoptados, ascendentes e adoptantes, ou, na falta deles (e note-se aqui a subsidiariedade), dos irmãos e seus descendentes. Este preceito não merece crítica da nossa parte, uma vez que neste tipo de perícia as pessoas que mais convivem com o arguido que por rega têm maior percepção da necessidade de a requerer.

Importante realçar no respeitante ao artigo 160º do Código de Processo Penal a diferença entre perícia sobre personalidade e perícia psiquiátrica, sendo que a distinção assenta no facto da perícia sobre a personalidade tem objecto características “*psíquicas independentes de causas patológicas*”⁴⁵. É uma perícia que pode relevar para a decisão sobre a revogação da prisão preventiva, a culpa do agente e a determinação da sanção.

O artigo 160ºA do Código de Processo Penal consagra a possibilidade do tipo de perícias indicadas nos artigos 152º e 160º do referido diploma poderem ser feitas por entidades terceiras que tenham sido contratadas por quem as tivesse de realizar, desde que aquelas entidades não tenham qualquer interesse na causa, ou seja, garantem a imparcialidade da perícia.

Em relação ao artigo 161º do Código de Processo Penal importa referir que caso o objecto destruído tenha proprietário identificado, é lhe pedida autorização para a destruição ou modificação com a consequente indemnização do seu proprietário. Embora o artigo seja omissivo sobre a questão, parece-nos que a autorização do proprietário poderá não ser fundamental nos casos em que a perícia seja essencial para a descoberta da

⁴⁵ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição actualizada, Lisboa- Universidade Católica- página 440.

verdade, cabendo à autoridade judiciária, nestes casos, a ponderação sobre a necessidade da perícia, podendo ordená-la, mesmo contra a vontade do proprietário.

O artigo 162º apresenta-se de escassa relevância para esta dissertação. Contrariamente ao artigo 163º do Código de Processo Penal, que de tão importante, será aprofundado em capítulo autónomo.

A importância dos Órgãos de Polícia Criminal nas Perícias.

IV.I. - A importância dos vestígios para uma boa perícia.

No capítulo anterior foi referida a estreita relação entre exames e perícias. O regime legal dos exames está consagrado nos artigos 171º a 173º do Código de Processo Penal. Sendo, por vezes difícil estabelecer-se a fronteira de distinção entre as figuras, pode-se afirmar que os exames inspecionam os vestígios que podem se revelar essenciais para a descoberta do modo, do lugar ou da(s) pessoa(s) que praticou o crime.

Incidindo a perícia, muitas vezes sobre os indícios recolhidos nos exames, compreende-se a importância que a recolha de indícios tem no âmbito de uma perícia, pois bons indícios, não só, vão dar origem a perícias mais claras e seguras, como vestígios contaminados conduzirão a uma perícia menos clara e rigorosa, podendo inclusive desembocar numa perícia inconclusiva.

Ciente da grande importância que os vestígios podem ter para a perícia e para o auxílio de descoberta da verdade material, o Especialista Superior da Polícia Judiciária, Nuno Bastos Coelho refere que *“os vestígios são vitais para o sucesso de uma investigação, pois podem contribuir para a resolução dos processos e a sua contaminação constitui a principal ameaça à integridade, sejam eles de natureza biológica e não biológica que são, frequentemente, objecto de pesquisa, recolha e tratamento no local do crime (...) É de grande importância para a investigação, a gestão do local do crime, podendo ser muitas vezes o elo mais forte na investigação criminal de certos casos”*⁴⁶.

IV.II.- A competência para a recolha dos vestígios e importância da conservação da prova.

A competência para se proceder aos exames está a cargo da autoridade judiciária ou dos Órgãos de Polícia Criminal. É o que resulta, desde logo da letra do número 4 do artigo 171º do Código de Processo Penal e da função atribuída aos Órgãos de Polícia Criminal no âmbito do Processo Penal português, que é coadjuvar as autoridades judiciárias (artigo 55º/1 do Código de Processo Penal), actuando sob as

⁴⁶ NUNO BASTOS COELHO, *Preservação de vestígios no local do crime para profissionais de saúde*, In: Investigação criminal. - Lisboa, 2011- Página 173.

orientações e dependência funcional dessas entidades (artigo 56º do Código de Processo Penal).

Contrariamente ao que acontecia num passado recente os despachos que atribuem a competência para a realização dos exames às autoridades judiciárias são hoje demasiado genéricos. Como bem refere o Doutor António Lourenço Pimentel antes esses despachos eram “*muito pormenorizados com o objectivo de controlar a conduta dos OPC’S e obter o melhor possível da recolha de prova*”⁴⁷. Acresce o facto de muitas vezes as autoridades judiciárias não se fazerem apresentar no local que irá ser sujeito a exame⁴⁸, o que faz com que a realização desses exames fique totalmente entregues aos Órgãos de Polícia Criminal, com o conseqüente aumento da responsabilidade destas entidades no âmbito dos exames que, posteriormente, serão importantes no âmbito da perícia.

A grande importância de recolha imediata de vestígios de modo a que estes não se percam ou modifiquem está também consagrada em várias disposições do Código de Processo Penal. O número 4 do artigo 171º do Código de Processo Penal atribui competência a qualquer agente da autoridade para tomar provisoriamente (enquanto não estiverem presentes as autoridades competentes) todas as providências para que não se coloque em risco a obtenção da prova. Também o artigo 249º/1 do Código de Processo Penal, na mesma linha da parte final do artigo 55º/2 do Código de Processo Penal, prevê estas providências cautelares quanto aos meios de prova, consagrando-se expressamente no artigo 249º/2 do Código de Processo Penal que uma destas providências é proceder a exames dos vestígios de crimes, assegurando a manutenção das coisas e dos lugares.

É reconhecida e considerada fundamental a importância da recolha ou preservação imediata dos vestígios e o papel que os Órgãos de Polícia Criminal têm nesta actividade. Nesse particular é elucidativo uma afirmação feita por um Profissional da Polícia de Segurança Pública, Paulo Alexandre Fernandes Soares “*é consabido, ou pelo menos conjecturável, que o sucesso de grande parte da investigação dos crimes está dependente da forma como os órgãos de polícia criminal que primeiro abordam o local da sua*

⁴⁷ ANTÓNIO LOURENÇO GOMES PIMENTEL, *O papel da perícia na descoberta da verdade e como garante de um processo equitativo*, Tese de mestrado, Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2012- página 90.

⁴⁸ Esta problemática é abordada em: ANTÓNIO LOURENÇO GOMES PIMENTEL, *O papel da perícia na descoberta da verdade e como garante de um processo equitativo*, Lisboa, 2012- Página 88 e seguintes.

prática intervêm junto de todo o cenário probatório, acautelando a sua perda ou deterioração”⁴⁹.

Em nossa opinião não se deve relativizar a importância da questão aqui abordada. Os Órgãos de Polícia Criminal são na maior parte das vezes as primeiras pessoas a ter contacto com o local do crime e, como foi referido, muitas vezes a realização dos exames cabe exclusivamente aos Órgãos de Polícia Criminal, o que revela a grande importância do modo como procedem. Não contaminar os vestígios para que as provas sejam o mais claras possível, para numa fase posterior conduzir a uma perícia esclarecedora de modo a que possa ser um auxílio importante para o julgador numa fase mais avançada do processo é uma das prioridades, sendo, muito importante que os Órgãos de Polícia Criminal conheçam e observem os procedimentos essenciais para que se não contaminem os vestígios do local do crime.

