

A POSIÇÃO CONSTITUCIONAL DO ASSISTENTE¹

ALEXANDRA CHÍCHARO DAS NEVES

Mestre em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa

“...o direito processual penal é – porventura em medida superior à de qualquer outro ramo de direito ordinário – «direito constitucional aplicado», «sismógrafo» ou «espelho da realidade constitucional», «sintoma do espírito político-constitucional de um ordenamento jurídico»...”².

Sumário

Introdução; I. Do conceito de lesado, vítima, ofendido e assistente: 1. De lesado; 2. De vítima; 3. De ofendido e assistente; II. Os princípios internacionais, comunitários e constitucionais estruturantes do processo penal, com relevância para a consagração de direitos e garantias ao ofendido: 1. No ordenamento internacional e comunitário; 2. Na

¹ Relatório apresentado em Abril de 2007, no seminário de Direito Processual Penal, do curso de Mestrado em Direito, na área de Ciências Jurídico-Processuais, que decorreu na UAL. O texto original sofreu a última alteração em Abril de 2008, face à redacção introduzida ao CPP pela Lei n.º 48/07, de 29.8.

² H. Henkel, Roxin, Expressões de H.J. Rudolphi e de Figueiredo Dias, *apud* Figueiredo Dias, “Para Uma Reforma Global De Processo Penal Português, Da Sua Necessidade, De Algumas Orientações Fundamentais”, in *Para Uma Nova Justiça*, Almedina, Coimbra, 1983, p. 194.

Constituição da República Portuguesa; 2.1. Da igualdade e do direito à igual dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 13.º, da CRP); 2.2. Da lealdade e igualdade de armas (art.º 20.º, n.º 1, e 2, e art.º 32.º, n.º 1 e n.º 8, da CRP); 2.3. Das garantias de defesa e do direito ao recurso (art.º 32.º, n.º 1, da CRP); 2.4. Da exigência de um processo justo e equitativo (art.º 20.º, n.º 4 e art.º 32.º, n.º 1, da CRP); 2.5. Do princípio do contraditório (art.º 32.º, n.º 5, da CRP); 2.6. Do igual acesso ao direito e à tutela jurisdicional (art.º 20.º, n.º 1, da CRP); 2.7. Do direito de intervenção do ofendido (art.º 32.º, n.º 7, da CRP); III. A violação do art.º 32.º, n.º 7, da CRP, pelo Código de Processo Penal; IV. Os direitos consagrados na Lei Fundamental como direitos subjectivos; V. De como o conceito restrito de ofendido é susceptível de impedir este de intervir no processo penal e capaz de violar a CRP: 1. Um conceito restrito de ofendido; 1.1. O entendimento maioritário até 2003; 1.2. A mudança ocorrida com os acórdãos uniformizadores; 2. Um conceito lato de ofendido como imposição constitucional; VI. De que modo a impossibilidade do assistente recorrer da decisão condenatória, desacompanhado do MºPº, pode violar a Lei Fundamental: 1. O argumento de que a escolha da pena e o seu limite tem por base as valorações da comunidade e não as do assistente: 1.1. Introdução; 1.2. A doutrina e jurisprudência maioritárias; 1.3. A posição defendida; 2. O argumento segundo o qual não é admissível o recurso autónomo do assistente porque a acção penal é exercida pelo MºPº: 2.1. O exercício da acção penal pelo MºPº; 2.2. A posição defendida; Conclusões.

Palavras-chave: assistente; ofendido; lealdade; igualdade de armas; acção penal.

Summary

Introduction; I. Of the concept of the injured party, the victim, the aggrieved party and the assistant: 1. Of the injured party; 2. Of the victim; 3. Of the aggrieved party and the assistant; II. The

international, community and constitutional structuring principles of the criminal procedure, with relevance to the consecration of the rights and warranty of the aggrieved party: 1. About the international and community planning; 2. About the Constitution of the Portuguese Republic; 2.1. Of the equality and the right to the equal dignity of the individual (Articles 1. and 13. of the CPR); 2.2. About loyalty and the equality of arms (Art. 20., n.1, and 2, and Art. 32., n. 1 and n. 8, of the CPR); 2.3. Of the guarantees of a defence and the right to an appeal (Art. 32., n. 1 of the CPR); 2.4. Of the requirement of a just and impartial trial (Art. 20., n. 4 and Art. 32., n.1, of the CPR); 2.5. Of the Principle of an Adversarial Process (Art. 32.º, n.º 5, of the CPR); 2.6. Of the equal access to rights and judicial oversight (Art. 20.º, n.º1, of the CPR); 2.7. Of the right of intervention reserved to the injured party (Art. 32.º, n.º 7, of the CPR); III. The infringement of Art. 32., n.7, of the CPR, according to the Code of Criminal Procedure; IV. The consecrated rights in the Basic Law as subjective rights; V. Of how the restricted concept of the injured party is liable to impede this party's intervention in the criminal procedure and infringe the CR: 1. A restricted concept of the injured party; 1.1. A broad understanding until 2003; 1.2. The change brought about by the standardizing judgement; to 2. A broader concept of the injured party as a constitutional imposition; VI. In what manner the impossibility of the assistant to appeal the sentence, unaccompanied by the Crown prosecutor, may infringe the Basic Law: 1 The argument that the choice of the sentence and its limit are founded on the assessment of the community and not of the assistant: 1.1. Introduction; 1.2. The majority doctrine and jurisprudence; 1.3. The position defended; 2. The argument according to which the autonomous appeal by the assistant is not admissible because the prosecution is carried out by the Crown prosecutor: 2.1. The practice of criminal prosecution by the Crown prosecutor; 2.2. The position defended; Conclusions.

Keywords: assistant; claimant; loyalty; weapon equality; criminal action.

Introdução

O objecto do presente estudo está subordinado ao tema da posição constitucional do assistente no processo penal.

Assim, tudo indicaria que a primeira fonte à qual teríamos de recorrer seriam as normas constitucionais que consagrassem direitos, deveres ou garantias a este sujeito processual.

Porém, impõe-se esclarecer que o conceito de “assistente” não existe na Lei Fundamental.

Será que deveremos concluir desta omissão que este sujeito processual penal não possui direitos ou garantias constitucionalmente garantidas?

Esta seria, obviamente, uma conclusão precipitada, como veremos pelo desenvolvimento deste trabalho.

Mas para responder àquela pergunta será necessário delimitar os conceitos de “ofendido” e “assistente”, respectivamente constantes do art.º 113.º, n.º 1, do CP, e do art.º 68.º, n.º 1, al. a), do CPP, e também, sumariamente, os de lesado e vítima.

Assim como se impõe, desde esta fase inicial do trabalho, esclarecer que o ofendido, nos termos do CPP, não pode intervir e participar nos autos, de forma eficaz, sem se constituir previamente como assistente.

Com efeito, por força da lei ordinária, o ofendido é um mero interveniente processual que só assume a qualidade de sujeito ³ quando se constitui assistente.

³ Utilizamos ao longo deste trabalho o conceito de sujeito processual no sentido em que Figueiredo Dias o define. Isto é “aqueles participantes a quem competem direitos e deveres processuais autónomos, no sentido de que através das suas próprias decisões, podem determinar, dentro de certos limites, a concreta tramitação do processo” (*Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 1984, p. 240). Consequentemente, não utilizamos o conceito de “parte processual”, porquanto perfilhamos o entendimento de que o processo penal não é um processo de partes uma vez que o M^oP^o é um órgão de justiça (com poderes específicos e, em certas fases processuais, mais vastos que os do assistente e os do arguido), porque é o titular de uma das fases processuais e, ainda, porque está sujeito a critérios estritos de legalidade e objectividade e não a quaisquer outros interesses que não sejam os da obtenção da verdade material e da prossecução da justiça.

Portanto, o assistente pode ser (mas não é apenas, como mais adiante veremos) a face processual do ofendido, titular do interesse protegido pela norma incriminadora.

Consequentemente, todas as garantias e direitos constitucionalmente garantidos ao ofendido têm de se considerar extensivos a este quando assume o estatuto de "assistente".

A não ser assim, enquanto ofendido (e impossibilitado de intervir nos autos) era titular de direitos constitucionais, mas depois de se constituir assistente (e ganhar legitimidade, por força da lei ordinária, para intervir no processo) iria perder aqueles direitos fundamentais em matéria de processo penal. Inquestionavelmente, uma solução absurda.

Na realidade, analisada a lei penal adjectiva, constatamos que os direitos e garantias do ofendido reconduzem-se, essencialmente, ao direito de intervenção como assistente. E só quando assume esta qualidade é que lhe é permitida a utilização activa e efectiva de mecanismos processuais, a prática dos vários actos próprios das várias fases processuais e o exercício do contraditório (requerer diligências, invocar nulidades, acusar, requerer a instrução, intervir activamente no julgamento, interpor recurso, reclamar, ser notificado das decisões proferidas, etc.). Ao ofendido, que não se constituiu como assistente, resta-lhe pouco mais (na essência) que o direito de iniciar o processo (direito de queixa) e de lhe pôr fim (desistência do procedimento penal).

Com efeito, a lei ordinária reserva ao assistente o núcleo essencial do direito de participação no processo.

Assim, entendemos que todos os direitos e garantias processuais penais, que referiremos adiante, como consagrados na Constituição da República Portuguesa para o ofendido, são extensíveis a este depois de constituído como assistente.

Esta afirmação suscita imediatamente um segundo problema. De facto, uma vez que os conceitos de ofendido e de assistente não são coincidentes (como veremos) será que todos os assistentes, mesmo aqueles que não são ofendidos (aqueles que não são os titulares do direito de queixa), mas seus herdeiros, representantes legais ou

titulares de interesses difusos, serão também destinatários das normas constitucionais?

Esta é uma problemática que deixaremos para uma outra oportunidade uma vez que vamos centrar este estudo na figura do assistente pessoa singular, enquanto titular do direito de queixa.

Para melhor se entender a necessidade de interpretar-se a Constituição no sentido da defesa dos interesses e direitos do ofendido faremos uma rápida referência aos diplomas internacionais e comunitários mais importantes.

Para, de seguida, analisar os direitos e garantias fundamentais, explícita ou implicitamente, consagrados para o ofendido/assistente na CRP e se tais direitos são subjectivos e podem ser directamente invocados pelo seu titular.

Analisaremos, também, o art.º 68, n.º 1, al. a), o art.º 69.º, n.º 2, al. c), e o art.º 401.º, n.º 1, al. a), todos do CPP, assim como a jurisprudência e a doutrina, a fim de delimitar o actual conceito de “ofendido” e de “interesse em agir”, tendo sempre presente a CRP.

Até que ponto o conceito restrito de “ofendido”, os conceitos de “interesse em agir” e da expressão “decisões que o afectem”, perfilhados pela jurisprudência e pela doutrina, esvaziam, de forma inadmissível, os direitos e garantias fundamentais do assistente serão, pois, questões que abordaremos.

Procuraremos analisar criticamente alguns entendimentos e argumentos (jurisprudenciais e doutrinários) e tentaremos apreciar os que proporcionam maior protecção ao assistente. Sempre tendo em mente que há que evitar a privatização da justiça (e que o processo penal se transforme num processo de partes) mas que se impõe não só garantir a intervenção do ofendido (face aos vastos direitos e garantias assegurados ao arguido) mas também retirar conteúdo útil aos normativos constitucionais a ele destinados.

I. Do conceito de lesado, vítima, ofendido e assistente

1. De lesado

Importa, neste momento inicial, delimitar o âmbito de quatro figuras jurídicas, objecto de direitos e poderes de intervenção no processo penal, a fim de mais fácil e rigorosamente se desenvolver as argumentações sobre as questões que abordaremos neste trabalho. A saber: o conceito de lesado, vítima, ofendido e assistente.

O conceito de “lesado”⁴ encontra-se no art.º 74.º, n.º 1, do CPP, “entendendo-se como tal a pessoa que sofreu danos ocasionados pelo crime, ainda que se não tenha constituído ou não possa constituir-se assistente”.

Também no mesmo dispositivo legal se estabelece que a intervenção do lesado (art.º 74.º, n.º 2, do CPP) se restringe “à sustentação e à prova do pedido de indemnização civil, competindo-lhe, correspondentemente, os direitos que a lei confere aos assistentes”.⁵

⁴ Quanto ao conceito de “lesado”, v.g. Acórdão do S.T.J. de 7.5.97, in www.dgsi.pt. Também José Pimenta, in *Código Processo Penal Anotado*, Reis dos Livros, 1987, a fls.333, refere que “...todos os ofendidos são lesados; nem todos os lesados são ofendidos (...) Portanto, a figura do lesado pode identificar-se com a do sujeito passivo do crime (como no furto, na violação ou nas injúrias, por exemplo), mas pode também dela diferenciar-se. Esta última hipótese dá-se quando além do ofendido (já por si também lesado) exista outra pessoa lesada...Para que haja lesado é, pois necessário que estejam verificados os seguintes requisitos: (1) pessoa; (2) dano; (3) crime; (4) causa. O titular do direito de indemnização há-de ser definido pela lei civil. Tanto pode ser uma pessoa singular, colectiva ou uma sociedade”. Também Maia Gonçalves, in *Código Processo Penal Anotado*, 12ª edição, 2001, em anotação ao art.º 74.º, a fls.236, refere que “Dever-se-á considerar lesado, para efeitos deste artigo, todo aquele que, perante o Direito Processual Civil, tiver legitimidade para formular o pedido de indemnização” e cita Figueiredo Dias, in *Direito Processual Penal*, vol. I, fls.508 e ss., que, já na vigência do CPP de 1929, afirmava que este diploma estabelecia como beneficiários da indemnização pessoas distintas do próprio ofendido, quando às mesmas é concedida a reparação civil. Quanto à questão do pedido civil enxertado na acção penal, v.g. Acórdão da R.P. de 24.11.99, Acórdão da R.P. de 27.1.99, Acórdão do S.T.J. de 13.10.99, cujas consultas são possíveis in www.dgsi.pt.

⁵ O CPP assegura, nomeadamente, ao lesado o seguinte: I) por força do art.º 30.º, cessa a conexão de processos se estes representarem “um grave risco” para os seus interesses; II) tem o direito de ser informado (art.º 75.º) de que pode deduzir o pedido civil enxertado no processo penal, nos prazos e condições expressas nos art.ºs 76.º e 77.º; III) caso não tenha sido informado deste direito, nos termos do art.º 75.º, n.º 1, e art.º 77.º, poderá deduzir o

Podemos, portanto, estabelecer que o conceito de lesado (que pode ser uma pessoa singular ou colectiva) é aquela que, de acordo com o direito civil, sofreu um prejuízo por efeito da prática de um crime.

Assim, o lesado pode ou não ser assistente porque, como se verá de seguida, pode ou não ser sujeito passivo do crime/ofendido, e a sua intervenção no processo penal fica circunscrita à matéria civil.

Resumindo há que distinguir -- até porque a própria lei processual penal distingue -- o conceito de “lesado” e o de “ofendido” e de “assistente”: o primeiro abrangerá todas as pessoas civilmente lesadas pela infracção penal, o segundo e terceiros veremos mais à frente.

2. De vítima

A ONU, na Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, aprovada pela 96ª Sessão Plenária de 29.10.1985, define vítimas como “as pessoas que, individual ou colectivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de actos ou de

pedido cível em separado, perante o tribunal cível; IV) não é obrigado a comparecer em julgamento a não ser que tenha sido requerido que preste declarações (art.º 80.º, art.º 145.º e art.º 347.º); V) a decisão penal que conhecer do pedido civil constitui caso julgado, nos termos do art.º 84.º, do CPP, e a decisão condenatória pode ser declarada provisoriamente executiva, de harmonia com o art.º 83.º; VI) tem direito a consultar os autos e a obter cópias, certidões e informações, nos termos e condições do art.º 89.º; VII) pode requerer que o arguido preste caução económica caso exista fundado receio de que falem ou diminuam substancialmente as garantias de indemnização (art.º 227.º, n.º 2) assim como requerer o arresto preventivo de bens (art.º 228.º); VIII) uma das injunções aplicáveis ao arguido em caso de suspensão provisória do processo pode ser a indemnização ao lesado ou dar-lhe “satisfação moral adequada” (art.º 281.º, n.º 2, al. a) e b); IX) a regra da notificação pessoal prevista para certos actos processuais, contida no art.º 113.º, n.º 9, é-lhe aplicável; X) intervém e participa activamente na fase de julgamento, embora circunscrito à matéria civil [art.º 339.º, n.º 2, e art.º 341.º, al. b)].

omissões violadoras das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proibem o abuso de poder”.