O artigo 270º/3 do Código de Processo Pena fala-nos da relação entre exames e perícias referindo a importância que os Órgãos de Polícia Criminal têm, de forma mais directa, na perícia. Nesta disposição legal, consagra-se a possibilidade do Ministério Público delegar nos Órgãos de Polícia Criminal a faculdade de ordenar a efectivação da perícia relativamente a determinados tipos de crime, em caso de urgência, nomeadamente quando a perícia deva ser realizada em conjunto com o exame de vestígios. Trata-se, novamente, de fazer prevalecer o princípio da descoberta da verdade evitando-se, o risco de perda de vestígios ou o perigo da demora.

Diga-se ainda, a título de curiosidade, que não é apenas no Direito Processual Português que os Órgãos de Polícia Criminal têm um papel importante. Como refere Paulo Alexandre Soares Fernandes Soares, no ordenamento Alemão *“encontramos a possibilidade de os funcionários de polícia poderem ordenar exame corporal ao arguido, mesmo sem o seu consentimento, havendo perigo na demorar para o sucesso futuro da investigação. No ordenamento inglês, a polícia tem, no inquérito, posição dominante. Além das funções de recolha de elementos de prova, ela própria assume a responsabilidade de deduzir a acusação*”⁵⁰. Estas soluções não são acolhidas no ordenamento Português, não deixa, no entanto, de ser uma questão interessante de referir.

⁴⁹ PAULO ALEXANDRE FERNANDES, Meios de obtenção de prova no âmbito das medidas cautelares e de polícia, Coimbra: Almedina, 2014- Página 129.

⁵⁰ PAULO ALEXANDRE FERNANDES, Meios de obtenção de prova no âmbito das medidas cautelares e de polícia, Coimbra: Almedina, 2014- Página 135, nota de rodapé número 257.

IV.III.- A eventual colisão entre Direitos Fundamentais

Outro ponto que importa analisar pelo interesse que reveste nessa matéria prende-se com o facto dos Órgãos de Polícia Criminal poderem proibir a entrada ou trânsito de pessoas estranhas ao local do crime se isto puder por em causa a recolha de prova e poderem ainda, nos termos do artigo 173º do Código de Processo Penal determinar que algumas pessoas não se afastem do local do exame. Estamos perante uma colisão de Direitos Fundamentais entre o Direito à Liberdade do artigo 27º da Constituição da República Portuguesa e o Direito/dever da descoberta da verdade que a doutrina e jurisprudência classificam como Direito Fundamental que se retira do artigo 32º da Constituição da República Portuguesa. Como referem os Professores Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira “*o direito à liberdade significa (...) direito à liberdade física, à liberdade de movimentos, ou seja, direito a não ser detido, aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente confinado a um determinado espaço, ou impedido de se movimentar*”⁵¹.

A restrição deste Direito encontra-se justificada pela necessidade de descoberta da verdade, uma vez que os Direitos Fundamentais podem ser restringidos de acordo com o princípio da proporcionalidade (também designado por alguns autores como princípio da proibição do excesso), desde que respeite, segundo o Professor Jorge Reis Novais, os três subprincípios que são “*a idoneidade (muitas das vezes sob a designação de adequação), a necessidade e a proporcionalidade em sentido restrito*”⁵². O raciocínio é o de verificar se as medidas são aptas a realizar o fim prosseguido com a restrição, se são indispensáveis (ou seja, se não há outro modo de obter o fim prosseguido que não afecte os direitos fundamentais) e se o as medidas são proporcionais ao fim que se pretende atingir. Neste caso estamos perante uma restrição legítima e proporcional do Direito à Liberdade em relação à descoberta da verdade, uma vez que esta restrição acontece apenas pelo tempo estritamente necessário, tornando-se inconstitucional se ultrapassar o tempo estritamente necessário. A lei não define o tempo estritamente necessário desta detenção efectuada pelos Órgãos de Polícia Criminal, parecendo-nos, porém, adequado o critério utilizado pelo Doutor António Lourenço Pimentel que defende que “*a detenção dos efeitos do 171º e 172º deve ser feita respeitando o 27/3 CRP (...) o seu período*

⁵¹ JOÃO GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª edição revista, Coimbra Editora, 1993- Página 184.

⁵² JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Lisboa: Coimbra Editora, 2004. – Página 162.

*máximo será o que está estipulado para o efeito de detenção para identificação, por aplicação analógica do artigo 250º do CPP em conjugação com o artigo 4º*⁵³.

IV.IV- Conclusão.

Em suma, o legislador reconhece a grande importância da recolha de vestígios, ao ponto de atribuir competência a qualquer agente da autoridade quando houver perigo iminente para a obtenção da prova. Isto reforça a importância que os Órgãos de Polícia Criminal têm no Processo Penal português, uma vez que muitas vezes estão encarregues de realizar os exames sozinhos, sem a presença da autoridade judiciária. É, para isso, importante que os Órgãos de Polícia Criminal estejam treinados e instruídos de modo a não colocarem em perigo os indícios, não os contaminando, uma vez que nestes indícios podem estar auxílios importantíssimos para a realização do caso. Uma má abordagem ao local do crime pode retirar força à prova pericial.

O local do crime, bem conservado e investigado, pode ser fundamental para a descoberta do criminoso. Como refere o Doutor António Lourenço Pimentel, citando um Professor de Medicina Forense da Universidade de Lyon, Edmon Locard “Não apenas as suas pegadas ou dedadas, mas o seu cabelo, as fibras das suas calças, os vidros que ele porventura parta, a marca da ferramenta que ele deixe, a tinta que ele arranhe, o sangue ou sémen que deixe. Tudo isto, e muito mais, vale como um testemunho contra ele. Esta prova não se esquece. É distinta da excitação do momento. Não é ausente como as testemunhas humanas são. Constituem, per se, uma evidencia factual. A evidência física não pode estar errada, não pode cometer perjúrio, por si própria, não se pode tornar ausente. Cabe aos humanos, procura-la, estudá-la e compreendê-la, apenas os humanos podem diminuir o seu valor”⁵⁴.

⁵³ ANTÓNIO LOURENÇO GOMES PIMENTEL, *O papel da perícia na descoberta da verdade e como garante de um processo equitativo*, Lisboa, 2012- página 82.

⁵⁴ ANTÓNIO LOURENÇO GOMES PIMENTEL, *O papel da perícia na descoberta da verdade e como garante de um processo equitativo*, Lisboa, 2012- página 99.

As diversas questões Constitucionais suscitadas pelas perícias.

As questões levantadas pela prova pericial não se cingem ao Direito Processual Penal, afetando quer diferentes sujeitos processuais quer outros ramos de direito, nomeadamente o Direito Constitucional, a tal ponto de alguns autores referirem que o Direito Processual Penal é Direito Constitucional aplicado, tal é a relação existente entre estes dois ramos de Direito.

V.I.- Âmbito e obrigação de sujeição a perícia.

As perícias podem incidir sobre coisas ou pessoas. Nesse último caso, pode questionar-se se a pessoa, perante uma ordem da autoridade judiciária (oficiosamente ou a requerimento) pode, ou não, recusar-se a se submeter a perícia e, em caso de recusa, qual a consequência desta.