O conceito de “vítima” encontra-se também definido na Decisão-quadro do Conselho, de 15.03.2001, relativo ao estatuto da vítima em processo penal, do seguinte modo: “a pessoa singular que sofreu dano, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um dano moral, ou a perda material, directamente causadas por acções ou omissões que infrinjam a legislação penal de um Estado membro”.

Portanto, nestes diplomas o conceito de “vítima” reconduz-se, quando transferido para o ordenamento jurídico português, quer ao conceito de “lesado” quer de “ofendido”. E quando esta expressão é utilizada no ordenamento jurídico português temos de analisar cuidadosamente a qual significado se reconduz.

Com efeito, os conceitos de ofendido e assistente são estranhos sejam ao ordenamento jurídico francês seja ao anglo-saxónico, recorrendo os mesmos maioritariamente às designações, respectivamente, de “victime” e “victim”. Assim, cremos que o legislador português quanto transpôs para o ordenamento interno certas directivas nem sempre o fez com rigor.

De facto, se no art.º 113.º, n.º 6, do CP, o conceito de “vítima” se reconduz ao de “ofendido” já, por exemplo, no art.º 82.º-A, do CPP, também significará “lesado” (assim como “ofendido”).⁶

⁶ No CPP encontramos menções à “vítima”, nomeadamente, nos artigos seguintes: 1.º, al. g) e h), 88.º, n.º 2, al. c), 89.º, n.º 1, 141.º, n.º 4, al. d), 187.º, n.º 4, al. c), 194.º, n.º 4, al. b), 271.º, n.º 2, e 281.º, n.º 7. Ora, cremos que em todos estes normativos o legislador está a garantir a protecção do ofendido. Também o CP faz referência à vítima, designadamente, nos seguintes normativos: no art.º 5.º, n.º 1, al. d), quando se refere à área da prática do crime; no art.º 11.º, n.º 2 quanto à responsabilidade penal das pessoas singulares e colectivas; no art.º 30.º, n.º 3, no âmbito do concurso de crimes e crime continuado; no art.º 72.º, n.º 2, al. b), quanto à atenuação especial da pena; no art.º 132.º, n.º 2, a. a), d) e f) relativamente ao homicídio qualificado; no art.º 134.º quanto ao homicídio a pedido da vítima; no art.º 138.º, n.º 2, quanto à exposição e abandono; no art.º 147.º, n.º 1, no âmbito da agravação pelo resultado; no art.º 152.º, n.º 2, 4 e 5, quanto à violência doméstica; no art.º 155.º, n.º 2, na agravação pelo resultado; no art.º 158.º, n.º 2, al. c) e d), quanto ao sequestro; no art.º 160.º, n.º 1, al. d), e) e n.º 6, relativamente ao tráfico de pessoas; no art.º 161.º, n.º 1, al. b), e n.º 3, no âmbito do rapto; no art.º 169.º, n.º 2, al. d), quanto ao lenocínio; no art.º 175.º, n.º 2, al. e), quanto ao lenocínio de menores; no art.º 177.º, n.º 1, 4, 5 e 6, quanto à agravação; no

De todo o modo, da análise do conceito da decisão-quadro resulta que o mesmo não é na sua essência um conceito jurídico mas sim de origem criminológica (da ciência da vítima).

Entendemos, pois, que “vítima”, no ordenamento jurídico português, não tem autonomia jurídica conceptual, reconduzindo-se, a final, ou a “ofendido” ou a “lesado”.

Importa, também, referir que o conceito de “vítima” inexistente na CRP no âmbito dos direitos e garantias do processo penal.

3. De ofendido e assistente

“Ofendidos” consideram-se “os titulares dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação”, nos termos do art.º 113.º do CP.

De “assistentes” o CPP não dá uma definição, estabelecendo apenas a sua posição no processo e atribuições. Assim, são assistentes, nos termos do art.º 68.º, do CPP, “os titulares dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação”, desde que maiores de dezasseis anos (al. a)), “as pessoas de cuja queixa ou acusação particular depender o procedimento” (al. b)), as pessoas indicadas na al. c) no caso de morte do ofendido, as pessoas constantes da al. d) no caso de o ofendido ser menor de 16 anos ou por outro motivo incapaz, e qualquer pessoa no caso dos crimes especialmente referidos na al. e).

Assim, o conceito de “ofendido” terá de procurar-se em cada crime em concreto, na análise de qual foi o interesse que a norma

art.º 178.º, n.º 1, 2 e 3, quanto ao direito de queixa; no art.º 184.º já no âmbito da agravação; no art.º 204.º, n.º 1, al. d) e h), quanto ao furto qualificado; no art.º 207.º, al. a), quanto à necessidade de acusação particular; no art.º 210.º, n.º 2, al. a), relativamente ao roubo; no art.º 218.º, n.º 1, al. c), quanto à burla qualificada; no art.º 223.º, n.º 2, quanto à extorsão; no art.º 226.º, n.º 2, al. c), no âmbito da usura; no art.º 231.º, n.º 3, al. b), relativamente à receptação; no art.º 243.º, n.º 3, quanto à tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos; no art.º 244.º, n.º 2, relativamente ao mesmo tipo de criminalidade mas menos grave; no art.º 274.º, n.º 2, al. b), quanto ao incêndio; no art.º 379.º, n.º 1, no âmbito da concussão.

incriminadora quis proteger e quem é o titular de tal interesse, o que, como se verá, tem criado várias dificuldades à jurisprudência e à doutrina.

Por sua vez, assistente será aquele que, nos termos do art.º 68.º, do CPP, ou de legislação avulsa, sendo ofendido ou não, seu representante ou sucessor, assume essa qualidade apenas e só no âmbito do processo, para aí poder intervir⁷.

Não há, pois, coincidência total entre os dois conceitos. Nos termos do art.º 113.º, do CP, só tem direito a apresentar queixa o ofendido ou o seu sucessor ou representante legal, e nos termos do art.º 68.º, do CPP, admite-se que possam assumir a qualidade de assistente as pessoas referidas nesse normativo assim como em leis avulsas (que identificaremos adiante). Ora, essas pessoas, com legitimidade para se constituírem como assistentes, podem não possuir legitimidade para apresentar queixa.

Mas sempre é possível concluir que, se nem todos os assistentes são ofendidos, pelo menos todos os ofendidos, maiores e no pleno uso das suas faculdades mentais, têm legitimidade para se constituírem como assistentes.

Germano Marques da Silva⁸ define “assistente” do seguinte modo: “o sujeito processual que intervém no processo como colaborador do Ministério Público, na promoção da aplicação da lei ao caso, e legitimado em virtude da sua qualidade de ofendido ou de especiais relações com o ofendido pelo crime ou pela natureza do próprio crime”.

⁷ São requisitos para a constituição como assistente: a interposição de um requerimento atempado (dentro dos prazos estabelecidos no art.º 68.º, n.º 3, do CPP), o pagamento de uma taxa de justiça e de constituição de mandatário (embora seja admissível o pedido de concessão de apoio judiciário para tais fins, de harmonia com o disposto no art.º 44.º, n.º 4, da Lei n.º 34/2004, de 29/7, que visa, deste modo, viabilizar o acesso ao direito e, concretamente, a possibilidade de intervenção efectiva e activa no processo penal, mesmo a quem não possua meios económicos para suportar as custas do litígio) e, obviamente, que tenha legitimidade.

⁸ *In Curso de Processo Penal*, Vol.I, Verbo, 4ª edição, 2000, p. 333.

Ora, o ofendido, ao contrário do assistente, não é sujeito processual salvo se se constituir nessa qualidade⁹.

⁹ Esquemáticamente o “ofendido”, que não se constituiu como assistente, tem os seguintes poderes e direitos no processo penal: I) os objectos, apreendidos no âmbito de um processo que corre termos pela prática de um crime previsto no Código da Propriedade Industrial (DL n.º 36/2003, de 5.3), podem reentrar no circuito comercial com o seu consentimento (art.º 330.º, n.º 1); II) só é possível dispensar de pena ao arguido, entre outros requisitos, se o ofendido aceitar como satisfatório os esclarecimentos ou explicações daquele (artigo 186.º, do CP); III) no crime de denúncia caluniosa o ofendido pode requerer ao tribunal que ordene “o conhecimento público da sentença” (artigo 365.º, n.º 5, do CP); IV) a requerimento do ofendido (ou do MºPº), e mediante decisão judicial, a sentença condenatória por crimes cometidos através da actividade de radiodifusão, imprensa ou televisão, assim como as identidades dos ofendidos são difundidas no serviço de programas ou publicadas no mesmo periódico onde foi praticado o crime (respectivamente, art.º 76.º, da Lei da Rádio, Lei n.º 4/2001, de 23.2, artigo 34.º, da Lei de Imprensa, Lei n.º 2/99, de 13.1, art.º 85.º, da Lei da Televisão, Lei n.º 32/03, de 22.8); V) a oposição do ofendido é factor determinante para não se admitir a constituição como assistente das associações de comunidades de imigrantes, anti-racistas ou defensoras dos direitos humanos, nos crimes cuja motivação resulte de atitude discriminatória em razão de raça ou de nacionalidade (artigo único, da Lei n.º 20/96, de 6.7); VI) a testemunha, que consequentemente pode ou não ser o ofendido, pode requerer que a prestação do seu depoimento ocorra com ocultação de imagem ou distorção de voz, com vista à sua protecção (Lei da Protecção de Testemunhas, Lei n.º 93/99, de 14.7); VII) na Lei n.º 34/87, de 16.7, relativa aos crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos foi consagrado, no art.º 41.º, o “direito a acção”, nos termos do qual o ofendido (entre outros) tem direito a promover o processo penal; VIII) nesta mesma lei, no art.º 46.º, n.º 2, mesmo em caso de absolvição nos termos do art.º 6.º, do mesmo diploma, pode o tribunal arbitrar ao ofendido uma quantia como reparação; IX) o interesse do ofendido é ponderado na decisão que aprecia a conveniência de separação de processo (art.º 30.º, n.º 1, al. b), do CPP); X) de harmonia com o art.º 82.º-A, do CPP, o tribunal pode arbitrar oficiosamente à vítima (entendemos que tanto poderá ser o ofendido como o lesado) uma indemnização “a título de reparação pelos prejuízos sofridos quando particulares exigências de protecção da vítima o imponham”; XI) pode requerer a sujeição da fase de inquérito ao segredo de justiça e também pode requerer o levantamento do mesmo, sempre que entenda que possa existir prejuízo para os seus interesses (art.º 86.º, n.º 2 e 4, do CPP); XII) tem o direito de consultar o processo e obter extractos, cópias ou certidões nas condições estabelecidas no art.º 89.º, do CPP; XIII) a sua identidade encontra-se protegida com as limitações consignadas no art.º 88.º, n.º 2, al. b), do CPP; XIV) sempre que exista perigo para si, a fuga ou a libertação do arguido que se encontra em prisão preventiva (só se admite como possível a colocação em liberdade do arguido que se encontra em prisão preventiva, e em relação ao qual se suspeita que possa colocar em perigo o ofendido, caso os prazos para esta medida de coação se tenham esgotado) ou em cumprimento de pena devam ser-lhe comunicadas (artigos 217.º, n.º3, 480.º, n.º3, e 482.º, n.º2, do CPP); XV) é informado da notícia do crime caso se suspeite que dela não teve conhecimento (art.º 247.º, n.º 1, do CPP); XVI) a interceptação e gravação das suas comunicações (art.º 187.º e art.º 189.º, do CPP) só é possível mediante o seu consentimento “efectivo ou presumido” (art.º 187.º, n.º 4, al. c), do CPP) podendo, posteriormente, examinar os respectivos suportes técnicos (art.º 188.º, n.º 11, do CPP); XVII) qualquer testemunha e, portanto, também o ofendido, menor de 16 anos (em qualquer crime) é apenas inquirido

Na prática, só ao assistente são reconhecidos amplos poderes de intervenção no processo uma vez que os poderes do ofendido ficam circunscritos ao direito de queixa e pouco mais¹⁰.

pelo juiz (art.º 349.º, do CPP); XVIII) o arguido pode ser proibido de residir ou frequentar uma certa área apenas para defesa do ofendido (art.º 200.º, n.º 1, al. a), do CPP); XIX) a acusação e o arquivamento são comunicados ao ofendido (artigos 277.º, n.º 3, e 285.º, n.º 5, do CPP); XX) pode impulsionar o controlo hierárquico do despacho de arquivamento, relativamente aos crimes públicos e semi-públicos, de harmonia com o disposto no art.º 278.º, do CPP; XXI) a detenção em flagrante com vista a seguir-se o julgamento sumário é logo comunicada ao ofendido, mas apenas se a sua comparência em audiência for útil (artigos 383.º, n.º 1, e 387.º, n.º 1, al. a), do CPP); XXII) tem a capacidade de testemunhar (art.º 133.º, do CPP, *a contrario sensu*); XXIII) a queixa por si apresentada é condição para o prosseguimento dos autos nos crimes de natureza semi-pública e particular (embora nestes tenha, ainda, de constituir-se como assistente) — artigos 49.º e 50.º, do CPP; XXIV) pode desistir da queixa, desde que não haja oposição do arguido, até à publicação da sentença em 1.ª instância (artigos 116.º do CP, e art.º 51.º, do CPP).

¹⁰ Vejamos esquematicamente, por uma questão de fácil e rápida consulta, os poderes processuais do assistente: I) o núcleo da intervenção do assistente consta do art.º 69.º, do CPP, de onde resulta que sua intervenção é subordinada ao MºPº, funcionando como colaborador deste e a ele subordinado (salvo as excepções previstas na lei); II) a sua intervenção nos autos pode ocorrer em qualquer altura do processo (artigo 68.º, n.º 3, do CPP) - Quanto ao valor da decisão que aprecia o pedido de constituição como assistente a jurisprudência divide-se. Com efeito, entende a R.L., nos acórdãos de 4.3.97 (processo n.º 8195, disponível no site www.dgsi.pt) e de 1.10.97 (*in C.J.* de 1997, IV, 147), que a decisão que aprecia o pedido de constituição com assistente forma caso julgado subordinado à condição *rebus sic stantibus*, isto é, caso seja alterado o objecto da lide por efeito da acusação deve reapreciar-se a questão. Já o S.T.J., em acórdão de 3.10.2002 (no processo n.º 2519/02, disponível no site www.verbojuridico.net/jurispr-stj/2002; no mesmo sentido, também, o acórdão da R.L. de 2.10.2002, proc. n.º 54353; acórdão da R.L. de 25.6.91, processo n.º 4925; acórdão da R.L. de 8.3.2000, proc. n.º 6663; acórdão da R.P. de 13.6.01, proc. n.º 41526; acórdão da R.P. de 8.11.95, proc. n.º 9540638; acórdão da RL de 4.12.01, proc. n.º 85315, todos disponíveis no site www.dgsi.pt), decidiu que aquela decisão não faz caso julgado formal porquanto, apesar de o art.º 672.º, do CPC, ser direito subsidiário, de harmonia com o disposto no art.º 4.º, do CPP, e o CPP ser omissivo quanto à regulação do regime do caso julgado, certo é que os princípios fundamentais do direito processual penal não permitem a aplicação do regime processual civil. Acrescentou-se no mesmo acórdão que nem o constante do assento do S.T.J. de 1.02.63 (que condiciona o efeito do caso julgado formal sobre a legitimidade à superveniência de factos que nela se repercutem) é aplicável ao processo penal; III) no art.º 7.º, do CPP, permite-se que o assistente requiera a suspensão do processo penal a fim de previamente ser resolvida uma questão prejudicial não penal; IV) pode requerer a separação de processos, nos termos do art.º 30.º, do CPP; V) pode suscitar a incompetência do tribunal (art.º 32.º, do CPP) assim como a resolução do conflito e apresentar alegações (artigos 35.º e 36.º, do mesmo diploma); VI) pode requerer a recusa de intervenção de um juiz ou de um magistrado do MºPº no processo (artigos 43.º, n.º 3 e 54.º, n.º 1, do CPP); VII) pode deduzir, enxertado na acção penal, o pedido de indemnização civil (art.º 74.º, n.º 1, do CPP) - Embora apenas para esse fim não necessite de constituir-se como assistente. Porém, não se constituindo como assistente só pode intervir no processo