Muitos são os casos em que as pessoas colaboram com a autoridade judiciária prestando consentimento para que seja realizada a perícia. Esses casos, em que o consentimento é prestado livremente e de forma esclarecida e com observância dos demais requisitos consagrados no artigo 38º do Código Penal, não levantam problemas, pois tratando-se de interesses juridicamente disponíveis (não pode o visado consentir em perícias que possam criar perigo para a sua saúde) não põe em causa quaisquer valores constitucionais próprios de um Estado de Direito.

O problema surge quando a pessoa sobre a qual é ordenada a perícia não consente a realização da mesma.

Nesses casos, incidindo a perícia sobre características físicas ou psíquicas de pessoas que não hajam prestado consentimento, o despacho que a ordena é, nos termos do artigo 154º/3 do Código de Processo Penal, da competência do juiz, a quem cabe a ponderação da necessidade da sua realização, tendo em conta o Direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado.

Contudo, mesmo sendo um juiz a ordenar a perícia, ainda assim, não é pacífico na doutrina a questão da legitimidade/autoridade deste para compelir a pessoa a submeter-se à perícia

O Professor Paulo Pinto de Albuquerque relata que o Código de Processo Penal *“é omissivo sobre o procedimento a adoptar no caso de o visado recusar a obedecer à*

*ordem da autoridade judiciária e, designadamente, não permite que o visado possa ser compelido (...) Portanto, a recusa de obediência só pode dar lugar à incriminação do artigo 348º, nº1, alínea b), do CP(...)*⁵⁵. Por outro lado, o Doutor Lourenço Pimentel defende que *“a substituição do consentimento do visado pelo despacho do juiz, responsável por aquela fase processual, leva a concluir que este não terá outra alternativa que não seja a submissão à sua realização compulsiva que poderá ser feita, se necessário for, através da utilização de força pública”*⁵⁶. Pensamos que a razão, neste ponto, está com o Doutor Lourenço Pimentel.

Em primeiro lugar e fazendo um paralelo com o caso dos exames a solução legislativamente adotada, faculta à autoridade judiciária o poder de compelir a pessoa que não presta o seu consentimento (artigo 172º do Código de Processo Penal), a sujeitar-se aos exames, o que nos leva a crer que a mesma lógica deve imperar no caso das perícias.

Em segundo lugar, e no que respeita apenas ao arguido, o artigo 61º/3 do Código de Processo Penal impõe-lhe o dever de se sujeitar a diligências de prova especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente.

Por último, é de notar o que consagra o artigo 6º/1 da lei 45/2004, de 19 de Agosto

Pese embora a epígrafe do artigo 6º da lei 45/2004, de 19 de Agosto, preceito legal que estabelece o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses, refira “exames” em vez de perícias acreditamos tratar-se de uma confusão entre essas duas figuras, para a qual, aliás, muitos autores chamam a atenção.

Consideramos que, ao invés de “obrigatoriedade de sujeição a exames” a epígrafe deste artigo deveria ser “obrigatoriedade de sujeição a perícias”. A corroborar esse entendimento veja-se o número 3 deste mesmo artigo 6º quando refere: *“nos termos do artigo 155º do Código de Processo Penal (...)”* e, como sabemos, o artigo 155º do Código de Processo Penal faz parte do regime legal da prova pericial. Também o número 4 do artigo 6º da lei 45/2004 fornece um elemento importante para a nossa convicção, ao

⁵⁵ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição actualizada, Lisboa- Universidade Católica- Página 430.

⁵⁶ ANTÓNIO LOURENÇO GOMES PIMENTEL, *O papel da perícia na descoberta da verdade e como garante de um processo equitativo*, Lisboa, Tese de mestrado, Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2012- Página 120.

referir: “a autoridade judiciária competente pode assistir à realização **dos exames periciais**” (negrito nosso).

Este entendimento de que a autoridade judiciária pode compelir o visado à perícia sem que este consinta tem sido defendido pela jurisprudência⁵⁷, alicerçando-se quer no artigo 172º1 do Código de Processo Penal, quer no artigo 6º/1 da lei 45/2004, de 19 de Agosto. Por sua vez, e em reforço deste entendimento, o artigo 172º/2 do Código de Processo Penal manda aplicar o disposto no artigo 154º/3 do Código de Processo Penal, estabelecendo, em nossa opinião, quanto à obrigatoriedade de sujeição, idêntico regime para exames e perícias. Ou seja: Havendo necessidade de se recorrer a esse meio de prova, qualquer pessoa, por decisão da autoridade judiciária competente, poderá ser compelida a submeter-se a exame ou a perícia.

O Professor Paulo Pinto de Albuquerque, perfilha outro entendimento. Defende este Professor que *“a norma do artigo 172º/1 é excepcional, porque contrária aos direitos constitucionais de protecção da integridade física e da privacidade, pelo que não é aplicável analogicamente”*⁵⁸.

Contudo, e não obstante a jurisprudência ter, na sua maioria, vindo a adoptar o entendimento que, também, consideramos mais defensável, a verdade é que, à semelhança do que acontece no artigo 172º/1 do Código de Processo Penal, seria uma boa solução do ponto de vista legal, que constasse expressamente do artigo 154º/3 do Código de Processo Penal a possibilidade da autoridade judiciária compelir a sujeitar-se à perícia, todo aquele que se pretendesse a ela eximir-se. Essa solução seria de todo benéfica. Deixar-se-ia de se recorrer ao artigo 172º do Código de Processo Penal nos casos relativos a perícias, facilitando-se, dessa forma, o trabalho da jurisprudência e da doutrina.

V.II.- A competência do juiz no artigo 154º/3 do Código de Processo Penal.

Importa, agora, analisar outras questões constitucionais, levantadas pelo artigo 154º/3.

Segundo o artigo 154º/3 do Código de Processo Penal, sempre que a perícia incidir sobre características físicas ou psíquicas de uma pessoa que não haja prestado

⁵⁷ Veja-se, a título de exemplo, o acórdão do TRL, de 24 de Agosto de 2007, nº de processo 6553/2007-5.

⁵⁸ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição actualizada, Lisboa- Universidade Católica- página 430.

consentimento, o despacho que a ordena será obrigatoriamente da competência de um juiz.

No anterior Código de Processo Penal, e até à alteração introduzida pela lei 20/2013 de 21 de Fevereiro, a preocupação de, nesses casos, se atribuir competência ao juiz não existia. Se a necessidade da realização da perícia surgisse no decurso da fase de inquérito, poderia ser da competência do Ministério Público. Esta alteração legislativa não aconteceu por acaso. Teve na sua origem questões relacionadas com valores fundamentais da pessoa humana. Passou a defender-se que, inexistindo consentimento do visado, este só deverá ser obrigado a submeter-se a uma perícia se tiverem em causa valores fundamentais que o justifiquem.

São várias as normas do Código de Processo Penal que atribuem ao juiz a competência para ordenar a perícia, mesmo no decurso da fase de inquérito. São exemplos o artigo 269º/1 a) ao atribuir ao juiz a competência exclusiva para ordenar ou autorizar a efetivação de perícias nos termos do artigo 154º/3 do Código de Processo Penal.

Cabe ao juiz ponderar a necessidade da realização da perícia não consentida, tendo em conta o direito à integridade física pessoal e à reserva da intimidade do visado. Direitos fundamentais consagrados nos artigos 25º e 26º da Constituição da República Portuguesa.