quanto à matéria relativa ao pedido da indemnização civil e não já quanto à matéria penal; VIII) pode requerer a exclusão da publicidade (art.º 87.º, n.º 1, do CPP); IX) pode consultar o processo e obter cópias e certidões nos termos e condições dos artigos 87.º e 89.º, do CPP; X) tem de ser pessoalmente notificado, nomeadamente, dos actos processuais constantes do art.º 113.º, n.º 9, do CPP; XI) é ouvido sobre a qualificação do inquérito como sendo de especial complexidade (art.º 215.º, n.º 4, do CPP); XII) pode requerer a reforma de auto perdido, extraviado ou destruído e intervém na respectiva audiência (art.º 102.º n.º 2 e 3, do CPP); XIII) o seu consentimento é necessário para a prorrogação de prazos processuais, nos termos do art.º 107.º, n.º 6, do CPP; XIV) a aceleração processual pode ser por ele requerida, de harmonia com o disposto no art.º 108.º, do CPP; XV) nos termos do art.º 120.º, n.º 2, al. b), do CPP, a ausência do assistente ou falta de notificação, quando a lei exigir a comparência, constitui nulidade dependente de arguição; XVI) apesar do assistente não poder depor como testemunha pode prestar declarações, embora sem prestar juramento (art.º 133.º, n.º 1, al. b), e art.º 145.º, n.º 1, 3 e 4, e para a fase de julgamento em especial o art.º 346.º, todos do CPP), sendo o objecto das suas declarações a matéria referida no art.º 124.º, do CPP, cometendo o crime de falsas declarações p. e p. no art.º 359.º, n.º 2, do CP, caso falte à verdade; XVII) pode recusar o perito indicado, o despacho que ordena a perícia é lhe notificado, pode designar um consultor para assistir à mesma, pode-lhe ser permitida que assista à perícia, pode pedir esclarecimentos aos peritos (art.º 153.º, n.º 2, 154.º, n.º 2, 155.º, n.º 1, 156.º, n.º 2, 157.º, n.º 1, todos do CPP); XVIII) pode pedir a revisão e confirmação de sentença penal estrangeira, nos termos do art.º 236.º, do CPP; XIX) tem o direito de requerer a prestação de declarações para memória futura e estar presente na diligência, nos termos do art.º 271.º, n.º 1 e 2, do CPP; XX) é informado do despacho que recair sobre a comunicação a que se refere o art.º 276.º, n.º 4, do CPP, e pode, nesse caso, requerer a aceleração processual (art.º 276.º, n.º 5 e 6, do CPP); XXI) a sua concordância é pressuposto para se admitir a suspensão provisória do processo, de harmonia com o disposto, no artigo 281.º, n.º 1, al. a), do CPP; XXII) tem o direito de intervir no inquérito oferecendo provas e requerendo diligências (art.º 69.º, n.º 2, al. a), do CPP) mesmo aquelas que, no âmbito dessa fase processual, são da competência do juiz (art.º 268.º, n.º 2, do CPP); XXIII) pode acusar independentemente do MºPº, mas subordinado aos factos constantes da acusação deste ou que não constituam alteração substancial (artigos 69.º, n.º 2, al. b), e 284.º, n.º 1, ambos do CPP), nos crimes públicos e semi-públicos; XXIV) nestes crimes, aquando da dedução da acusação, pode indicar outra prova para além da constante na acusação do MºPº (art.º 284.º, n.º 2, al. b), do CPP); XXV) pode deduzir acusação, mesmo que MºPº se abstenha, nos crimes particulares, sendo neste caso, o único responsável pelo prosseguimento dos autos (arts.º 69.º, n.º 2, al. b), e 285.º, ambos do CPP); XXVI) pode requer a abertura de instrução nos crimes públicos e semi-públicos – antes da última redacção do CPP, que introduziu como regra a publicidade do inquérito, discutiu-se se o assistente (e também o arguido) podia consultar o processo e obter cópias enquanto decorria o prazo para requerer a abertura de instrução. Embora o artigo 89.º, do CPP, literalmente o não permitisse o Conselho Consultivo da PGR, no Parecer n.º 461/1994, de 25.5.95, disponível no site www.dgsi.pt/pggrp.nsf, já se tinha pronunciado afirmativamente –, quer quando o MºPº arquivou os autos quer quando acusou, embora neste caso só relativamente a factos pelos quais MºPº não acusou e sejam relevantes para a integração jurídica (art.º 287.º, n.º 1, al. b), do CPP), isto é, provoquem uma alteração substancial (art.º 1.º, al. f), do CPP), sendo para tanto notificado do arquivamento e da acusação pública (artigos 277.º, n.º 3, e 283.º, n.º 6, ambos do CPP) – Somos da opinião que ao assistente é admissível requerer a abertura de instrução com fundamento numa diferente qualificação jurídica.

Não só a letra do art.º 287.º, do CPP, não o impede, como o princípio da vinculação temática assim o aconselha, para que não seja eventualmente apenas em julgamento que a questão surja. É que, neste último caso, ter-se-á de recorrer aos mecanismos previsto no art.º 359.º, do CPP, caso importe uma alteração substancial, com todos os óbvios inconvenientes para a celeridade e economia processual, se o arguido não concordar com o prosseguimento do processo pelos novos factos (nesse sentido Frederico Isasca, *Alteração Substancial Dos Factos E A Sua Relevância No Processo Penal Português*, 1992, Almedina, Coimbra, p. 166-167); XXVII) em alternativa à abertura de instrução pode reclamar para o superior hierárquico do despacho de arquivamento deduzido pelo MºPº, relativamente aos crimes públicos e semi-públicos, de harmonia com o disposto no art.º 278.º, do CPP; XXVIII) tem o direito de participar na fase de instrução e de julgamento, em pé de igualdade com o MºPº e o arguido (artigos 69.º, n.º 2, al. a), 287.º, n.º 1, e 302.º, n.º 1, todos do CPP); XXIX) pode também intervir no processo sumário (artigos 388.º, 389.º, n.º 6, do CPP), sendo-lhe permitido constituir-se como assistente por meio de mera declaração verbal no início do julgamento; XXX) a sua concordância é pressuposto para a admissibilidade do julgamento em processo sumaríssimo por crimes particulares (artigo 392.º, n.º 2, do CPP); XXXI) também no processo abreviado é admissível a constituição como assistente, nos mesmos termos que no processo comum (art.º 391.º-E, n.º 1 e 3, do CPP); XXXII) pode intervir no processo sumaríssimo mesmo quando estão em causa a prática de crimes públicos ou semi-públicos (artigos 392.º, n.º 2 e 393.º, *a contrario sensu*, do CPP); XXXIII) a sua notificação da data designada para julgamento obedece aos mesmos requisitos que a notificação do arguido (art.º 313.º, n.º 2 e 3, do CPP); XXXIV) são-lhe concedidas as mesmas prerrogativas que ao MºPº e ao arguido para adição e alteração do rol de testemunhas para julgamento (art.º 316.º, do CPP); XXXV) a intervenção em julgamento decorre com os mesmos direitos que possuem o MºPº e o arguido (v.g. art.º 339.º, n.º 2, relativamente às exposições introdutórias; art.º 341.º, al. b), quanto à ordem de produção de prova, art.º 343.º, n.º 5, relativamente à impossibilidade de interferências aquando do interrogatório do arguido; art.º 345.º, n.º 2, sobre como apresentar as questões que se pretendem ver esclarecidas pelo arguido; art.º 347.º, n.º 1, quanto ao direito de se requerer declarações ao lesado; art.º 349.º relativamente à inquirição de menores de 16 anos; art.º 350.º, no que diz respeito às declarações dos peritos, consultores e técnicos; art. 359.º, n.º 3, quanto ocorre uma alteração substancial de factos; art.º 360.º, n.º 1, quanto às alegações orais; art.º 371.º, n.º 3, quanto à intervenção na audiência reaberta para determinação da sanção, todos do CPP); XXXVI) é necessário o seu consentimento para serem lidas em audiência de julgamento depoimentos ou declarações prestadas nas outras fases processuais (art.º 356.º, n.º 2, al.b), e n.º 5, do CPP); XXXVII) pode requerer, em tribunal singular, a documentação da audiência de julgamento (art.º 364.º, n.º 1, do CPP); XXXVIII) pode recorrer “das decisões que o afectem, mesmo que o MºPº não o tenha feito”, nos exactos termos utilizados pelo art.º 69.º, n.º 2, al. c), do CPP, ou “de decisões contra ele proferidas”, nos termos do art.º 401.º, n.º 1, al. b), do CPP. E só pode requerer a revisão “relativamente a sentenças absolutórias ou a despachos de não pronúncia” (art.º 450.º, n.º 1, al.b), do CPP); XXXIX) na fase de recurso e nos termos subsequentes intervém em termos análogos aos do MºPº e do arguido (art.º 415.º, n.º 1, quanto à desistência; art.º 417.º, n.º 2, quando à oportunidade de se pronunciar após o parecer do MºPº; art.º 421.º, n.º 2, relativamente à convocação para a audiência; art.º 437.º, n.º 5, no que diz respeito ao recurso para o pleno; art.º 459.º, n.º 1, quanto à indicação de meios de prova quando o processo baixa, todos do CPP); XL) o assistente pode requerer que a prestação de depoimento de uma testemunha ocorra com ocultação de imagem ou distorção de voz, com vista a proteger esta [Lei da

Voltaremos ao conceito de ofendido quando discutirmos quem tem legitimidade para se constituir como assistente, uma vez que a opção entre um conceito lato ou restrito daquela figura tem consequências importantes nesta última questão.

II. Os princípios internacionais, comunitários e constitucionais estruturantes do processo penal, com relevância para a consagração de direitos e garantias ao ofendido.

1. No ordenamento internacional e comunitário

A partir do momento em que iniciamos o estudo do direito comunitário e internacional encontramos frequentemente o conceito de “vítima”.

Como já referimos, este conceito não é estranho ao direito português. Porém, existe alguma indeterminação do legislador na sua delimitação porquanto, por vezes, reconduz aquele à figura de “ofendido”, outras à de “lesado” e também “ofendido” outras, ainda, não a um conceito técnico-jurídico, mas inserido na ciência da vitimologia.

Assim, quando esta expressão é utilizada no ordenamento jurídico português ou no transnacional temos de analisar cuidadosamente qual o seu concreto significado.

Protecção de Testemunhas, Lei n.º 93/99, de 14.7, art.º 4.º e também art.º 29.º, al. c)); XLI) ao assistente é concedido o direito de requerer a delegação da execução de sentença num Estado estrangeiro mas apenas circunscrito à execução da indemnização civil (art.º 107.º, da Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, Lei n.º 144/99, de 31.8); XLII) o assistente pode requerer a intervenção de tribunal de júri, para requerer a exclusão de um jurado, para arguir incapacidades, incompatibilidades, escusas e recusas, assistir ao sorteio de pré-selecção dos jurados, intervir na audiência de apuramento, nos termos do art.º 13.º, n.º 3, do CPP e artigos 2.º, n.º 1, 6.º, n.º 2, 7.º, n.º 2, 9.º, n.º 2, al. a), e 12.º, todos do DL n.º 387-A/87, de 29.12). Esta lista dos poderes, atribuições e faculdades do assistente no processo penal podem fazer facilmente compreender a importância deste sujeito processual e de como a vítima fica processualmente “diminuída” quando não lhe é reconhecida a qualidade de “ofendido” e, conseqüentemente, não é admitida como assistente.

No direito da União Europeia temos, pelo menos desde a Decisão-quadro do Conselho de 2001, a consagração expressa dos direitos da vítima (conceito alargado que abrange quer o ofendido quer o lesado civil).

E referimos a consagração expressa, porquanto entendemos que os ordenamentos europeus e internacionais, na medida em que se reconduzem à defesa e respeito dos direitos do homem, incluem, pelo menos desde 1948, implicitamente garantias processuais para o ofendido.

Com efeito, quando se consagra igual protecção perante a lei, o direito a uma causa equitativa, decidida em prazo razoável, julgada por tribunal independente e imparcial, certamente que não se fala de direitos e garantias apenas do arguido mas de todos os sujeitos (*lato sensu*) processuais.

O Estado de direito democrático tendo como princípios fundamentais, entre outros, da dignidade a pessoa humana, o respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais, a igualdade, a justiça e a solidariedade, exige um procedimento justo e adequado no acesso e à realização do direito, na prossecução do interesse público de punir o criminoso e na pacificação do ofendido e da comunidade.

Por isso, vários tratados e convenções internacionais e europeias, assim como decisões das instituições comunitárias consagram importantes mecanismos de defesa na protecção dos direitos do homem¹¹ e, mais recentemente, concretizam aqueles direitos expressamente na esfera da vítima de crimes.

Vejamos alguns dos mais fundamentais:

- no art.º 7.º e no art.º 10.º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹², encontramos consagrada a igualdade de todos perante a lei, o direito a igual protecção e o direito a “uma causa” equitativa;

¹¹ E repare-se que o art.º 16.º, da CRP, determina que “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser integrados e interpretados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

¹² De 10 de Dezembro de 1948, publicada no Aviso de 9.3.1978, DR 1ª série.



- no art.º 14.º e no art.º 26.º, do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos¹³, consagra-se a igualdade de todos perante os tribunais, o direito a uma causa equitativa e também a igualdade de todo o ser humano perante a lei, exigindo-se que seja garantida, a todas as pessoas, protecção igual e eficaz;
- no art.º 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹⁴, estabelece-se que qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada de forma equitativa;
- no art.º 47.º, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁵, determina-se que toda a pessoa cujos direitos e liberdades, garantidas pelo direito da União, tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal, julgada de forma equitativa, e onde todos devem ter a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo;
- a Decisão-quadro do Conselho, de 15.03.2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal¹⁶, consagra, entre outros, os seguintes direitos para esta: a) ser tratada com respeito e dignidade pessoal e de lhe serem reconhecidos os direitos e interesses legítimos, “em especial no âmbito do processo penal” (artigo 1º); b) ser ouvida durante o processo e de fornecer elementos de prova (artigo 3º); c) ter acesso às informações que forem relevantes para protecção dos seus interesses, nomeadamente os relativos à apresentação da queixa, aconselhamento jurídico, requisitos para o pedido de indemnização civil, etc. (artigo 4º, n.º1); d) ser informada, sempre que manifestar essa vontade (artigo 4º, n.º 2), do estado do processo, “excepto em casos excepcionais que possam prejudicar o bom andamento do mesmo”.

¹³ Recebido no ordenamento interno pela Lei n.º 29/78, de 12 de Junho.

¹⁴ Recebida no ordenamento interno pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro.

¹⁵ Assinada a 7.12.2000, em Nice, publicada no Jornal Oficial n.º C 364, de 18.12.2000, p. 0001-0022, disponível in <http://eur-lex.europa.eu>. Apenas uma breve nota, para referir que os diplomas comunitários e internacionais têm, por força do art.º 8.º, da CRP, aplicação directa na ordem interna portuguesa, desde que reunidas as condições ali estabelecidas. É o caso da DUDH, da CEDH e do PIDCP.

¹⁶ Publicada no JO L 82, de 22.03.2001, p. 1-4, disponível in <http://eur-lex.europa.eu>.

Todos estes diplomas e decisões, comunitários e internacionais, consagram e garantem os direitos fundamentais “dentro e fora” do processo penal, sob a égide da liberdade, justiça e paz, da dignidade e valor do ser humano, da igualdade de direitos entre todos os seres humanos, do progresso social e do estabelecimento das relações harmoniosas e fraternas entre as nações, assim como o direito a um processo penal com intervenção de um tribunal imparcial, independente, que decida em prazo razoável, público (na medida em que não prejudique as próprias finalidades do processo), presunção de inocência, direito à escolha de defensor, etc.

São estes os princípios que estruturam o processo penal no seu caminho para a realização da justiça, a descoberta da verdade material, o restabelecimento da paz comunitária, com respeito pelos direitos fundamentais das pessoas.

2. Na Constituição da República Portuguesa

Nas garantias processuais penais do ofendido toda a doutrina considera o ordenamento jurídico português como um dos mais avançados da Europa, tendo em conta os vastos poderes processuais que concede ao ofendido, desde que constituído como assistente no processo.