Direitos que o juiz não pode deixar de ponderar e valorar como sendo Direitos Fundamentais que justificam uma possível recusa de submissão a uma perícia. Tudo isso sem prejuízo dos direitos fundamentais poderem ser restringidos de acordo com os critérios consagrados no artigo 18º/2 da Constituição da República Portuguesa. Artigo que consagra o princípio da proporcionalidade, ou, como preferem chamar outros autores, o princípio da proibição do excesso.

Nos casos em que o visado se recusa a submeter a uma perícia estamos perante um conflito, entre o Direito à integridade física e identidade pessoal e o dever da descoberta da verdade, prosseguido pelos tribunais. O juiz terá então de ponderar a necessidade da perícia de acordo com o Princípio da proibição do excesso, e ter em consideração a necessidade da perícia para a descoberta da verdade material⁵⁹ e o sacrifício imposto ao visado pela perícia. Como refere o Professor Jorge Reis Novais não

⁵⁹ Para mais pormenores sobre o princípio da proibição do excesso consultar o Acórdão n° 200/01 do Tribunal Constitucional.

se tem em conta apenas a proporcionalidade da restrição mas também a o controlo de razoabilidade que *“concentra-se na gravidade, qualitativa ou quantitativa, que a medida restritiva provoca na esfera do(s) afectado(s), havendo inconstitucionalidade sempre que, independentemente da adequação (...) a quantidade ou a qualidade dos encargos impostos excede o que é legitimamente tolerável pela liberdade e autonomia pessoal em Estado de Direito”*⁶⁰.

Este controlo de constitucionalidade por parte do juiz é fundamental, sob pena de se impor sacrifícios intoleráveis à integridade física dos visados, e de violação do artigo 126º/1 do Código de Processo Penal que expressamente proíbe, sob pena de nulidade, a obtenção de provas com recurso a ofensas à integridade física das pessoas. Nesse particular é bastante elucidativo o pensamento do Professor Germano Marques da Silva *“A verdade não pode ser investigada a qualquer preço, mormente quando esse preço é o sacrifício de direitos fundamentais das pessoas”*⁶¹.

Chegados aqui e pese embora não caiba nesta dissertação desenvolver o tema da prerrogativa contra a auto-incriminação, a verdade é que a questão da colisão de Direitos Fundamentais levanta-se sempre que a finalidade da perícia visa a recolha de vestígios de ADN, entendendo parte da doutrina que esta conduta viola a referida prerrogativa. Veja-se o acórdão do Tribunal Constitucional Nº 155/07 que veio defender (no caso de recolha de saliva) que a prerrogativa contra a auto-incriminação não se estendia aos casos de recolha de vestígios de ADN. Entendeu o Tribunal *“que o direito à não auto-incriminação se refere ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, não abrangendo, como igualmente se concluiu na sentença do TEDH supra citada, o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, como é o caso, por exemplo e para o que agora nos importa considerar, da colheita de saliva para efeitos de realização de análises de ADN”*. Igualmente defendeu aquele tribunal que a restrição à integridade física e identidade pessoal estava justificada pelo princípio da proporcionalidade. Quanto a isso é ali referido o seguinte *“a Constituição não proíbe, em absoluto, a recolha coactiva de material biológico de um arguido (designadamente de saliva, através da utilização da técnica da zaragatoa bucal) e a sua posterior análise*

⁶⁰ JORGE REIS NOVAIS, Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa, Lisboa: Coimbra Editora, 2004. – Página 189.

⁶¹ GERMANO MARQUES DA SILVA, Curso de Processo Penal, II volume, 4ª Edição revista e actualizada, Editorial VERBO, 2008- página 138.

genética não consentida para fins de investigação criminal, no caso concreto para subsequente comparação com vestígios biológicos colhidos no local do crime. Decisivo é, no entanto, verificar se os normativos que concretizam os termos dessa possibilidade respeitam as exigências constitucionais de adequação, de exigibilidade e de proporcionalidade em sentido estrito que, como vimos, decorrem, designadamente, da segunda parte do nº 2 do artigo 18º da Constituição da República Portuguesa. Ora, no caso em análise, não se pode afirmar que isso não aconteça com as normas que aqui vêm questionadas pelo recorrente, em termos de estas merecerem, deste ponto de vista, uma censura constitucional”. É, assim, por demais elucidativo e o raciocínio que deve ser feito pelo tribunal.

Por último e para finalizarmos a análise ao artigo 154º/3 do Código de Processo Penal impõe-se referir a ligação deste artigo com o 156º/6 do Código Penal, no que concerne à exigência de observância de dois requisitos fundamentais: a realização das perícias por médico e a não criação de perigo para a saúde do visado.

V.III- O dever de notificação.

O artigo 154º/4 do Código de Processo Penal consagra o dever de notificação com a antecedência mínima de três dias sobre a data indicada para a realização da perícia. É patente, neste particular, a relação que o regime legal das perícias tem com o Direito Constitucional. Senão vejamos: dando-se conhecimento com antecedência ao visado da data agendada para a realização da perícia, isso vai permitir que este prepare a sua defesa, como por exemplo, designar um consultor técnico da sua confiança que, por força dos seus conhecimentos qualificados e especializados, possa formular quesitos sobre a perícia e desta forma assegurar o Direito ao Contraditório dos sujeitos processuais.

O papel que os consultores técnicos desempenham na garantia do Direito ao Contraditório é de enorme relevância, daí que tenhamos optado por reservar o desenvolvimento do tema para um subcapítulo autónomo. Aqui, urge apenas realçar o enorme contributo desses técnicos especializados para que o Direito ao Contraditório ocorra na sua plenitude, pois, embora não sendo nomeados pelo juiz, são pessoas imparciais e melhor qualificadas para formular corretamente os quesitos necessários e importantes para o total esclarecimento da perícia.

Como bem elucida o Professor Germano Marques da Silva “*a não notificação ao arguido e aos demais sujeitos processuais do despacho que ordena a perícia, impedindo*

a nomeação de consultor técnico da sua confiança para assistir à realização da mesma, pode significar a frustração do direito ao contraditório para a prova e representar uma limitação inadmissível ao direito de defesa, atenta o especial valor probatório da prova pericial que, como vimos, se presume subtraída à livre apreciação do julgador”⁶².

Do exposto resulta a importância que a notificação da perícia desempenha na garantia do Contraditório. Existem, contudo, casos excepcionais em que a notificação não ocorre. São casos que, por conflituarem com o Direito ao Contraditório, terão de ser interpretados com muito cuidado nunca perdendo de vista os valores Constitucionais.

As exceções ao dever de notificação encontram-se consagradas nas alíneas a) e b) do número 5 do artigo 154º do Código de Processo Penal. Estas exceções dizem respeito aos casos em que a perícia tenha lugar no decurso do inquérito e a autoridade judiciária tiver razões para crer que o conhecimento dela ou dos seus resultados pelos sujeitos processuais poderia prejudicar as finalidades do inquérito e aos casos de urgência ou de perigo da demora. É preciso esclarecer que a pessoa que se submete à perícia será sempre notificada e que, numa interpretação conforme aos valores Constitucionais, poderá sempre designar um consultor técnico que a acompanhe. O Professor Paulo Pinto de Albuquerque também defende este entendimento quando refere que a *“perícia realizada ao próprio sujeito processual ou a objecto com valor económico que seja sua propriedade, (...) é-lhe necessariamente notificada e ele pode assistir a ela, podendo também fazer-se acompanhar do seu consultor técnico, além do seu advogado”⁶³.*

As exceções ao dever de notificação estão relacionadas com o artigo 155º/3 do Código de Processo Penal, e por isso deve este artigo ser abordada desde já. Nos casos em que a notificação não acontece os sujeitos processuais podem designar um consultor técnico da sua confiança após a realização da perícia. É uma solução que merece o nosso aplauso, uma vez que deste modo se assegura o Contraditório nas perícias. Porém, para que o Direito ao Contraditório seja assegurado, o consultor técnico deve ter acesso ao relatório pericial para que possa formular quesitos sobre a perícia e pedir esclarecimentos ao perito (ou peritos) responsável pela mesma.