Com efeito, é já longa a tradição no ordenamento jurídico português de permitir a intervenção do ofendido no processo penal e, a partir de 1997, foi constitucionalmente consagrado esse “direito de intervenção”, no elenco dos direitos, liberdades e garantias ¹⁷ (redac-

¹⁷ Gomes Canotilho escreve que “Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e o de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte do mesmo (liberdade negativa)” -- in *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 1998, a fls.373.

ção do art.º 32.º, n.º 7, introduzido pela IV Revisão, Lei Constitucional n.º 1/97, de 20.9), ao lado de outros, como sejam (no que ao processo penal importa e ao ofendido em particular): o direito à igualdade e à igual dignidade da pessoa humana (art.º 1.º e art.º 13.º), que se reconduzem ao igual acesso (independentemente da situação económica) ao direito e à tutela jurisdicional (art.º 20.º, n.º 1), ao direito a um processo penal justo e equitativo (art.º 20.º, n.º 4, e 32.º, n.º 1), à lealdade e igualdade de armas dos intervenientes processuais (art.º 20.º, n.º 1 e 2, 32.º, n.º 1 e 38.º, n.º 8), a um processo que assegure e garanta os direitos de defesa e de recurso (art.º 32.º, n.º 1) e que seja regido pelo princípio do contraditório (art.º 32.º, n.º 5).

Dependendo a validade de cada norma ordinária da sua conformidade com a Constituição, e uma vez que as normas constitucionais relativas aos direitos e garantias do processo penal são directamente aplicáveis, vinculando entidades públicas e privadas¹⁸, revela-se plenamente a natureza fundamental de cada um daqueles direitos e garantias agora referidos.

2.1. Da igualdade e do direito à igual dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 13.º, da CRP)

A dignidade da pessoa humana é um valor ao qual todos os direitos fundamentais se reconduzem¹⁹. No presente trabalho e dado o

¹⁸ Sobre as características dos direitos, liberdades e garantias em geral, v.g. Gomes Canotilho e Vital Moreira, in *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, edição de 1980, Coimbra Editora, p. 61 e 62, e os artigos 18.º, 19.º, 21.º, 90.º, n.º 7, 165.º, al. b), e 272.º, n.º 3, todos da CRP.

¹⁹ Franck Moderne, in "La Dignité De La Personne Comme Principe Constitutionnel Dans Les Constitutions Portugaise Et Française", *Perspectivas Constitucionais*, org. Jorge Miranda, vol. I, p. 205, afirma o seguinte: "si la dignité de la personne humaine représente ainsi le premier fondement de la République, la base même « des droits fondamentaux et des libertés essentielles » ainsi que la « garantie de leur exercice et de leur usage » (art.2 de la Constitution), elle irrigue l'éventail très large des droits reconnus par la Constitution portugaise, elle « donne un sens à tous les droits fondamentaux » ". E acrescenta a fls. 207, que se reconhece que este valor é "...un véritable «principe régulateur premier de l'ordre juridique qui constitue le fondement et une présomption de validité des normes

seu objecto, consideraremos a faceta da igual dignidade da pessoa do arguido e do assistente (enquanto titular do interesse protegido pela norma incriminadora).

Aqueles dois princípios têm por base, no processo penal, a defesa dos direitos fundamentais de todos os intervenientes processuais e, portanto, também do ofendido e do assistente. Fundamentam-se no Estado de direito democrático, na paz, na justiça e obrigam à igualdade de todos os cidadãos face à lei, à igualdade de direitos e deveres e ao respeito pela igualdade da pessoa humana.

Na medida em que seja adequado, proporcional, equilibrado, necessário e esteja em harmonia com as finalidades do processo, entendemos que todos os intervenientes processuais devem ter iguais direitos e todos, em quaisquer circunstâncias, têm direito a igual dignidade ²⁰.

Nesta nova sociedade que, por um lado, já não vê o processo penal como tendo uma função repressiva e, por outro, tem como fundamento o respeito pelos direitos do homem e a participação social, temos de concluir que a dignidade do ofendido (constituído ou não como assistente) e a dignidade do arguido não podem ter graduações diferentes.

Aliás, não há ordem hierárquica entre os diversos direitos e garantias fundamentais.

respectives». Il résulte qu'un tel principe a valeur de «modèle ou de critère possible pour émettre un jugement de constitutionnalité sur des normes juridiques».

²⁰ As finalidades do processo e a defesa dos direitos do arguido não permitem, é claro, uma igualdade absoluta entre os diferentes sujeitos processuais. O Tribunal Constitucional já assim o concluiu em várias ocasiões. No ac. n.º 126/84, de 12/12, DR 2ª série, n.º 58, de 11.3.85, p. 2304 decidiu que "o princípio a igualdade não só autoriza como pode exigir desigualdade de tratamento, sempre que, por motivo de situações diversas, um tratamento igual conduzir a resultados desiguais. Por sua vez, no ac. n.º 806/93, de 30/11, DR 2ª série, n.º 24, de 29.11.94, p. 885 e 886, decidiu que "... igualdade não corresponde a uniformidade, antes postulando o tratamento igual do que é igual e tratamento distinto de situações em si mesmas diversas, ela constitui um limite impostergável da própria medida da discriminação consentida, exigindo que haja uma razoável relação de adequação e proporcionalidade entre os fins prosseguidos pela norma e a concreta discriminação por ela introduzida (...) Não repugna a uma concepção constitucionalmente adequada da igualdade que a norma possa conter um mínimo de desigualdade formal se tal se mostrar necessário, adequado e proporcional à realização da igualdade substancial".

Afastamos, assim, qualquer discriminação de tratamento entre o arguido e o ofendido que não se fundamente em critérios que obedeam aos princípios da proporcionalidade e da adequação às finalidades do processo penal. Os direitos do arguido e do assistente merecem igual protecção e as desigualdades processuais só devem existir enquanto imprescindíveis à obtenção da justiça e da verdade.

Relativamente a estes princípios fundamentais refere Manuel Monteiro Valente, que “não podemos partir para uma investigação escalonizando as pessoas segundo uma apetência para a prática do mal”²¹.

Este autor está, obviamente, a referir-se à visão que os órgãos judiciais ou policiais não devem ter do arguido. Mas na esteira desta argumentação, acrescentamos que não se pode impedir o acesso ao processo (isto é, a intervenção activa, o direito ao recurso, ao requerimento de diligências ou de aplicação de medidas de coacção) do assistente com fundamento em que o mesmo apenas intervém motivado por interesses privados ou pouco nobres e que é, apenas, um factor de perturbação nos autos (argumentação que já tem servido para impedir o acesso do assistente a certos mecanismos processuais, como veremos adiante).

Para o caso em que o assistente faça esse uso abusivo do processo haverá que criar mecanismos que o “punam”, como sejam a condenação em custas processuais por incidentes anómalos ou multas por má-fé. Não pode é ser fundamento para se impedir o acesso do assistente ao processo, como medida geral e abstracta, tratando de forma mais digna o arguido, concedendo-lhe mais direitos e garantias, que à vítima do crime.

2.2. Da lealdade e igualdade de armas

²¹ Manuel Valente, *Processo Penal*, tomo I, Almedina, 2004, p. 169.

(art.º 20.º, n.º 1, e 2, e art.º 32.º, n.º 1 e n.º 8, da CRP)

Encontramos estes princípios da lealdade e da igualdade de armas consagrados, como já referimos, no art.º 6.º, n.º 1, da CEDH, no art.º 10.º, do DUDH, e art. 14.º, n.º 1, do PIDCP. Este último princípio deve ser entendido, não como necessidade de todos os sujeitos processuais possuírem exactamente os mesmos meios e mecanismos processuais, mas sim como a ideia de que todos devem dispor de garantias equiparadas.

Com efeito, como adiante se verá, competindo a investigação e a acção penal ao MºPº, tem este ao seu dispor, na fase de inquérito, meios que quer o arguido quer o assistente não possuem. Porém, nas fases judiciais (instrução e julgamento) os mecanismos processuais e poderes de que dispõem estes três sujeitos são tendencialmente iguais.

Por tudo isto, e apesar do art.º 32.º, n.º 8, da CRP, apenas consagrar o princípio da lealdade como limite orientador da investigação e da recolha de provas, a verdade é que ele é um princípio estruturante de todo o processo penal, em todas as fases processuais.

Como refere Figueiredo Dias ²², são “finalidades primárias” do processo penal a realização da justiça, a descoberta da verdade, a protecção face ao Estado dos direitos fundamentais dos cidadãos, o restabelecimento da paz comunitária e a “reafirmação da validade da norma violada”.

Assim, facilmente se conclui que será difícil o equilíbrio entre todas estas finalidades, devendo aceitar-se “a impossibilidade da sua integral harmonização” ²³

Consequentemente, em sede de inquérito não existe total igualdade de armas entre o MºPº, o arguido e o assistente, nem entre o tribunal e estes últimos sujeitos processuais nas fases judiciais.

²² In “Os Princípios Estruturantes do Processo e A Revisão De 1998 Do Código De Processo Penal”, *RPCC* ano 8, fasc. 2, Abril-Junho de 1998, p. 205.

²³ Ainda o mesmo autor na ob. cit. na nota anterior, a fls. 202.

Aliás, muitas vezes, o assistente nem sequer está em igualdade quando comparado com o arguido, porquanto a garantia dos direitos fundamentais deste impõe que lhe sejam facultados mecanismos processuais acrescidos de defesa.

Com efeito, a eficácia e êxito da investigação (em sede de inquérito) e da descoberta da verdade (em todas as fases processuais) implica que o tribunal e o M^oP^o tenham ao seu dispor meios (políciais, de apreensão, busca, detenção, etc.) que os restantes sujeitos processuais não possuem ²⁴.

Por isso, na esteira de Figueiredo Dias e Cunha Rodrigues, entendemos que só haverá violação do princípio da igualdade de armas quando “a conformação processual deva considerar-se infundamentada, desrazoável ou arbitrária, como ainda quando possa reputar-se substancialmente discriminatória, à luz das finalidades do processo penal, do programa político-criminal que àquele está destinado ou dos referentes axiológicos que o comandam” ²⁵.

Quanto ao princípio da lealdade, “como valor moral que assenta no respeito de outrem e no reconhecimento de direitos e deveres igualitários” ²⁶, pressupõe que todos lhe devem obediência. Não apenas os agentes que administram a justiça (polícias, tribunal, M^oP^o,

²⁴ A Comissão Europeia dos Direitos do Homem, nos casos “Neumeister”, de 27.7.68, “Matznetter” de 10.11.69, e “Delcourt”, de 17.1.70, reconheceu que a igualdade entre o M^oP^o e o arguido não pode ser absoluta. No caso “Lamy”, de 30.3.89, já admitiu havia violação de armas e falta de contraditório num processo em que durante 30 dias de detenção só o M^oP^o tinha direito de aceder aos autos. Por outro lado, no caso V/ Luxemburgo, de 8.7.1985, decidiu que “o facto de o M^oP^o dispor de um prazo mais longo que o arguido para interpor recurso não é contrário à Convenção se o exame do conjunto do processo não revelar uma ofensa concreta aos direitos consagrados no art.º 6.º”. Todos estes acórdãos e respectivos sumários encontram-se citados por Cunha Rodrigues, “Sobre O Princípio Da Igualdade De Armas”, *RPCC*, ano 1, 1, Janeiro-Março de 1991, p. 94-95.

²⁵ Figueiredo Dias, “Sobre Os Sujeitos Processuais No Novo Código de Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal*, p. 30, e Figueiredo Dias *apud* Cunha Rodrigues, “Sobre O Princípio Da Igualdade De Armas”, *RPCC*, ano 1, 1, Janeiro-Março de 1991, p. 90.

²⁶ Afirmção de Manuel Monteiro Guedes Valente, in *Processo Penal*, tomo I, Almedina, 2004, p. 179.

funcionários), mas também os restantes intervenientes processuais (arguido, assistente, testemunhas) ²⁷.

Assim, também o assistente, como colaborador na administração da justiça, deve actuar de forma leal, com respeito pelos valores da dignidade e integridade da pessoa humana, sem utilizar meios enganosos ou ardilosos durante a sua intervenção no processo penal.

2.3. Das garantias de defesa e do direito ao recurso (art.º 32.º, n.º1, da CRP)

O Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 92-253-2, de 27.10.1992 ²⁸, entendeu que “O direito ao recurso, enquanto dimensão essencial do princípio da defesa, não pode ser visto como uma garantia do assistente, mas tão só do arguido... O princípio da igualdade de armas, em processo penal de um Estado de Direito, está ao serviço do arguido, visando garantir que ele não seja colocado em inferioridade no processo...”.

Ora, discordamos deste entendimento uma vez que as garantias do processo penal não estão todas “ao serviço” do direito de defesa do arguido mas sim da descoberta da verdade material, tendo como finalidade assegurar a obtenção de uma decisão justa. Por isso, no referido art.º 32.º, n.º 1, da CRP, foram consagrados vários direitos de intervenção processual do ofendido (na veste de assistente) os quais são garantias destes fins, que também “movem” o particular.

Consequentemente, defendemos que as garantias de defesa e do direito ao recurso não estão ao serviço do arguido em regime de exclusividade, encontrando-se igualmente ao serviço da acusação

²⁷ Nesse sentido Germano Marques da Silva, in *Curso de Processo Penal*, 2000, vol.1, fls. 66-68, e Manuel Monteiro Valente, in *Processo Penal*, tomo I, Almedina, 2004, p. 178 e ss.

²⁸ Cujá consulta é possível no site www.dgsi.pt.

(do M^oP^o e do assistente), só assim se obtendo um processo equitativo, de acordo com o princípio constitucionalmente garantido.

A própria epígrafe do art.º 32.º, da CRP, remete-nos para as garantias do processo penal e não apenas para as garantias de defesa do arguido.

Gomes Canotilho e Vital Moreira, apesar de reconduzirem a discussão do n.º 1, do art.º 32.º, aos direitos de defesa do arguido, começam por sublinhar que “a fórmula do n.º 1, é, sobretudo, uma expressão condensada de todas as normas restantes deste artigo, que todas elas são, em última análise, garantias de defesa”²⁹. O que pressupõe que o ofendido é um dos destinatários desta norma (expressamente identificado no n.º 7, do mesmo dispositivo).

Aliás, afirmam Jorge Miranda e Rui Medeiros que já no projecto que serviu de fonte ao art.º 32.º, n.º 1, este era “uma cláusula geral que incluía (...) todas as garantias explicitadas nos números seguintes” e acrescentam que o “preceito deve ser interpretado à luz do denominado processo equitativo”³⁰.

Assim, defendemos que o referido dispositivo consagra a estrutura fundamental do processo e os direitos e garantias dos vários intervenientes processuais, e não apenas do arguido. Por isso, interpretar o art.º 32.º, n.º 1, da CRP, como consagrando, apenas e só, um direito ao recurso do arguido, parece-nos demasiado redutor e violador do núcleo essencial da norma constitucional. Sendo certo que as normas constitucionais devem ser interpretadas tendo em conta o conjunto do regime constitucional em matéria de processo penal, e este consagra os já referidos princípios do contraditório, equidade, justiça, intervenção do ofendido, etc., que seriam violados com aquela interpretação redutora.

²⁹ Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 516.

³⁰ Constituição da República Portuguesa Anotada, tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 354.

2.4. Da exigência de um processo justo e equitativo (art.º 20.º, n.º 4 e art.º 32.º, n.º 1, da CRP)

Como já se referiu, o art.º 32.º, n.º 1, deve ser interpretado à luz do princípio de um processo penal equitativo, princípio que também resulta do art.º 6, da CUDH, assim como do art.º 14, do PIDCP.

Um processo equitativo é aquele que, a final, reúne a totalidade dos direitos supra e infra referidos, isto é, é aquele que se encontra enformado pelos princípios materiais de justiça, em todas as fases processuais: presunção de inocência, acesso ao direito, ao tribunal e à tutela jurisdicional, a um tribunal independente e imparcial, à obtenção de uma decisão em prazo razoável, à escolha de mandatário, a acusação deduzida por órgão diferente daquele que julga, à discussão contraditória da causa com oralidade, à imediação da produção da prova e publicidade, à igualdade de meios processuais de intervenção, à lealdade na actuação processual, etc.

É, assim, também ele princípio totalmente destinado a todos os intervenientes processuais, incluindo o assistente.

2.5. Do princípio do contraditório (art.º 32.º, n.º 5, da CRP)

São consequências directas deste princípio a imediação da produção da prova, da discussão oral e pública da mesma e a fundamentação das decisões. Está, portanto, consagrado essencialmente para as fases judiciais, uma vez que o êxito da investigação impede o funcionamento pleno deste princípio na fase de inquérito, principalmente se este estiver sujeito o segredo de justiça.