⁶² GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II volume, 4ª Edição revista e actualizada, Editorial VERBO, 2008- página 222.

⁶³ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição actualizada, Lisboa- Universidade Católica- página 429.

Já não nos merece o mesmo aplauso a solução consagrada no artigo 155º/3 do Código de Processo Penal, na interpretação dos que entendem, que por força do artigo 154º/5 a) do Código de Processo Penal, e em nome dum eventual prejuízo das finalidades do inquérito, se encontra vedado ao consultor técnico o acesso ao relatório quando designado após a realização da perícia.

Acreditamos que estamos perante uma limitação inadmissível ao Direito ao Contraditório. Não se vê como o acesso dos consultores técnicos ao relatório poderia prejudicar as finalidades do inquérito, considerando que após a realização da perícia já a prova se encontra recolhida. Acresce que, não havendo perigo para as finalidades do inquérito, não é admissível que o consultor técnico não tenha acesso ao relatório pericial. Nessa matéria, aplaudimos e aderimos, integralmente e sem reservas, ao que defende o Professor Germano Marques da Silva: “(...) não se entende a limitação imposta pelo nº3 do artigo 155º, salvo se esta limitação for interpretada como valendo apenas enquanto houver perigo de prejuízo para as finalidades do inquérito e, por isso, devendo cessar quando já não houver esse perigo. Daí que o nº 3 do artigo 155 deve ser interpretado também no sentido de que após a notificação ou conhecimento da perícia, é permitido que o consultor técnico formule observações e objecções que devem ser juntos aos autos”⁶⁴.

V.IV- A importância dos Consultores Técnicos na Garantia do Contraditório.

O artigo 155º do Código de Processo Penal é um dos artigos mais importantes do regime da prova pericial pela relação que tem com o Princípio do Contraditório. Tal como refere o Professor Germano Marques da Silva, “atento o especial valor probatório da prova pericial, compreende-se a necessidade de rodear a perícia de garantias para assegurar o contraditório para a prova e daí que a lei permita a nomeação de consultor técnico da confiança de quem o designa”⁶⁵.

Se a figura do consultor técnico é importante no sistema português para se garantir o contraditório, importa dizer que tal não acontece em todos os sistemas, uma vez que nos países de direito anglo-saxónico, predomina o modelo de perícia contraditória. Neste

⁶⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II volume, 4ª Edição revista e actualizada, Editorial VERBO, 2008- página 222.

⁶⁵ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II volume, 4ª Edição revista e actualizada, Editorial VERBO, 2008- página 221.

modelo, e como refere a Doutora Isabel Antunes “(...) o Ministério Público e o arguido escolhem e indicam separadamente o seu perito, actuando estas «testemunhas peritas» (*expert witnesses*) sob a direcção da parte que as escolheu”⁶⁶.

O Princípio do Contraditório está consagrado no artigo 32º/5 da Constituição da República Portuguesa. É um princípio basilar no Direito Processual Penal que se aplica não só na audiência final mas sim durante todo o processo, em todos os actos capazes de afectar a posição do sujeito processual.

No sistema português, consultor técnico é designado pelo sujeito processual, podendo cada sujeito processual designar o seu próprio consultor técnico, e a remuneração fica a cargo de quem o nomear.

Como narra o Doutor Lourenço Pimentel, “o consultor técnico assume um papel de equilibrador na sua extensão processual, visto tratar-se de pessoa da confiança do sujeito processual que o designou para que fosse, em seu nome, o garante da qualidade técnica e do resultado da perícia”⁶⁷. Este garante da qualidade técnica e do resultado da perícia baseia-se precisamente na possibilidade do consultor formular observações e objecções, pois embora o consultor técnico não seja perito, possui, no entanto as qualificações técnicas do perito. Pensamos que só deste modo o contraditório é garantido e o papel do consultor técnico na perícia ganha grande importância. Partilhamos neste particular o entendimento do Professor Paulo Pinto de Albuquerque quando este refere que “a autoridade judiciária que ordenou a perícia pode rejeitar o consultor ou afastá-lo da perícia. Pode rejeitar o consultor se não estiverem reunidos os requisitos da sua participação e, designadamente, se **ele não tiver, pelo menos, a mesma qualificação técnica do perito**”⁶⁸(negrito nosso).

A importância da figura dos Consultores Técnicos na Garantia do Contraditório, à luz do regime consagrado na lei nº 45/2004 de 19 de Agosto, tem sido muito discutida questionando-se a sua necessidade. Nos termos do artigo 3º/1 desta Lei, não é aplicável às perícias médico-legais o artigo 155º do Código de Processo Penal. Se há autores, como

⁶⁶ ISRAEL ANTUNES, Enquadramento jurídico: perícias sobre a personalidade. In: Ousar integrar: revista de reinserção social e prova, Lisboa, 2009- Página 78.

⁶⁷ ANTÓNIO LOURENÇO GOMES PIMENTEL, O papel da perícia na descoberta da verdade e como garante de um processo equitativo, Lisboa, Tese de mestrado, Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2012- Página 20.

⁶⁸ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4ª edição actualizada, Lisboa- Universidade Católica- Página 432.

o Professor Paulo Pinto de Albuquerque, que consideram este artigo inconstitucional por violação do Princípio do Contraditório, outros há, como o Doutor Lourenço Pimentel, que entendem exatamente o oposto. Defende este último, que *“se a perícia é levada a cabo, em estabelecimento oficial terá um valor acrescido e não necessita da figura do consultor técnico para que se salvaguardem todos os direitos das pessoas, pois tratando-se de estabelecimento oficial acima de qualquer suspeita, torna a perícia incontestavelmente fidedigna.”*⁶⁹.

Do nosso ponto de vista, e com todo o respeito pelos argumentos do Doutor Lourenço Pimentel, não vemos motivo para que não existam consultores técnicos neste tipo de perícias, somos apologistas de que tudo se deve fazer para assegurar o contraditório e, desta forma, conferir as máximas garantias de defesa, daí que nos identifiquemos mais com a posição do Professor Paulo Pinto de Albuquerque, que defende que *“(…) não há nenhuma razão objectiva para este encurtamento de garantias da defesa e da garantia do processo equitativo. Ao invés, a intervenção do consultor técnico tem ainda maior justificação objectiva na realização da perícia por perito que não é designado pela autoridade judiciária. Também não é suficiente a faculdade de a autoridade judiciária determinar a prestação de esclarecimentos ou realização de nova perícia, pois a ausência do consultor técnico durante o procedimento da perícia restringe consideravelmente as possibilidades de controlo do modo de procedimento do perito”*⁷⁰.