Especificamente com relevância para o assistente, este princípio significa "...a) o dever e direito de o juiz ouvir as razões das partes (da acusação e da defesa) em relação a assuntos sobre os quais tenha de proferir uma decisão; b) direito de audiência de todos os sujeitos processuais que possam vir a ser afectados pela decisão, de forma a garantir-lhes uma influência efectiva no desenvolvimento do

processo (...) e quanto à sua extensão processual, o princípio abrange todos os actos susceptíveis de afectar a sua posição, e em especial, a audiência de discussão e julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar...”³¹.

Torna-se, assim, óbvia a importância que este princípio possui para se decidir se certa interpretação, doutrinal ou jurisprudencial, é inconstitucional, nomeadamente quando restringe os poderes de intervenção do assistente no processo penal ou opta por um conceito restrito de ofendido, impedindo a sua constituição como assistente (como adiante se verá).

Estamos assim a tornar claro que entendemos que o princípio do contraditório se estende aos restantes sujeitos processuais para além do arguido. Também este princípio não é apenas uma “manifestação do direito de defesa do arguido”³².

³¹ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 522-523.

³² Nesse sentido Frederico de Lacerda da Costa Pinto, “O Estatuto Do Lesado No Processo Penal”, in *Estudos Em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, organização de Figueiredo Dias e outros, Coimbra Editora, 2001, a fls. 694-695, como se verá quando analisarmos o art.º 32.º, n.º 7, da CRP. Também Francisco Pereira Coutinho (A Fase De Instrução E O Princípio Do Contraditório”, in *RPCC*, ano 12, n.º2, Abril-Junho de 2002, a fls. 315, afirma que deve “...ter-se em linha de conta que o âmbito do princípio do contraditório se deve reportar a todos os sujeitos processuais e não apenas ao arguido...”. Também Figueiredo Dias (intervenção oral, constante de *A Revisão Constitucional, O Processo Penal E Os Tribunais*, Publicação do Sindicato dos Magistrados do MºPº, Livros Horizonte, 1981, p. 50) afirma que o art.º 32.º, n.º 5, da CRP, “...serve de fundamento à constituição de um direito processual penal de futuro: um direito processual penal que há-de propiciar a participação constitutiva dos sujeitos processuais na finalidade e no objecto do processo...”. Deste modo, também este jurista não parece restringir este princípio como apenas uma manifestação do direito de defesa do arguido. O Tribunal Constitucional nos acórdãos n.º 396/94 e n.º 402/95, respectivamente de 12.5.94 e 27.06.95, disponíveis in www.dgsi.pt, afirma que o conteúdo do princípio do contraditório resulta na faculdade de os sujeitos poderem exercer influência no desenvolvimento do processo. Pelo que parecem admitir que estamos perante uma faculdade de todos os sujeitos processuais, não sendo um direito exclusivo do arguido.

2.6. Do igual acesso ao direito e à tutela jurisdicional (art.º 20.º, n.º1, da CRP)

Como refere Jorge Miranda, “a primeira forma de defesa dos direitos é a que consiste no seu conhecimento”³³.

Há, por isso, que garantir que o ofendido tenha acesso à informação relativa aos seus direitos processuais, à forma como os pode exercer, ao momento em que necessita de actuar e de quais as consequências da sua inactividade.

Na realidade, entendemos que aqueles princípios reconduzem-se não só a uma igualdade de acesso independentemente da situação económica, mas também de acesso efectivo para defesa e garantia dos interesses legalmente protegidos. Interesses que podem ser do arguido, do ofendido, do assistente ou do lesado. E que se traduzem em garantir a existência de mecanismos processuais que permitam aos sujeitos e partes civis obter a tutela efectiva, através da existência de acções apropriadas e de mecanismos de recurso adequados³⁴.

Assim, defendemos que estes direitos constitucionais também impedem interpretações que não permitam ou dificultem o acesso do ofendido aos tribunais, nomeadamente que o não admitem como assistente, que não lhe permitem recorrer da sentença condenatória, que o impedem de recorrer das medidas de coacção aplicadas ou recusadas ou de aceder a peças processuais, etc.

³³ In *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Direitos Fundamentais, 3ª edição, Coimbra editora, 2000, p. 254.

³⁴ Gomes Canotilho, afirma nesta matéria que “O direito de acesso aos tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de actos e relações jurídicas controvertidas, a que se deve chegar num prazo razoável e com garantia de imparcialidade e independência, possibilitando-se, designadamente, um correcto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito, oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discreter sobre o valor e resultado de umas e outras) ... significa isto que o direito à tutela jurisdicional efectiva se concretiza fundamentalmente através de um processo jurisdicional equitativo...” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 395, Almedina, 1998).

Também estas garantias são violadas quando tais interpretações redutoras/restritivas ocorrerem.

2.7. Do direito de intervenção do ofendido (art.º 32.º, n.º 7, da CRP)

Podemos, deste modo, desde já concluir que, mesmo sem a consagração constante agora no art.º 32.º, n.º 7, da CRP ³⁵:

1) a exigência de um processo equitativo (consagrado no art.º 20.º, n.º 4, da CRP e nos tratados internacionais e europeus supra referidos) implicaria que o processo penal tivesse de proporcionar ao ofendido os meios para defender os seus interesses;

2) a igualdade dos cidadãos e igual dignidade do ser humano importaria, no âmbito do processo penal, a igualdade de acesso aos mecanismos processuais (artigos 13.º, art.º 20.º, n.º 1 e 2, e art.º 32.º, n.º 1, todos da CRP);

3) a exigência de um processo submetido ao princípio da justiça e do contraditório também implicaria o reconhecimento da faculdade do ofendido de intervir no processo, em igualdade de circunstâncias com o M.ºP.º (depois de findo o inquérito) e com o arguido (artigo 32.º, n.º 5, da CRP).

Portanto, a consagração constante do art.º 32.º, n.º 7, da CRP, é apenas o corolário lógico destes outros princípios.

Analisado o conjunto do regime do CPP cremos ser possível concluir que o legislador ordinário permite uma ampla intervenção do ofendido no processo penal desde que preenchida a condição da prévia constituição daquele como assistente.

Com efeito, a constituição como assistente é condição *sine qua non* do acesso do ofendido a uma participação activa, relevante, eficaz e efectiva no processo.

³⁵ Este normativo consagra o direito de o ofendido intervir no processo penal, nos termos a determinar pela lei ordinária, tendo esta redacção sido introduzida pela IV Revisão, Lei Constitucional n.º 1/97, de 20.9.

Já antes da consagração constitucional referida, estava atribuído ao assistente³⁶, no art.º 69.º, n.º 2, do CPP, o direito de “intervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo as diligências que se afigurem necessárias, deduzir acusação independentemente do MºPº e, no caso de procedimento dependente de acusação particular, ainda que aquele não a deduza, interpor recurso das decisões que o afectem, mesmo que o MºPº não o tenha feito”.

Esta garantia de intervenção no processo penal está, na nossa opinião, mais restringida na fase de inquérito, se tiver sido imposto o segredo de justiça, e na fase de recurso³⁷.

Quanto à fase de inquérito, as alterações introduzidas ao CPP em 2007, em matéria do regime de segredo de justiça, alteraram substancialmente a possibilidade de o arguido, o ofendido ou o assistente terem conhecimento das diligências de prova ordenadas e realizadas em inquérito. Até então a real capacidade de intervenção do assistente no inquérito era quase inexistente. Com efeito, como poderia o requerente colaborar com MºPº se tudo o que se passava no inquérito estava em segredo de justiça, se o assistente desconhecia se os seus requerimentos tinham sido deferidos ou não, ou quais tinham sido os resultados obtidos com as diligências probatórias por ele promovidas? É que só se o assistente tivesse conhecimento do resultado da investigação por ele sugerida (do que foi dito pelas testemunhas, o resultado de uma busca, de uma apreensão, de uma perícia) é que poderia dar um novo “impulso” ou sugerir novo “rumo” à investigação.

³⁶ Como referimos na introdução, delimitámos este trabalho ao assistente enquanto ofendido, na qualidade de titular dos interesses protegidos pela norma incriminadora. Porém, faremos agora apenas uma breve referência a Costa Pinto, que refere o seguinte, com interesse para se delimitar o problema da correcta interpretação do art.32, da CRP: “...o art.º 32.º, n.º 7, da Constituição deve ser objecto de uma interpretação extensiva de forma a abarcar também as pessoas que sucedem ou representam o ofendido em processo penal que têm legitimidade para se constituírem como assistentes (art.º 68.º, n.º 1, al. c) e d), do CPP, embora não sejam «ofendidos» no sentido exacto do termo (isto é, titulares do bem jurídico agredido)”-- “O Estatuto do Lesado no Processo Penal”, *Estudos Cunha Rodrigues*, Vol. I, p. 687.

³⁷ A fase de recurso é desenvolvida adiante.

Ora, esta colaboração é essencial, nesta fase processual, porquanto o indício do crime ainda não terá desaparecido pela intervenção das forças da natureza ou pela actividade humana involuntária ou dirigida para esse fim (para a destruição da prova, para a esconder, para a alterar).

Mas mesmo na vigência do anterior regime jurídico já Arménio Sottomayor³⁸ defendia o seguinte: “Ao magistrado que dirige o inquérito há-de, pois, exigir-se que, ponderando, em cada momento, as vantagens e os inconvenientes que possam resultar da derrogação do segredo de justiça relativamente ao assistente, faça uso do dispositivo do art.º 86.º, n.º 5, do CPP, tomando a iniciativa de dar conhecimento àquele sujeito processual de certas peças do processo, ou deferindo o requerimento que por aquele lhe for feito para tal finalidade (...) Cumpre ao MºPº, enquanto entidade que dirige o inquérito, agindo dentro da legalidade e pautando-se segundo critérios de estrita objectividade, fazer um bom uso das regras processuais, dando, assim, voz à vítima”.

De facto, não fazendo o magistrado do MºPº este tipo de interpretação legal (conjugando os referidos princípios constitucionais e ordinários) o art.º 69.º, n.º2, al. a), do CPP, e o art.º 32.º, n.º 7, da CRP, ficariam sem aplicação em sede de inquérito.

Hoje a regra é que a fase de inquérito seja pública, só não o sendo quando o requeira o arguido, o assistente ou o ofendido com fundamento no prejuízo dos seus interesses, ou quando o MºPº o determine por entender que estão em risco interesses da investigação (sendo que esta decisão tem de ser validada pelo JIC em 72h, nos termos do art.º 86.º, n.º 2 e 3 do CPP)³⁹.

³⁸ “A Voz da Vítima”, in *Estudos Em Homenagem A Cunha Rodrigues*, Coimbra editora, 2001, vol I, p. 850.

³⁹ Apesar de não ser este o objecto deste estudo, não podemos deixar de referir que o legislador ao impor limites temporais absolutos à manutenção do segredo de justiça (art.º 89.º, n.º6) deixou, desde logo, potencialmente desprotegidos os direitos de personalidade do arguido e ao não dotar, em simultâneo com a alteração legislativa, o MºPº, os tribunais e os órgãos de investigação de mais, melhores e mais céleres meios de investigação, perícia, etc., deixou a eficácia desta seriamente comprometida.

III. A violação do art.º 32.º, n.º 7, da CRP, pelo Código de Processo Penal

O direito consagrado no art.º 32.º, n.º 7, da CRP, aliado ao direito a um processo equitativo, com igualdade de armas e contraditório, admite que seja apenas possível ao ofendido intervir activamente no processo quando se constitua assistente? ⁴⁰

Será que a legislação adjectiva penal garante o exercício deste direito constitucionalmente consagrado?

Por um lado, o legislador constitucional concede ao ofendido “o direito a intervir no processo, nos termos da lei”, mas, por outro, a lei ordinária reserva esse “direito” ao assistente.

Para podermos concluir se o CPP aniquila ou restringe, sem obediência a princípios de adequação, necessidade e proporcionalidade, o objecto de protecção do art.º 32.º, n.º 7, da CRP, há que observar não só os preceitos do processo penal, no contexto da ordem jurídica (dos restantes direitos e garantias constitucionais do processo penal, da defesa dos direitos do arguido, da não perturbação do processo e portanto do objectivo último da justiça) mas também tendo em atenção a situação jurídica individual do indivíduo.

E se chegarmos à conclusão que há um sacrifício desproporcionado, desnecessário e desadequado da situação subjectiva do ofendido, protegida pela norma constitucional, impõe-se concluir que aquele é inadmissível ⁴¹.

Que os mecanismos processuais que admitem a intervenção do ofendido estão reduzidos ao mínimo no CPP parece-nos claro.

⁴⁰ Esta é uma questão que abordaremos sumariamente, mas que devido à sua complexidade merece maior desenvolvimento. Tal, porém, não é possível no presente trabalho. De qualquer modo, tentaremos equacionar a posição que defendemos e os principais problemas que se suscitam.

⁴¹ Gomes Canotilho e Vital Moreira, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, edição de 1980, Coimbra editora, fls. 82, defendem (obviamente sem referir-se ao art.º 32.º, n.º 7, da CRP, cuja redacção foi introduzida depois da publicação da obra), que quaisquer restrições aos direitos fundamentais seriam inadmissíveis, caso infringissem os princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade.

Por outro lado, o próprio legislador constitucional quando optou por não delimitar o âmbito desse direito e decidiu remeter essa função ao legislador ordinário, permite que este estabeleça em que momentos e através de que mecanismos ocorrerá a intervenção do ofendido⁴². O que resta apurar é se a lei ordinária viola os referidos princípios de necessidade, proporcionalidade e adequação, se se limita “ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” e se não diminui “a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais” (redacção do art.º 18.º, n.º 2 e n.º 3, da CRP).

Impõe-se, pois, determinar qual o “conteúdo essencial” do art.º 32.º, n.º 7, da CRP, e assegurar-lhe “um sentido útil”⁴³.

Como sabemos, o “conteúdo essencial” pode ser considerado como absoluto, sendo, nesse caso, delimitado independentemente dos interesses públicos que com ele colidem e portanto delimitado com autonomia, ou pode ser considerado como relativo, sendo, por isso, a sua definição determinada pelos restantes direitos em conflito⁴⁴.

Tendo-se por base os princípios referidos por Gomes Canotilho e Vital Moreira, defendemos, como adiante referiremos, que o art.º 32.º, n.º 7, da CRP, tem por objecto proteger a posição jurídica sub-

⁴² Porém, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra editora, 4ª edição revista, 2007, J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira referem, a fls. 389, 89, que mesmo quando a Constituição remete para a lei a delimitação do âmbito do direito mesmo nesse caso “...a liberdade de conformação legislativa tem como limite a garantia de *um mínimo de conteúdo útil e constitucionalmente relevante* do direito legalmente delimitado” isto é, um núcleo que em nenhum caso pode ser invadido.

⁴³ Expressões usadas a fls. 547 a 553, pelos constitucionalistas Gomes Canotilho e Vital Moreira, in ob. citada edição de 1980, nas notas anteriores.

⁴⁴ In *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra editora, 4ª edição revista, 2007, J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, a fls.395, escrevem o seguinte, quando à questão da teoria absoluta ou relativa: “Haverá de recorrer-se, porventura, a uma teoria *mista*, a um tempo absoluta e relativa: relativa, porque a própria delimitação do núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias tem de articular-se com a necessidade de protecção de outros bens ou direitos constitucionalmente garantidos, *absoluta*, porque, é necessário que haja sempre um *resto substancial* de direito, liberdade e garantia, que assegure a sua *utilidade constitucional*”.

jectiva de cada ofendido, assegurando que este poderá intervir no processo.

Assim, se concluirmos que o CPP não concede meios e mecanismos processuais que permitem ao ofendido intervir no processo, estaremos perante uma inconstitucionalidade por omissão, que pode ser invocada pelo ofendido perante as instâncias judiciais ⁴⁵.

Ora, a interpretação do art.º 37.º, n.º 2, da CRP, levanta mais dificuldades, não só porque é vago na determinação do conceito de “intervenção” (aliás, remete a determinação do seu âmbito para o legislador ordinário), mas principalmente do conceito de “ofendido”. Sendo este um conceito técnico-jurídico não específico do processo penal, mas também com um conteúdo social específico, fica por esclarecer se o legislador constituinte o usou no conceito específico do processo penal ou noutro e, neste caso, qual ⁴⁶.