Sendo o acesso ao relatório pericial uma manifestação do contraditório, entendemos, todavia, que apenas a possibilidade de aceder ao relatório pericial (sem a hipótese de formular quesitos aquando da realização da perícia) não garante o Princípio do Contraditório na sua plenitude. Deve dizer-se, porém, que o Tribunal Constitucional adoptou o entendimento do Doutor Lourenço Pimentel no acórdão n.º 133/2007.

Tendo em conta a diferença do valor probatório entre o relatório pericial e a opinião do consultor técnico, tem sido questionado pela doutrina se a figura do consultor técnico é verdadeiramente importante na perícia e se assegura verdadeiramente o contraditório. Concluimos este capítulo defendendo uma resposta afirmativa a estas questões. O consultor técnico é uma figura crucial nas perícias e garante o contraditório,

⁶⁹ ANTÓNIO LOURENÇO GOMES PIMENTEL, *O papel da perícia na descoberta da verdade e como garante de um processo equitativo*, Universidade de Lisboa, 2012- Página 21.

⁷⁰ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição actualizada, Lisboa- Universidade Católica- Página 432.

formulando quesitos e fazendo observações que por vezes escapam aos conhecimentos dos sujeitos processuais, Aliás, demonstrativo dessa importância é o facto de os juízes poderem aderir às suas opiniões para fundamentar uma discordância relativamente a um relatório pericial.

V.V.- O Procedimento da perícia.

O procedimento da perícia está consagrado no artigo 156º do Código de Processo Penal.

Aqui importa aludir, de forma breve, a duas questões. A primeira prende-se com o acesso das partes civis à realização da perícia. O artigo 156º/2 do Código Processual Penal refere-se apenas à presença do arguido e do assistente, omitindo as partes civis, configurando essa omissão uma limitação inadmissível ao princípio da igualdade como bem tem entendido a doutrina⁷¹.

A segunda questão tem a ver com o facto de que, em nossa opinião, nem a decisão de assistir à perícia, nem a decisão de permitir a presença dos outros sujeitos processuais assistirem à mesma se trata de uma decisão arbitrária. Em nossa opinião, os sujeitos processuais só não devem assistir às perícias em casos em que a perícia for susceptível de ofender o pudor e nos casos expressamente previstos no artigo 154º/5 do Código de Processo Penal⁷². Exceptuando estes casos, a regra deve ser a presença dos sujeitos processuais, para que se garanta o contraditório e a igualdade de armas. Além disso, consideramos que a autoridade judiciária deveria assistir sempre à realização da mesma, solução que permitiria um maior controlo da actividade do perito, aliás, conforme era defendido pelo artigo 179º da Código de Processo Penal de 1929, onde expressamente se exigia que o exame (na época exames e perícias eram tratados indistintamente) fosse realizado na presença do juiz.

⁷¹ Neste sentido: PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição actualizada, Lisboa- Universidade Católica- Página 434.

⁷² Também neste sentido: PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição actualizada, Lisboa- Universidade Católica- Página 434.

O Valor da Prova Pericial.

O princípio da livre apreciação da prova é um princípio basilar do Direito Processual Penal que está consagrado no artigo 127º do Código de Processo Penal. No Código de Processo Penal de 1929, “*era entendimento quase uniforme da doutrina e jurisprudência que o tribunal apreciava livremente a prova pericial*”⁷³.

Foram surgindo, contudo, opiniões que defendiam a atribuição de outro valor à prova pericial. Ganhou notoriedade, numa primeira fase, a posição do Professor Afonso Costa que considerava que os pareceres dos peritos deviam ter valor pleno, impondo-se aos juízes que teriam de sujeitar-se aos pareceres dos peritos pois estes continham verdadeiras decisões⁷⁴.

Contudo, a posição que maior consenso viria a granjear sobre o valor da prova pericial foi a defendida pelo Professor Figueiredo Dias que quanto a isso refere: “*à peritagem há-de por sua própria natureza pertencer- em um certo sentido que precisaremos já- um valor probatório diferente do de outros meios de prova (máxima da prova testemunhal), que faça dela, como dizem alguns autores, antes que um mero meio de prova, um verdadeiro auxiliar ou colaborador do juiz. Daí precisamente 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 susceptível de uma crítica igualmente material e científica. (...)*”⁷⁵.

Essa posição apesar de já defendida aquando do Código de Processo Penal de 1929, apenas viria a ser consagrada no actual Código de Processo Penal, fazendo-se expressamente constar no artigo 163º deste diploma que a prova pericial configura uma das excepções ao princípio da Livre Apreciação de Prova (artigo 127º do Código de Processo Penal), entendido este como um dos princípios basilares do Direito Processual Penal.

⁷³ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II volume, 4ª Edição revista e actualizada, Editorial VERBO, 2008- Página 217.

⁷⁴ Neste sentido: AFONSO COSTA, *Os peritos no processo criminal: legislação portuguesa – critica, reformas*, Coimbra, Manuel de Almeida Cabral, 1895.- Página 243.

⁷⁵ JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 1974, Reimpressão 2004– Página 209.

Refira-se, no entanto, que a livre apreciação da prova se mantém intacta relativamente aos factos que baseiam o parecer dos peritos. Ou seja, o juiz mantém por completo a decisão da causa, mantém a livre apreciação relativamente aos factos que baseiam o parecer dos peritos e pode afastar a presunção estabelecida no artigo 163º do Código de Processo Penal.

O valor da prova pericial é, assim, compatível com o Princípio da Livre Apreciação da Prova. O juiz não tem de aderir às conclusões do perito, tem, no entanto, de justificar a discordância com base em argumentos de mesma natureza (técnica, científica ou artística) dos peritos. Para este facto chama a atenção o Professor Germano Marques da Silva: “*o que a lei verdadeiramente dispõe é que salvo com fundamento numa crítica material da mesma natureza isto é, científica, técnica ou artística, o relatório pericial se impõe ao julgador. Não é necessária uma contraprova, basta a valoração diversa dos argumentos invocados pelos peritos e que são fundamento do juízo pericial*”⁷⁶.

É este o entendimento que tem sido adoptado na jurisprudência. Veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Maio de 1993, onde se refere: “*Sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência. (...) O juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial impõe-se, em princípio, ao julgador que o tem de acatar; (...) se dele divergir - e é lícita a divergência - o julgador terá de fundamentar a sua discordância*”. É esta posição que tem sido adoptada na Jurisprudência. Oferecemos a título de exemplo o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 2007 e o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Janeiro de 2016.

Resta então saber quando é que a discordância do juiz se encontra devidamente fundamentada, para que possa, deste modo, divergir do relatório pericial. O Professor Paulo Pinto de Albuquerque defende que “*o julgador fundamenta suficientemente a sua divergência, por exemplo, quando: adere às conclusões da opinião vencida numa perícia*

⁷⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA, Curso de Processo Penal, II volume, 4ª Edição revista e actualizada, Editorial VERBO, 2008- página 218.

colegial; adere às observações expressas pelo consultor técnico ou; adere a uma das opiniões diante de duas ou mais perícia com resultados contraditórios”⁷⁷.

O primeiro caso é bastante simples de entender. Como já foi referido nesta dissertação existem casos em que, pela sua complexidade, a perícia é realizada por um colégio de peritos, havendo depois opinião vencedora e opinião vencida (artigo 157º/5 do Código de Processo Penal). Sendo a opinião vencida também emitida por um perito, é evidente que estamos perante argumentos da mesma natureza, pelo que se o juiz concordar com a opinião vencida a discordância está fundamentada.

O segundo grupo de casos, demonstrando, quanto a nós, a grande importância do consultor técnico no Direito Processual Penal português, como entidade qualificada, capaz de garantir o contraditório e de emitir uma opinião técnica, científica ou artística válida, ocorre quando o Juiz adere às observações expressas pelos consultores técnicos, por forma a fundamentar a divergência relativamente ao relatório pericial, o que por sua vez reforça o entendimento de que o juiz poderá rejeitar o consultor técnico se este não tiver as qualificações do perito.

O terceiro caso, também não oferece dúvidas de maior: diante de duas ou mais perícias com resultados contraditórios o juiz possa aderir à que considerar mais acertada. O juiz neste caso tem duas opiniões emitidas por peritos e por isso têm o mesmo valor, cada perito terá justificado técnica/cientificamente as conclusões do relatório, pelo que a opção do Juiz por uma delas encontrar-se-á validamente fundamentada.

É por isso fundamental que o perito se limite ao objecto da perícia. Muitos peritos extravasam, no seu relatório, as suas funções, como por exemplo: fazendo juízos de valor e pronunciando-se sobre outros elementos do processo ou sobre a culpabilidade do visado da perícia. Tudo isto retira credibilidade à prova pericial. Os peritos retiram o foco daquilo que são as suas competências e aquilo que deveria/poderia ser um auxílio importantíssimo para o julgador torna-se num relatório vago, desviado do seu verdadeiro propósito que perde muita credibilidade e valor para o processo. É fundamental que os peritos saibam bem sobre o que se devem pronunciar, deixando a função de julgar para quem verdadeiramente a tem. Os peritos não são os julgadores da causa. São auxiliares do juiz.

⁷⁷ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição actualizada, Lisboa- Universidade Católica- página 444.

É preciso ter cuidado para que a verdadeira decisão não seja antecipada pelas conclusões do perito.

Nos termos do disposto no artigo 158º/1 do Código de Processo Penal, caso o relatório pericial se apresente pouco claro ou suscite dúvidas à autoridade judiciária pode esta convocar os peritos, a qualquer altura do processo, para que prestem esclarecimentos complementares.

Perante a continuação da existência de dúvidas ou falhas na realização da perícia, nomeadamente, quanto à capacidade técnica do perito inicial, o relatório conter contradições ou os pressupostos de facto do primeiro relatório estarem incorretos. O julgador deverá afastar o valor desta perícia ou deverá mandar renovar a perícia?

Parte da doutrina, nomeadamente a Professora Cláudia Trindade, entende que o juiz deve ordenar a renovação da perícia anterior. Embora a lei não obrigue a que seja renovada a perícia, entendemos que esta é a solução mais correta. Em nossa opinião, uma renovação da perícia poderá auxiliar o julgador na decisão da causa, em vez de socorrer-se de outros elementos de prova menos eficazes. Embora a renovação de uma perícia tenha custos, a verdade é que é um auxílio importante para o julgador na descoberta da verdade. Acreditamos assim que é a forma que o julgador tem de se aproximar mais da descoberta do caso e assim chegar a uma decisão justa.

Resta-nos ainda que, de forma breve, abordar a questão da consequência da violação da presunção contida no artigo 163º do Código de Processo Penal. É também uma questão muito discutida na doutrina e jurisprudência, existindo quem entenda que se trata de uma irregularidade e quem entenda tratar-se, antes de uma nulidade. Quanto a nós a melhor posição é a defendida pelo Professor Paulo Pinto de Albuquerque que entende que se verifica “*uma nulidade da sentença derivada de uma omissão de pronúncia sobre uma questão que devia apreciar, isto é, o valor da perícia*”⁷⁸.

Por último e em jeito de prévia conclusão, não é demais salientar que não obstante o poder de julgar ser da competência exclusiva do juiz, sendo a este que, em última análise, cabe decidir a causa, podendo, inclusive, ilidir a presunção conferida ao valor do relatório pericial, desde que, como vimos, fundamente a sua discordância (o que pode

⁷⁸ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição actualizada, Lisboa- Universidade Católica- página 445.

fazer aderindo à fundamentação de outros peritos com opinião contrária ou às observações dos consultores técnicos que são entidades qualificadas que garantem o contraditório) a verdade é que a perícia, se competentemente realizada e devidamente fundamentada, é um instrumento de auxílio precioso para uma decisão judicial justa e mais próxima da verdade e daí a importância dos peritos se cingirem ao objecto da perícia não extravasando as suas competências.

Conclusão.

A importância da prova pericial depende de um conjunto de entidades e de procedimentos.

Uma perícia bem realizada começa com a recolha de vestígios, e pressupõe seja efectuada de modo a que estes não se contaminem e percam toda a importância que poderiam ter no processo. O próprio legislador reconhece a importância de uma eficaz recolha de prova conferindo competência aos Órgãos de Policial Criminal para que pratiquem todos os actos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova (veja-se, por exemplo, artigo 249º do Código de Processo Penal).

Para uma correcta recolha de prova, é fundamental que os Órgãos de Polícia Criminal estejam devidamente preparados e treinados para que não ponham em causa, com a sua actuação, quer o local do crime, quer a correcta recolha de indícios que poderão ser importantes para o processo.

Em todo esse processo não deixou o legislador de ter em conta a relação entre os valores constitucionais e o Direito Processual Penal. Não foi por acaso que foi introduzido o artigo 154º/3 do Código de Processo Penal. Este artigo consagra a exigência de que o despacho que ordena a perícia seja da competência do juiz sempre que se trate de perícia sobre características físicas ou psíquicas de pessoa que não tenha dado o seu consentimento para a perícia. São exigências ligadas a Direitos Fundamentais do indivíduo que estão aqui em causa. É ao juiz que cabe decidir se em caso de conflito entre a necessidade de realização da perícia para descoberta da verdade e o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado, deverá, ou não, obrigar o visado a submeter-se à realização da perícia, fazendo dessa forma prevalecer o princípio da descoberta da verdade em detrimento da integridade pessoal e reserva da intimidade do sujeito.

Assume enorme importância, no âmbito das perícias, a notificação. É com a notificação que é dado conhecimento aos sujeitos processuais da realização da perícia e da possibilidade da nomeação de consultor técnico. A não imposição do dever de notificação configura a excepção à regra da obrigatoriedade da notificação, devendo nestes casos, o consultor técnico ter acesso ao relatório pericial.

Como refere o Professor Germano Marques da Silva *“seria incompreensível que uma prova que se impõe ao próprio julgador pudesse ser subtraída ao contraditório na*

sua formulação. Frustrando também em certa medida a estrutura acusatória do processo”⁷⁹.

O Consultor Técnico é uma figura basilar do regime da prova pericial. É o com a designação do consultor técnico que a parte garante o contraditório na perícia, uma vez que se trata de uma entidade qualificada que pode formular objecções e observações sobre a perícia ou sobre o relatório pericial.

Ilustrativo da importância do Consultor Técnico é o julgador poder aderir às observações daquele para fundamentar a sua divergência quanto ao relatório pericial.