⁴⁵ Mantemo-nos na esteira dos constitucionalistas referidos na nota anterior, que afirmam (a fls. 551-552, da ob. citada, edição de 1980): “Por um lado, deve olhar-se para a função dos Direitos Fundamentais, considerados na sua totalidade, na vida comunitária. Uma limitação que não tivesse em conta essa função não se poderia considerar regularmente constitucional. Por outro lado, uma limitação dos Direitos Fundamentais que se coadunasse com essa função em abstracto, mas que sacrificasse totalmente a posição jurídica individual e concreta dos particulares deve também considerar-se desproporcionada e incompatível com o art.18º”. Mais acrescentam, a fls. 553, que o “núcleo essencial” do preceito constitucional deve ser delimitado também com recurso ao “domínio existencial particular, a estrutura social e o sistema de acção abrangidas pelo âmbito normativo constitucional”.

⁴⁶ Gomes Canotilho e Vital Moreira, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol.I, 1984, Coimbra editora, afirmam, nesta matéria a fls. 46 a 49 que “Alguns dos problemas fundamentais que a interpretação e concretização da lei constitucional tem suscitado (sobretudo na jurisprudência e na praxis político-legislativa) dizem respeito à determinação do âmbito conceptual (compreensão, conotação, sentido, espaço semântico) das indiscriminadamente chamadas cláusulas vagas (...) A análise do sentido de conceitos pré-constitucionais, que foram «recebidos» no texto da Constituição, conduz a duas hipóteses fundamentais: (a) a CRP «recebeu» os conceitos com o sentido que lhe era dado na ordem jurídica interna anterior ou em convenções internacionais; (b) a CRP «transformou» o espaço semântico (significado, sentido) dos conceitos pré-constitucionais (...) A Constituição está pejada de termos ou expressões oriundos de espaços semânticos extra jurídicos, seja de variados domínios técnicos do saber (economia, etc.) seja da conceptualização política corrente (...) Aqui surgem duas questões: (a) saber se a Constituição recebeu o termo com o sentido que tem no espaço semântico de onde proveio, ou se há que o «qualificar» à luz do ordenamento constitucional global; (b) saber, no caso de discrepância entre o significado técnico de um termo e o seu significado na linguagem política corrente, se a Constituição optou por um ou por outro”.

Os princípios jurídicos e políticos fundamentais da CRP, como sejam o princípio democrático, o da igualdade, o de acesso aos tribunais para defesa do seu direito, o da proibição das leis individuais restritivas de direito individuais, o do processo equitativo, do contraditório e todos os restantes direitos constitucionais do ofendido impõem a interpretação de que o “núcleo essencial” daquela norma é a concessão ao ofendido, não constituído como assistente, de poderes reais e efectivos no processo.

Entendemos que o “direito do ofendido intervir no processo” deve desdobrar-se nos direitos que especificamente estão previstos no CPP para o sujeito processual aí designado como assistente. Por força da Lei Fundamental os poderes de intervenção que na lei ordinária estão reservados ao assistente devem também estar ao dispor do ofendido.

A redacção do art.º 32.º, n.º 7, da CRP, foi introduzida pela IV Revisão Constitucional, tendo sido votada a 23.04.1997 e 16.07.97, na VII Legislatura, 2ª sessão legislativa (pág. 2247 a 2298 e 3407 a 3476, do Diário de 23.04.97 e 17.7.1997, disponível *in* <http://debates.parlamento.pt>).

A 11.09.1996, (Diário de 12.9.96, pág. 495 a 558, cuja consulta é possível no mesmo *site*) aquando do debate da proposta da actual redacção do art.º 32.º, n.º 7, o deputado do PS Cláudio Monteiro refere, com relevância para a matéria em estudo, que esta será uma garantia do ofendido, afirmando, em concreto, o seguinte” Pareceu-me, pois, importante que essa garantia, que já está estabelecida na lei ordinária, fosse estabelecida na própria Constituição, designadamente porque também podem estar em causa direitos fundamentais, em especial direitos, liberdades e garantias, do ofendido no processo criminal, e faz todo o sentido que ele tenha o direito de intervir. Obviamente que os termos dessa intervenção será matéria da legislação ordinária que, com certeza, será diferente consoante a natureza do processo e o tipo de crime que esteja em causa. Julgo que seria um avanço considerável tornar irreversível essa garantia que a legislação ordinária tem estabelecido, por formas diversas, no texto constitucional”.

Mas já a deputada Odete Santos, do PCP, relaciona a proposta de redacção aos “direitos das vítimas”.

Este debate parlamentar não é muito profundo, nem muito esclarecedor, sobre o exacto sentido que se pretendeu atribuir ao conceito “ofendido”. Direito do “assistente”, “direito do ofendido” ou “direito da vítima” (também como lesado)?

Da leitura dos debates, parece-nos que os deputados utilizaram o conceito de “ofendido” não no seu sentido técnico-jurídico, mas sim sociológico, uma vez que, por um lado, o deputado Cláudio Monteiro parece entender que o CPP consagra vastos poderes ao ofendido (o que não é verdade, porque apenas os garante quando este se constitui como assistente), por outro lado, para a deputada Odete Santos ofendido e vítima são sempre sinónimos.

Todavia, acreditamos que será legítimo concluir das declarações daquele deputado que o mesmo reconhece que não está apenas a consagrar-se uma garantia a nível constitucional que já resulta da lei ordinária (os direitos do assistente). O uso do tempo verbal no futuro quando se refere que a intervenção “será matéria de legislação ordinária” indica que esta ainda não estará regulada na sua plenitude.

Assim, sob pena de o núcleo essencial da norma constitucional ficar esvaziado, entendemos que se impõe retirar as devidas consequências da consagração constitucional e não criar resistência à mesma, vindo afirmar que o legislador constitucional não queria dizer o que disse e que só quis garantir o direito do assistente⁴⁷.

⁴⁷ Rodrigo Santiago (“Reflexões sobre o Processo Penal, a Fase de Instrução, Produção de Prova e Declarações do Assistente”, Fevereiro de 2003, texto disponível no site www.verbojuridico.net/Doutrina/ Penal, a que acedemos a 11.12.2006), vai mais além e defende que o actual estatuto do assistente também não lhe garante todos os mecanismos processuais devidos por força da CRP. Concretamente, escreve o seguinte (a ffs. 23 da *ob. cit.*) “... face à nova redacção do n.º 7, do art.º 32.º, do diploma fundamental, a actual concepção do assistente, traduzida nos parcos poderes que lhe são conferidos – para mais na concepção redutora sufragada pela jurisprudência, mormente em matéria de recursos – este sujeito processual sofre de um claro deficit de actuação autónoma, por o legislador, obcecado pelo juízo da opinião pública «divertir» com o acessório em detrimento do principal – a reflexão sobre um processo penal democrático e constitucionalmente ancorado. Estatuto, pois, inconstitucional e, na verdade, por omissão”.

Consequentemente entendemos que o conceito de “ofendido” (constante do art.º 32.º, n.º 7, da CRP) é usado no seu sentido técnico-jurídico, constante do art.º 113.º, do CP, pelo que o direito de intervenção é do ofendido, esteja ou não constituído como assistente. E, assim, ao não garantir este direito ao ofendido o CPP é inconstitucional, por omissão, violando o disposto no art.º 32.º, n.º 1, 5,7 e 8, da Lei Fundamental ⁴⁸.

Porém, uma vez que o objecto deste trabalho são os direitos constitucionais do assistente e não do ofendido, cremos que não nos cabe aqui desenvolver mais esta questão.

IV. Os direitos consagrados na Lei Fundamental como direitos subjectivos

Vejamus sucintamente a natureza daqueles supra referidos direitos constitucionais do ofendido e do assistente.

Na senda de Jorge Miranda, diremos que as normas fundamentais relativas ao acesso ao direito e à consulta jurídica “devem reputar-se normas perceptivas imediatamente invocáveis” ⁴⁹.

E na esteira de Figueiredo Dias, o art.º 32.º, n.º 1, da CRP, possui um “eminente conteúdo normativo imediato a que se pode recorrer directamente, em casos limite, para inconstitucionalizar certos preceitos da lei ordinária” ⁵⁰.

Quanto ao “direito de intervenção” do ofendido no processo estamos perante um direito subjectivo, portanto um direito que permite àquele requerer diligências, assistir aos actos, participar neles, contribuir para a decisão final, recorrer, reclamar, etc.

⁴⁸ Uma vez que os direitos de intervenção no processo estão consagrados (em termos bastante amplos) no CPP quer ao lesado (quanto à matéria civil) quer ao assistente, o problema da inconstitucionalidade por omissão só se situa quanto à figura do “ofendido”.

⁴⁹ *In Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 3ª edição, p. 255.

⁵⁰ Intervenção oral, constante de *A Revisão Constitucional, O Processo Penal E Os Tribunais*, Publicação do Sindicato dos Magistrados do MºPº, Livros Horizonte, 1981, p. 51.

O ofendido, com as consagrações constantes na Lei Fundamental, tem directamente na sua esfera jurídica o direito de, no processo penal, invocar os direitos que lhe assistem na qualidade de titular do bem jurídico protegido pela norma incriminadora. Porém, por força da lei ordinária, o ofendido terá de previamente constituir-se como assistente.

Gomes Canotilho e Vital Moreira alertam que "A imposição constitucional no sentido da concretização dos direitos fundamentais não prejudica a consistência subjectiva do direito carecedor da concretização" ⁵¹.

Portanto, o facto de a Constituição, no caso do art.º 32.º, n.º 7, ter remetido para o legislador ordinário a delimitação do conteúdo e âmbito da intervenção do ofendido não prejudica a dimensão subjectiva do direito, uma vez que se entende que esta norma constitucional não é meramente programática ⁵².

Por isso, e no que diz respeito ao art.º 32.º, n.º 7, apesar de a norma consagrar um direito geral e abstracto do ofendido tal não significa que o direito subjectivo do indivíduo não seja também protegido pela norma constitucional ⁵³.

⁵¹ In *Constituição da República Portuguesa Anotada*, edição de 1980, Coimbra Editora, p. 562. A fls. 552, tinham os referidos autores já afirmado, na ob. cit. que "A expressão utilizada na Constituição Portuguesa (não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais) parece apontar para a necessidade de tomarmos em consideração os direitos fundamentais como direitos gerais e abstractos da ordem objectiva. (...) Todavia, também não podemos abstrair-nos do facto de que os direitos fundamentais não são apenas elementos da ordem objectiva, antes apresentam uma irreductível dimensão subjectiva".

⁵² Ainda Gomes Canotilho e Vital Moreira, *CRP Anotada* (ob. citada, edição de 1980), fls. 562, embora em termos gerais e não especificamente em relação ao preceito constitucional objecto da análise neste momento (preceito que foi introduzido na Constituição após a publicação da obra).

⁵³ Com muita clareza, escreve Frederico de Lacerda Costa Pinto ("O Estatuto Do Lesado No Processo Penal", in *Estudos Em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, organização de Figueiredo Dias e outros, Coimbra Editora, 2001, a fls. 694-695) o seguinte (com o qual concordamos inteiramente) relativamente ao art.º 32.º, n.º 7, da CRP: "Esta regra traduz-se num comando dirigido ao legislador ordinário no sentido de consagrar legalmente a possibilidade de o ofendido ter intervenção no processo penal, mas deve servir também como critério interpretativo para resolver questões complexas cuja solução não decorra imediatamente da lei, como, por exemplo, a de saber se uma decisão do tribunal deve ou não ser sujeita ao contraditório e quem é que deve ser ouvido sobre ela. A partir do momento em que esta regra vigora no nosso sistema jurídico-penal, o próprio princípio

Aliás, Gomes Canotilho fala, relativamente à generalidade dos direitos fundamentais, numa “presunção a favor da dimensão subjectiva” que permitirá que o Estado tenha, por um lado, o dever de efectivar os direitos fundamentais, mas, por outro, que o indivíduo possa exigir o exercício desse direito ⁵⁴.

Concluiremos, assim, que aqueles preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias são verdadeiras normas com uma dimensão subjectiva, directamente aplicáveis sem necessidade de qualquer mediação do legislador ordinário, consagrando direitos que podem ser invocados directamente pelo titular.

V. De como o conceito restrito de ofendido é susceptível de impedir este de intervir no processo penal e capaz de violar a CRP

1. Um conceito restrito de ofendido

Existindo na Constituição apenas o conceito de ofendido e reconduzindo-se os direitos deste, por força da lei ordinária, à figura do assistente é obvia a importância que tem a delimitação de quem é ofendido.

Por tal motivo, tentaremos esboçar as grandes questões que se colocam nesta matéria e a evolução que tem ocorrido.

1.1. O entendimento maioritário até 2003

Defendia Beza dos Santos que “os titulares de interesses secundários que foram prejudicados pelo crime, não são particularmente

do contraditório adquire imperativamente uma dimensão subjectiva mais vasta, não devendo ser concebido apenas como uma manifestação do direito de defesa do arguido, mas sim e também como um referente normativo para modelar o concreto estatuto jurídico processual de outros sujeitos ou intervenientes no processo como sejam o assistente e o ofendido”.

⁵⁴ *In Direito Constitucional E Teoria Da Constituição*, fls. 1125.

ofendidos e não podem acusar no processo penal que por esse crime se instaure”⁵⁵.

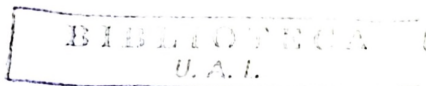
Assim, só seria ofendido aquele que fosse titular de um interesse penal directa e imediatamente protegido pela norma incriminadora.

A jurisprudência desde há vários anos que vem aderindo a este conceito restrito de ofendido. E com base no mesmo tem recusado a admissibilidade de ofendidos e assistentes em variados crimes⁵⁶.

Na maioria da jurisprudência, entendeu-se que sendo nos crimes públicos (entre outros os referidos na nota 56) preponderante o interesse público não podia ser ofendido um particular, mesmo que prejudicado com a comissão do crime.

⁵⁵ “Partes Particularmente Ofendidas Em Processo Penal”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 57º, de 10.05.1924, n.º 2248, p. 2-4;

⁵⁶ Quando à inadmissibilidade de constituição de assistente v.g., por exemplo: a Câmara de Solicitadores no crime por exercício ilegal da solicitoria (acórdão da R.P. de 6.2.85, in BMJ 344, p. 459); qualquer pessoa nos crimes de uso e porte de arma (acórdão da R.L. de 15.05.85, in CJ III, p. 185); nos crimes por desobediência (acórdão R.C. de 19.3.86, CJ II, p. 77); o prejudicado num crime por falso testemunho (acórdão R.C. de 3.10.86, CJ IV, 100, e acórdão R.P. de 26.10.98, CJ XIII, tomo 4, p. 223); a Sociedade Portuguesa de Autores nos crimes de venda de obras contrafeitas (acórdão R.L. de 6.5.87, e 15.2.89, CJ III, p. 130, e CJ I, p. 151); qualquer pessoa nos crimes de prevaricação, denegação de justiça, abuso de poder, falsificação e descaminho (acórdão do S.T.J., de 20.01.98, CJ do S.T.J. VI, I, p. 163; também acórdão do S.T.J. de 12.6.98, in CJ STJ, VI, II, p. 214, mas só relativamente ao crime de prevaricação); qualquer pessoa num crime contra o património em que o objecto deste é um terreno baldio (ac. da RP de 28.3.01, in RPCC, ano 12, n.º2, Abril-Junho de 2002, p. 301 e ss); os sócios de uma sociedade quando é ofendida a sociedade (Acórdão do STJ, de 21.12.66, BMJ 162, 235); qualquer pessoa quando o crime tem por objecto coisa ou equipamento de uso público (ac. da RC de 15.5.70, Jurisprudência da Relação, ano 169, p. 575). Têm ainda interesse os seguintes acórdãos: ac. da R.L. de 25.6.97, no proc. n.º 38793, não admitindo a constituição de assistente nos crime de desobediência; não admitindo o estatuto de assistente nos crimes de abuso de poderes encontramos os acórdãos da RP de 29.11.95, 30.11.94 e 21.3.97, respectivamente nos proc. n.º 9510224, n.º 9410703 e n.º 9710517, basicamente com fundamento em que o interesse especificamente protegido é o do Estado na probidade e isenção dos seus agentes; impedindo também a constituição dos assistentes nos crimes de usurpação de funções e simulação encontramos o acórdão da RP de 27.10.99, no proc. n.º 9940653, e o acórdão da RL de 13.12.2000, no proc. n.º 36273. Por sua vez também o acórdão da RP de 5.1.94, no proc. n.º 9310752, não admite a constituição de assistente num crime de falsas declarações. Já no sentido de admitir-se a constituição como assistente nos crimes de falso testemunho temos o Acórdão do STJ de 12.7.2005, no proc. n.º 05P2535. Admitindo como assistente a Caixa Geral de Depósitos nos crimes de burla e falsificação de documento praticado por funcionário da instituição temos o ac. da RL de 24.6.2003, proc. n.º 601/2003.5. Todos estes acórdãos estão disponíveis in www.dgsi.pt.