Demonstramos nesta dissertação ser adeptos da garantia da máxima defesa do arguido. Consideramos que o Direito ao Contraditório só será devidamente realizado se for pleno, considerando, em consequência, inconstitucional a norma do regime jurídico das perícias médico-legais e forenses que impede a designação de consultores técnicos neste tipo de perícias. Além disso, não vemos motivos para que exista uma diferenciação neste tipo de perícias a este propósito.

A perícia tem de respeitar os Direitos Constitucionais e as restrições a esses Direitos têm de ser realizadas de acordo com a Constituição da República Portuguesa (artigo 18º/2 da Constituição da República Portuguesa), sob pena de radicarem em métodos proibidos de prova (artigo 126º do Código de Processo Penal). Só é admissível a prova legal, a verdade não é alcançável a todo o custo.

Alertamos nesta dissertação para a importância do perito realizar devidamente a sua função, não devendo extravasá-la. É importante que a autoridade judiciária defina e restrinja devidamente o objecto da perícia para que os peritos não tenham tendência a emitir juízes de valor. Um relatório mal elaborado, com contradições, com considerações subjectivas e em que o foco esteja desviado da questão fundamental conduz a relatórios pouco credíveis retirando, dessa forma, toda a força e potencial da prova pericial.

Apesar da prova pericial ter um valor especial no Direito Processual Penal português, a verdade é que não tem uma força plena e inatacável, podendo o julgador discordar do juízo contido no parecer dos peritos, ilidindo dessa forma a presunção que lhe é conferida pela lei, desde que fundamente devidamente a divergência (artigo 163º/2

⁷⁹ GERMANO MARQUES DA SILVA, Curso de Processo Penal, II volume, 4ª Edição revista e actualizada, Editorial VERBO, 2008- página 222.

do Código de Processo Penal). Para isso o julgador poderá aderir à opinião de outros peritos ou do consultor técnico.

A autoridade judiciária pode pedir esclarecimentos complementares, bem como a renovação ou nova perícia sempre que entender que isto poderá melhor auxiliar o julgador na decisão. Esses procedimentos são, não só, uma forma de controlar a actividade do perito, mas sobretudo, em nosso entender, uma forma de se procurar a verdade e a justiça da causa. Estes esclarecimentos, nova perícia e renovação da perícia podem revelar-se auxílios fundamentais na decisão da causa.

Em suma, em nosso entender a prova pericial tem grande potencial para se tornar num auxílio cada vez mais importante para o julgador. À medida que a ciência vai evoluindo a margem de erro vai diminuindo. Para que a prova pericial se torne cada vez mais importante e ajude o julgador a decidir de forma mais justa vários agentes têm de realizar devidamente o seu trabalho. Desde os Órgãos de Polícia Criminal, às autoridades judiciárias, passando pelos peritos. Todos têm um papel importante para que as perícias sejam esclarecedoras e auxílios importantes para o julgador.

Se todas as entidades envolvidas no processo de elaboração da perícia desempenharem correctamente as suas funções, observando as finalidades impostas e estiverem devidamente preparadas para as realizarem, acreditamos que a tendência, com a evolução vertiginosa dos meios tecnológicos e científicos, será para a diminuição da margem de erro e o aumento da importância da prova pericial no sistema Processual Penal português como precioso auxílio do julgador.

Bibliografia.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª Edição actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011;

ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992;

ANTUNES, Isabel, *Enquadramento jurídico- perícias sobre a personalidade*, In: Ousar integrar: revista de reinserção social e prova, Lisboa, 2009;

BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Processual Penal- Textos*, Lisboa, AAFDL, 1992;

BRAZ, José, *Ciência, tecnologia e investigação criminal- interdependências e limites num estado de direito democrático*, Coimbra, Almedina, 2015.

BRAZ, José, *Investigação criminal- a organização, o método, e a prova: os desafios da nova criminalidade*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 2013;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes/ MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª Edição Revista, Coimbra, Coimbra Editora, 1993;

COELHO, Nuno Bastos, *Preservação de vestígios no local do crime para profissionais de saúde*, In: Investigação criminal, Lisboa, 2011;

COSTA, Afonso, *Os peritos no processo criminal: legislação portuguesa - critica – reformas*, Coimbra, Manuel de Almeida Cabral, 1895;

COSTA, José Martins Barra da, *Investigação criminal e medicina legal. A propósito da prova pericial no processo Casa Pia: prós e contras*, In: *Investigação criminal*, Lisboa, 2011;

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal- Parte Geral*, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito processual penal*, Coimbra, Coimbra Editora, Reimpressão 2004;

EIRAS, Henriques, *Processo Penal Elementar*, 7ª Edição aumentada e actualizada, Lisboa, Quid Juris, 2008;

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, Volume I, Lisboa, Reimpressão da Universidade Católica autorizada pelo autor, 1981;

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, Volume II, Lisboa, Reimpressão da Universidade Católica autorizada pelo autor, 1981;

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, Volume III, Lisboa, Reimpressão da Universidade Católica autorizada pelo autor, 1981;

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, 2 Volumes, Lisboa, Editora Danúbio Lda, 1986;

GARNEL, Maria Rita Lino, Bernardo Lucas: *A defesa dos arguidos e a Perícia Médico-Legal*, In: *Criminologia: Um Arquipélago Interdisciplinar*, 2012.

GASPAR, António Henriques [et al]., *Código de Processo Penal Comentado*, Coimbra, Almedina, 2014;

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código de Processo Penal*, Anotado, 17ª Edição, Coimbra, 2009;

JESUS, Francisco Marcolino de, *Os Meios de Obtenção de Prova em Processo Penal*, 2ª edição revista, actualizada e ampliada, Coimbra, Almedina, 2015;

MENDES, Paulo de Sousa, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 2013;

MESQUITA, Paulo Dá, *Processo penal, prova e sistema judiciário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;

MORAIS, Teresa, *Considerações sobre os meios de prova no Direito Medieval Português*, Lisboa, Tese de mestrado em Ciências Histórico-Jurídicas, apresentada à Universidade de Lisboa através da Faculdade de Direito, 1990;

NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012;

NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, Reimpressão 2011;

OTERO, Paulo, *Instituições Políticas e Constitucionais*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2007;

PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal- Parte Geral: a teoria geral da infracção como teoria da decisão penal*, Lisboa, AAFDL, 2013;

PIMENTEL, António Lourenço Gomes, *O papel da perícia na descoberta da verdade e como garante de um processo equitativo*, Tese de mestrado, Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2012;

SANTOS, José Marques dos, *O Processo Penal Português no Período Medieval*, Porto, Ecopy, 2012;

SANTOS, Luís Augusto Duarte, *A Perícia Médica em Processo Penal*, Coimbra, Edição das semanas de estudos doutrinários, 1961;

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Volume I, 6ª Edição, Revista e actualizada, Lisboa, Editorial Verbo, 2010;

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Volume II, 4ª Edição, Revista e actualizada, Lisboa, Editorial Verbo, 2008;

SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português*, Lisboa, Editorial Verbo, 2010;

SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal - Teoria do Crime*, Universidade Católica Editora, 2012.

SILVA, Germano Marques da, *Direito Processual Penal Português*, Volume III, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014;

SOARES, Paulo Alexandre Fernandes, *Meios de Obtenção de Prova no Âmbito das Medidas Cautelares e de Polícia*, Coimbra, Almedina, 2014;

TRINDADE, Cláudia David, *A Prova Pericial no Processual Penal Português*, Lisboa, Relatório final da cadeira de Direito Processual Penal apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.