Quase confundindo o conceito de ofendido com a natureza do crime, entendia-se que se o tipo legal visava a protecção principal de um interesse público (natureza pública), então o ofendido só poderia ser o Estado e, nessa medida, não era admissível a constituição de assistente.

Este conceito restrito de “ofendido” tem a sua raiz no art.º 11.º, do CPP, de 1929, e no art.º 4.º, n.º 2, do DL n.º 35007, de 13.10.1945, cujas redacções são idênticas à constante no art.º 68.º, n.º 1, al. a), do CPP, na redacção actual.

Para além do argumento histórico, aqueles que defendem o conceito restrito de ofendido fundamentam-se, também, no argumento literal, porquanto a lei utiliza a expressão “partes particularmente ofendidas”.

E desta expressão retiram a conclusão de que ofendido não é qualquer pessoa prejudicada com a prática de um crime mas apenas o titular do interesse que constitui o objecto jurídico imediato do crime, o titular daquele interesse cuja ofensa é essencial para que a norma penal deva considerar-se violada.

Na mesma esteira, no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 76/02, de 26.2⁵⁷, acordou-se que não era admissível a constituição de assistente em crimes de falsificação de documento praticado por funcionário, desobediência e denegação de justiça. Fundamentando-se este acórdão em que os bens jurídicos protegidos são a segurança, a credibilidade no tráfico jurídico probatório relacionado com os documentos e a realização da justiça, pelo que a titularidade dos interesses protegidos residem no Estado e não no particular.

No mesmo sentido e basicamente com os mesmos fundamentos, se pronunciaram o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 162/02, no processo n.º 602/01, relativamente ao crime de manipulação de mercado, e o acórdão n.º 499/03, no processo n.º 36/03, ambos com declarações de voto de vencido de Luís Nunes de Almeida ⁵⁸.

⁵⁷ No processo n.º 647/98, cuja consulta está disponível no *site* www.pgdlisboa.pt.

⁵⁸ Cujo núcleo essencial das declarações abordaremos adiante.

1.2. A mudança ocorrida com os acórdãos uniformizadores

No acórdão uniformizador n.º 1/03, publicado no DR 1ª série de 27.2.03, o STJ decidiu o seguinte: “Em processo criminal, pelo crime de falsificação de documento, p. e p. na al. a), do n.º 1, do art.º 256.º, do CP, a pessoa cujo prejuízo seja visado pelo agente tem legitimidade para se constituir assistente”.

Assim, este acórdão veio admitir como possível que a norma incriminadora possa proteger interesses públicos e também individuais, devendo neste caso permitir-se a constituição como assistente deste particular.

No acórdão uniformizador n.º 2/05, publicado no DR 1ª série de 31.5.05, o STJ acordou o seguinte: “Em processo por crime de abuso de confiança contra a Segurança Social, p. e p. no art.º 107.º, do R.G.I.F., o I.G.F. da Segurança Social tem legitimidade para se constituir como assistente”.

Este acórdão teve como fundamento essencial o facto de, neste tipo de crimes, esta entidade ter interesse nas receitas próprias das contribuições da Segurança Social para prossecução dos fins que lhe estão atribuídos.

Por último, no acórdão uniformizador n.º 8/06, publicado no DR 1ª série, de 28.11.06, o STJ decidiu que: “No crime de denúncia caluniosa, p. e p. no art.º 365.º, do CP, o caluniado tem legitimidade para se constituir assistente no procedimento criminal instaurado contra o caluniador”.

Reconhece, assim, este acórdão que o dispositivo incriminador é susceptível de proteger directa, imediata e simultaneamente não só o interesse na administração da justiça, mas também a honra e consideração da pessoa caluniada.

Com estes três acórdãos uniformizadores a jurisprudência deu um importante passo na salvaguarda dos interesses dos ofendidos, permitindo-lhes constituírem-se como assistentes.

Com os referidos acórdãos uniformizadores veio admitir-se que é totalmente possível a coexistência, no âmbito de protecção do tipo

legal, quer de interesses públicos quer individuais. Assim desde que da análise do tipo incriminador, de *per si*, se possa concluir que a lei quer também proteger directa, imediata e simultaneamente o interesse particular, este, enquanto ofendido, deve ser admitido como assistente, sendo irrelevante que esse interesse não seja o mais importante, o mais relevante ou o predominante no tipo legal do crime.

2. Um conceito lato de ofendido como imposição constitucional

Ora, nas declarações de voto de vencido (nos acórdãos do Tribunal Constitucional já identificados), Luís Nunes de Almeida defende que uma interpretação do conceito de ofendido que não permita a intervenção, no processo penal, na veste de assistente, de quem seja detentor de interesses atingidos pelos crimes é inconstitucional, por violar o disposto no art.º 32.º, n.º 7, da CRP (desenvolveremos adiante o entendimento por ele perfilhado).

Com efeito, se por um lado a doutrina reconhece que o que legitima a intervenção do ofendido no processo penal é o facto de o mesmo colaborar para a realização da justiça, não dificulta esta finalidade última do processo a interpretação que restringe a intervenção do particular? Não haverá aqui alguma contradição?

Por outro lado, importa ter presente que a nova realidade social levou o legislador a reconhecer expressamente a constituição como assistente de “ofendidos difusos”. É o que sucede com as associações anti-racistas ou de imigrantes, defensoras do ambiente, de mulheres vítimas de violência, de ordens profissionais, etc.⁵⁹

⁵⁹ Alguns dos casos em se admite a constituição de assistentes, não necessariamente ofendidos, em leis avulsas são os seguintes: I) As associações previstas no art.º 11.º, da Lei de Protecção às Mulheres Vítimas de Violência (Lei n.º 61/91, de 13.8, art.º 12.º) relativamente aos crimes referidos no mesmo diploma (não sendo exigido o pagamento de taxa de justiça); II) A Ordem dos Advogados em defesa dos seus membros em matéria relativa ao exercício da profissão; III) Ao abrigo do art.º 341.º, do DL n.º 36/2003, de 5.3 (Código da Propriedade Industrial) podem constituir-se como assistentes, nos crimes previstos neste

Assim, admitindo-se a constituição de assistente nestes casos, parece-nos que estaremos perante um novo conceito de “ofendido”.

E tal deve-se ao reconhecimento de que o conceito de bem jurídico tem vindo a evoluir. Hoje, são já inúmeros os bens jurídicos supra-individuais, de que são titulares a comunidade e que esta deseja proteger.

Em atenção à evolução económica e social, a C.R.P. consagrou a protecção de muitos dos interesses difusos. Encontramos o art.º 9º relativo às tarefas fundamentais do Estado; o art.º 52º quanto ao direito de petição e acção popular; o art.º 60º relativo ao direito dos consumidores; o art.º 66º quanto à protecção do ambiente e qualidade de vida; o art.º 78º quanto à fruição e criação cultural; o art.º 81º relativo às incumbências prioritárias do Estado; o art.º 90º que con-

código, as associações empresariais legalmente constituídas; IV) A Lei n.º 83/95, de 31.8, relativa ao direito de participação procedimental e acção popular, permite que os titulares do direito de acção popular, quanto aos interesses previstos nessa lei que revistam natureza penal, possam constituir-se assistentes (art.º 25.º); V) Também as associações de consumidores têm o direito de constituir-se assistentes, no âmbito das matérias referidas na Lei n.º 24/96, de 31.7 [art.º 18.º, n.º 1, al. m)]; VI) O Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas (DL n.º 487/99, de 16.11, art.º 4.º) permite que a Ordem se constituía como assistente em processos penais (aliás, de qualquer natureza) para defesa dos seus membros em assuntos relativos ao exercício da profissão; VII) As ONGA (Organizações Não Governamentais do Ambiente), independentemente de terem ou não interesse directo na demanda, podem constituir-se assistentes em processo penal por crimes contra o ambiente (art.º 10.º, da Lei n.º 35/98, de 18.7); VIII) As associações de defesa do ambiente podem constituir-se assistentes em processo penal (art.º 7.º, da Lei n.º 10/87, de 4.4) quando estejam em causa crimes contra o ambiente e o equilíbrio ecológico, previstos na Lei de Bases do Ambiente e demais legislação complementar; IX) Nos crimes de procuradoria ilícita a Ordem dos Advogados e a Câmara de Solicitadores têm também legitimidade para se constituírem como assistentes (art.º 7.º, da Lei n.º 49/2004, de 24.8); X) Também a Câmara de Solicitadores tem legitimidade para se constituir como assistente na defesa dos seus membros e no âmbito da profissão (art.º 6.º, do Estatuto da Câmara de Solicitadores, DL n.º 88/2003, de 26.4); XI) Nas infracções antieconómicas e contra a saúde pública qualquer pessoa, singular ou colectiva pode intervir como assistente desde “que tenha sido lesada pelo facto” (art.º 43.º, do DL n.º 28/84, de 20.1), assim como as associações de consumidores e profissionais (art.º 44.º, do mesmo diploma); XII) No caso de crimes cuja motivação resulte da atitude discriminatória em razão de raça ou de nacionalidade, podem constituir-se assistentes as associações de comunidades de imigrantes, anti-racistas ou defensoras dos direitos humanos, salvo expressa oposição do ofendido (artigo único da Lei n.º 20/96, de 6.7, e neste caso não é exigível pagamento de taxa de justiça).

sagra os objectivos dos planos, e o art.º 93º quanto aos objectivos da política agrícola.

Ora, os interesses difusos são interesses transindividuais ou individuais, de natureza indivisível, por lei ou por natureza, de que são titulares a sociedade ou pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de facto. Os interesses difusos caracterizam-se, assim, pela sua transindividualidade, indivisibilidade e indeterminabilidade dos titulares ⁶⁰.

Nestas novas formas de direitos, revela-se uma nova perspectiva dos interesses juridicamente tutelados, a perspectiva de para ir além da personalidade jurídica dos seus titulares, ou seja a superação dos limites do direito individual⁶¹.

Os interesses difusos manifestam-se, como alerta Jorge dos Reis Bravo⁶², na área do direito à saúde, da defesa do ambiente, do direito a um crescimento e ordenamento urbanismo harmonioso, direito à protecção do património cultural, à prevenção rodoviária, ao cumprimento das normas de concorrência, ao direito à protecção do consumo, aí se inserindo a protecção da produção, conservação, manuseamento, armazenamento, embalagem e venda de produtos, a protecção na adesão a cláusulas contratuais gerais abusivas e muitas outras áreas.

⁶⁰ Como refere Mário Ferreira Monte (*Da Protecção Penal Do Consumidor*, p. 212) tal indeterminabilidade "... não têm de esgotar todas as pessoas de uma comunidade – se assim fosse estaríamos em presença de um direito público *qua tale* ou interesse geral da comunidade...". Cremos ser aqui o momento de delimitar certos conceitos. Os interesses difusos não se confundem com os interesses colectivos (os interesses transindividuais restritos aos membros do grupo, de natureza indivisível, de que é titular o grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base), nem com os interesses individuais homogêneos (que surgem de um mesmo facto que atinge um conjunto mais ou menos vasto de interesses individuais, que por razões de ordem prática são unificados, não por uma relação jurídica de base – como nos interesses colectivos – mas, por questões de facilidade de acesso à justiça, produção de prova, obtenção de eficiência e economia processuais).

⁶¹ Cfr. Carlos Medeiros, *Tutela (Civil) Dos Interesses Difusos*, Universidade Portucalense, Porto, 1999 e ac. do S.T.J. de 23.09.97, C.J. do S.T.J., III, 30.

⁶² In "O Assistente Em Processo Penal, Subsídios Para O Estudo Das Formas De Intervenção Dos Particulares No Processo", *Scientia Iuridica*, Julho-Dezembro de 1996, tomo XLV, n.º 262/264.

Acreditamos que esta nova sociedade, com formas de exercício de cidadania através da criação das associações, com a emergência de vítimas de interesses difusos, com os fenómenos sociológicos ligados à xenofobia e racismo, fizeram emergir a necessidade de consagração de um conceito lato de ofendido ⁶³.

Porém, permanece na doutrina e na jurisprudência fortemente implantado o referido conceito restrito.

O que cria uma flagrante desigualdade entre as vítimas dos crimes que nuns casos são considerados ofendidos (e podem constituir-se como assistentes) e noutros (porque não são reconhecidos como ofendidos) são apenas intervenientes processuais com a qualidade de testemunhas ou lesados civis.

Acresce que tendo-se em vista o combate da criminalidade, a realização da justiça, a sua maior transparência, eficácia e rapidez, não compreendemos que se dificulte a intervenção no processo de quem “mais sabe” sobre as circunstâncias do crime e mais pode contribuir para aqueles fins e para a celeridade processual.

Aliás, entendemos que o reconhecimento dessa importante contribuição que o ofendido pode trazer aos autos, aliada à cada vez maior complexidade e gravidade dos crimes (criminalidade ligada

⁶³ Perfilhamos o entendimento de Augusto Dias (“A Tutela Do Ofendido E A Posição Do Assistente No Processo Penal Português”, p. 55 a 65, in *Jornadas De Direito Processual Penal E Direitos Fundamentais*, coordenação de Fernanda Palma, Almedina, Junho de 2004, concretamente a fls.58) que defende que o conceito de bem jurídico face aos novos interesses difusos (consumo, ambiente, qualidade e genuinidade de bens, etc.) implica um “novo conceito de ofendido relacionado com a emergência de vítima difusas”. Mais, acrescenta a fls. 59, que “um conceito restrito de ofendido, que obriga à diferenciação entre objecto de tutela mediato e imediato, não consegue albergar esta nova realidade jurídica”. E a fls. 65, afirma que “Há que compreender o processo penal como um «locus» onde não apenas se cumprem necessidades públicas de controlo social, mas também, como sublinha sabiamente Paul Ricoeur (Sanction, Réhabilitation, Pardon, in *Le Juste*, Ed. Esprit, Paris, 1995, p. 199 e ss) se assegura tanto o reconhecimento do arguido como o reconhecimento da vítima, que está aí, igualmente, em demanda da justiça”. E, aliás, repare-se nas várias associações que leis avulsas permitem que se constituam como assistentes. Entendemos que a adopção de um conceito amplo daquele não leva à privatização do processo penal, por si só, e por isso defendemos um conceito amplo de ofendido. Voltaremos a esta questão mais à frente, mas sem o desenvolvimento que se impunha, por entendermos que, dado o objecto deste trabalho, só deveremos abordar esta questão enquanto estritamente necessária para determinar se os direitos e poderes do assistente estão a ser violados.

à fraude e desvios de subsídios, fiscal, terrorista, branqueamento de capitais, etc.), fará o legislador pensar em alargar o elenco de crimes (constante do art.º 68.º, n.º 1, al. e), do CPP) que permitem que qualquer pessoa se constitua como assistente.

Por tudo o exposto, defendemos que só um conceito que não exija a distinção entre titular imediato ou mediato dos interesses protegidos pela norma incriminadora poderá permitir a conclusão de que não se violam os princípios e direitos constitucionais da igualdade, de igual acesso à tutela judicial, de um processo penal justo e equitativo, que garante igualdade de armas, direitos de defesa, de recurso e de intervenção do ofendido.

Obviamente, sem confundir lesado e ofendido e exigindo-se a análise da norma incriminadora, para aferir os interesses por ela protegidos e quem é o seu titular, mas permitindo-se a qualidade de ofendido a todo aquele que seja titular, mediato ou imediato, do bem jurídico objecto da tutela. Assim, o conceito de ofendido e a subsequente legitimidade para a constituição como assistente não deixa de aferir-se em função do tipo legal que, em concreto, os factos do processo configuram.

VI. De que modo a impossibilidade do assistente recorrer da decisão condenatória, desacompanhado do MºPº, pode violar a Lei Fundamental

A doutrina e a jurisprudência maioritárias esgrimem vários argumentos para impedir o direito ao recurso do assistente sempre que o objecto daquele é a alteração da natureza ou medida da pena.

Com efeito, quando o objecto do recurso seja a absolvição, não se questiona o interesse em agir do assistente para recorrer. O problema coloca-se quando o assistente pretende recorrer da medida ou escolha da pena ou da decisão condenatória com fundamento na diferente qualificação jurídica (que provoque alteração substancial da decisão de que se recorre).

Assim, de seguida, iremos analisar os dois argumentos que consideramos mais nucleares na discussão em causa.

1. O argumento de que a escolha da pena e o seu limite tem por base as valorações da comunidade e não as do assistente

1.1. Introdução

É o art.º 70.º, do CP, que determina os critérios para a escolha da pena. Nos termos deste normativo o tribunal deve escolher a pena não privativa da liberdade, “sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”.

Daí que a determinação da pena deva ajustar-se à função retributiva que esta tem, mas também ajustar-se ao seu fim preventivo especial, segundo o qual a sua escolha deve determinar-se contribuindo para a reinserção social do delinquente e procurando não prejudicar a sua situação social mais que o estritamente necessário. E, por último, deve ter-se em conta outro fim: a prevenção geral. A escolha da pena deve ser adequada para a extinção do efeito negativo que o crime provoca na comunidade. Mais, deve satisfazer o sentimento de justiça dessa mesma sociedade.

Por sua vez, o factor determinante da medida da pena é o conteúdo da culpa⁶⁴.

Os motivos, as metas do arguido e a atitude interna que se reflecte no crime são circunstâncias que formam a vontade deste, agravando ou atenuando. O que importa é determinar o grau de força do motivo do comportamento do arguido e indagar o seu valor ético, assim, como o da atitude interna do arguido.

⁶⁴ Na medida em que se reconhece a autonomia e liberdade humana e, portanto, o homem capaz de culpa e responsabilidade, “a pena não pode ultrapassar a medida da culpa”, como refere Claus Roxin (*in Problemas Fundamentais Do Direito Penal*, Vega, 2ª edição, 1993, a fls. 34).

O nosso código penal aponta também para a personalidade do arguido na determinação da pena. Para tanto, devem também considerar-se as circunstâncias pessoais e económicas do arguido, assim como a necessidade de ressocialização deste ⁶⁵.

Como factores determinantes da pena o art.º 71.º, do CP, aponta ainda a conduta anterior e posterior ao crime.

Da vida anterior do arguido pode ter-se em conta, como circunstâncias atenuantes, o seu comportamento e todas as outras circunstâncias que têm relação com o delito e que são indícios de uma menor culpa do arguido ou de diminuta perigosidade. No mesmo sentido se deve atender a conduta do arguido posterior à comissão do crime.

Conclui-se, pois, que a aplicação da pena não pode fundar-se “em exigências de retribuição ou de expiação da culpa” ⁶⁶, mas em objectivos de prevenção geral e especial ⁶⁷ e de ressocialização do delinquente.

São estes, em traços largos, os critérios e princípios estruturantes da escolha e medida da pena e, tendo-os em consideração, discute-se na doutrina e na jurisprudência se pode o assistente recorrer das decisões condenatórias, pedindo pena diferente, quanto à sua natureza ou moldura.

Com efeito, tendo todas aquelas valorações por base a consciência valorativa da comunidade e não do assistente, questiona-se se este terá “interesse em agir” quanto à medida e escolha da pena.

⁶⁵ Nesse sentido, cfr. H.H. Jescheck, in *Tratado De Derecho Penal*, Bosch Barcelona, 1981, p. 1211.

⁶⁶ Figueiredo Dias (“Sobre O Estudo Actual Da Doutrina Do Crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 1, fasc. 1, Janeiro-Março de 1991, fls. 19) esclarece que “A legitimação da intervenção penal não pode ser vista como advinda de qualquer ordem transcendente e absoluta de valores (...) mas unicamente de critérios funcionais de necessidade (e de consequentemente) utilidade social. Por isso a aplicação da pena não pode mais fundar-se em exigências de retribuição ou de expiação de culpa, mas apenas em propósitos preventivos de estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias na validade da norma violada”.

⁶⁷ Entendemos que, tendo em conta a matéria em estudo, não será adequado discutir-se aqui se a primazia na fundamentação da pena deve ser conferida à prevenção geral ou à especial -- v.g., nesta matéria, Figueiredo Dias, “Sobre O Estado Actual Da Doutrina Do Crime”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* p. 9 a 53, ano I, n.º1, Janeiro/Março de 1991, p. 26 e ss.

1.2. A doutrina e jurisprudência maioritárias

Nos termos do art.º 69.º, n.º 1, al. c), do CPP, o assistente pode recorrer das “decisões que o afectem”, mesmo que MºPº não o tenha feito. Por sua vez, de harmonia com o disposto no art.º 401.º, n.º 1, al. c), do mesmo diploma, tem “legitimidade para recorrer o assistente de decisões contra ele proferidas”.

Germano Marques da Silva, para definir o conceito das expressões “contra si proferidas” e “decisões que os afectam”, afirma que são aquelas decisões que contrariem posições processuais e interesses em concreto assumidos pelo assistente no processo (acusando, requerendo a abertura de instrução, deduzindo pedido civil)⁶⁸. Concluindo este jurista que “o assistente só terá interesse em agir quando o arguido for absolvido ou condenado por crime diverso daquele que foi objecto da sua acusação”⁶⁹.

O STJ, por acórdão uniformizador de jurisprudência n.º 8/99, publicado no DR 1ª série em 10.9.1999, acordou em que:

«O assistente não tem legitimidade para recorrer, desacompanhado do Ministério Público, relativamente à espécie e medida da pena aplicada, salvo quando demonstrar um concreto e próprio interesse em agir».

O acórdão uniformizador, sem confundir o conceito de legitimidade constante do direito processual civil⁷⁰ com o conceito de interesse em agir⁷¹, acaba por entender que o assistente só poderá recorrer desacompanhado do MºPº se tiver um concreto e próprio interesse em agir (por exemplo, resultante de estar em conexão com um

⁶⁸ *Curso de Processo Penal*, Vol. III, Verbo, 4ª edição, 2000, p. 330 e ss.

⁶⁹ *Ob. cit.*, p. 332, do vol.III.

⁷⁰ Sendo o processo civil um processo de partes é inaplicável ao processo penal o conceito de legitimidade.

⁷¹ “Interesse em agir” como significando um interesse em recorrer ao processo e “legitimidade para recorrer em processo penal” como sendo a faculdade, concedida ao titular dos interesses que a norma incriminadora quis proteger, em impugnar a decisão que é desfavorável aos seus interesses.

pedido civil, com a atribuição de um direito ao arrendamento, com a prestação de alimentos, com o direito de visitas, etc.).

Isto é, sempre que o assistente recorre da sentença/acórdão condenatório motivado por posição ou direitos afectados tem interesse em agir. Mas já não o tem quando apenas não concorde com a justiça da decisão.

Quando o assistente recorra apenas motivado por entender que a pena é inadequada a atingir os fins que o Estado pretende, não terá interesse em agir.

Tout court, quando o assistente entenda que a decisão não realizou a justiça, não atingiu os fins das penas e deixou impune o arguido ou, pelo menos, não reparou ou atenuou os efeitos do crime em termos sociais e político-criminais, não poderá recorrer.

Em resumo, a jurisprudência que não admite que o assistente possui “interesse em agir” quanto à escolha e medida da pena tem, essencialmente, os seguintes fundamentos:

- uma vez que as penas têm como limite a culpa e como finalidade a prevenção geral e especial, o interesse é meramente público e inexistente interesse em agir do assistente;
- o *jus puniendi* e o correlativo *jus procedendi* são também de interesse meramente público e prova deste facto é a Constituição ter entregue ao M^oP^o o exercício da acção penal (art.º 219.º, n.º 1, da CRP e artigos 48.º a 50.º, do CPP);
- o assistente é mero colaborador do M^oP^o, com estatuto de subordinação, pelo que não pode ter autonomia no recurso de todas e quaisquer decisões;
- quando à qualificação jurídica, à escolha e à medida da pena não há decisão “contra” o assistente, porquanto apenas se prossegue o interesse público e não o particular.

Como é fácil de ver, o problema da admissibilidade do assistente recorrer remete-nos para questões conexas, entre as quais a posição processual do M^oP^o e a sua relação com este sujeito processual (que abordaremos adiante) e o próprio conceito de ofendido (já abordada).

A matéria suscitou variada jurisprudência em sentidos divergentes⁷².

1.3. A posição defendida

Somos de opinião que ao impedir o assistente de recorrer violam-se os princípios constitucionais relativos à igualdade de armas, do contraditório, da equidade, da lealdade, do acesso ao direito, da intervenção no processo penal e da tutela judicial efectiva, porquanto impede este particular de contribuir com a sua visão dos factos, para a adequada e justa pena, isto é para a realização da justiça. Violando-se, pois, o disposto no artigo 20.º, n.º 1, 4 e 5, e no artigo 32.º, n.º 5 e 7, todos da Lei Fundamental.

Por outro lado, parece-nos importante manter presente que, de harmonia com o disposto no art.º 71.º, do CP, a factualidade que determinou a qualificação jurídica, a escolha e a medida da pena fundamentou-se, na maioria dos casos, na relação entre o arguido e assistente, que é ofendido.

Consequentemente, deve o assistente ter “uma palavra a dizer” nesta matéria.

E se é certo que o MºPº, com a faculdade que lhe confere o art.º 401.º, do CPP, pode recorrer de quaisquer decisões no interesse ou não do arguido, entendemos que não lhe deve apenas a ele caber tal faculdade. Na verdade, também o particular colaborou e interveio ao longo do processo para a boa administração da justiça, não existindo razões para, nesta fase processual, se suspeitar que irá agora apenas defender interesses particulares, e eventualmente mesquinhos, se até àquele momento não o fez.

⁷² A identificação e sumário das decisões do STJ nesta matéria podem ser facilmente obtidos in “Questões Merecedoras De Ponderação Legislativa, Reflexão Dos Juizes Das Secções Criminais Do S.T.J. sobre a Reforma Processual Penal”, cuja consulta estava disponível no site www.verbojuridico.net, em Junho de 2000.

O espírito subjacente à intervenção do assistente no processo é o de permitir que particulares, através do seu empenho, colaborem com o M^oP^o na descoberta da verdade, na prossecução da justiça e na efectivação da responsabilidade penal.

Foi por isso que o CPP concedeu ao assistente, principalmente depois de finda a investigação, amplos poderes de intervenção processual, totalmente autónomos dos do M^oP^o.

O ordenamento processual português não vê o particular como um sujeito que vem para o processo apenas e só defender os seus interesses particulares (eventualmente mesquinhos e egoístas), mas como um participante na realização e obtenção da justiça.

E, para que não se subverta este espírito, impõe-se permitir ao assistente amplos poderes para recorrer da decisão.

Perfilhamos, deste modo, o entendimento de Luís Nunes Almeida, expresso nas suas declarações de voto de vencido, nos acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 24/88, n.º 450/89 e n.º 205/01 ⁷³. Aí o mesmo defende que até num crime público o ofendido pode ser titular de um interesse protegido pela lei incriminadora e que a evolução do entendimento sobre o papel da vítima no processo penal leva à conclusão de que não se pode privar o ofendido do mecanismo processual que lhe permita, de facto, defender que o poder punitivo do Estado não actuou com justiça.

Entendimento este que é também o de Virgílio Oliveira, Juiz Conselheiro no STJ ⁷⁴, que afirma categoricamente que o assistente deve ser visto como “colaborador do Estado” e “participante do interesse público” pelo que ainda está a colaborar com a administração da justiça quando recorre da modalidade e escolha da medida da pena – e não apenas a defender os seus interesses particulares.

Aliás, realça este Juiz Conselheiro que tendo, eventualmente, sido a acusação particular que fixou o objecto do processo (quando foi o

⁷³ A consulta deste último acórdão é possível in www.pgdlisboa.pt, os dois primeiros acórdãos encontram-se ali citados.

⁷⁴ E que se encontra expresso na declaração de voto de vencido no Acórdão Uniformizador n.º 8/99.

seu entendimento jurídico ou factual o aceite na fase de instrução não faria sentido que, na fase de recurso, o assistente fosse impedido de recorrer. E mesmo que o assistente tenha aderido à acusação pública tal não deve significar que na fase de recurso não possa divergir do M^oP^o e lhe esteja vedado recorrer ⁷⁵.

2. O argumento segundo o qual não é admissível o recurso autónomo do assistente porque a acção penal é exercida pelo M^oP^o

2.1. O exercício da acção penal pelo M^oP^o

Antes de se discutir este argumento, no âmbito da discussão sobre o interesse em recorrer do assistente, impõe-se delimitar o concreto estatuto e funções do M^oP^o no processo penal no seu conjunto.

Como um dos princípios estruturantes do processo penal, surge-nos o princípio do acusatório (art.º 32.º, n.º 5, da CRP). Com o mesmo pretende-se garantir que só pode ser julgado por crime quem previamente tenha sido acusado por órgão diferente do julgador. Aliado a este princípio, temos o da vinculação temática, que garante

⁷⁵ Escreve este magistrado o seguinte: "... o assistente está no processo penal por virtude de ofensa ao bem jurídico protegido pelo tipo penal em causa, no qual, aliás, ele é especialmente interessado. Na sua qualidade de assistente, como participante na administração da justiça penal, na determinação dos «pressupostos de que defende a aplicação ao agente de uma pena» com a consequente determinação do conteúdo desta, realiza o ofendido um interesse público tendo por finalidade a busca da solução justa, do direito concreto para o caso (...). Não interessa que o assistente haja deduzido acusação ou que apenas haja aderido à acusação antes formulada pelo Ministério Público ou que o objecto do processo se forme em consequência do seu requerimento para abertura do processo, pois que, em qualquer caso, o assistente assume no processo uma determinada posição em relação à tutela do bem jurídico protegido (...). Não se adapta ao sistema processual penal do instituto da assistência que no julgamento o assistente goze de inteira autonomia dentro do objecto do processo, a par do Ministério Público e, depois, no recurso, sem que se descortine razão para isso, passe à posição de subordinado ao Ministério Público, vedando-se-lhe, nomeadamente, o poder de ver reapreciada, no duplo grau de justiça garantido, a pena imposta..."

que é a acusação a delimitar o objecto do julgamento e que a acusação é controlada judicialmente.

O estatuto próprio do M^oP^o e a sua autonomia, consagrados no art.º 219.º, n.º 2, da CRP, implicam a sua separação da magistratura judicial e, consequentemente, a separação entre, por um lado, quem investiga e acusa e, por outro, quem julga. Aliás, torna claro que cabe ao M^oP^o o dever de promover activa e empenhadamente, acima de quaisquer outros valores, a legalidade democrática, o Estado de direito, a justiça e a equidade (artigos 219.º, n.º 1, da CRP), pautando a sua conduta profissional por princípios rigorosos de objectividade ⁷⁶.

Por isso, se após a acusação pública se apurarem factos que a invalidam total ou parcialmente deve o M^oP^o ter a iniciativa de defender a sua improcedência. A acção penal é exercida de forma impessoal em todos os momentos⁷⁷.

Só assim se assume de pleno como órgão de justiça ⁷⁸ e poderá conduzir a acção penal com isenção, rigor e sem arbitrariedades, garantindo a igualdade de todos perante a lei, procurando a verdade material, propugnando por uma decisão justa.

⁷⁶ Vg. Almeida Santos, "O Ministério Público No Estado De Direito Democrático", in *Revista do M^oP^o*, ano 19, Outubro-Dezembro de 1998, n.º 76, p. 9 a 24.

⁷⁷ No 8º Congresso da ONU, a 7.9.1990, aprovaram-se Os Princípios Orientadores Relativos à Função dos Magistrados do Ministério Público, que nos pontos 13, al. d) e 14, consagram que o M^oP^o tem "em conta os pontos de vista e as preocupações das vítimas quando estas são lesadas no seu interesse pessoal, e asseguram que as vítimas sejam informadas dos seus direitos em conformidade com a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e às Vítimas de Abuso de Poder e que os magistrados não encetam nem continuam investigações criminais ou fazem o possível para as suspender se um inquérito imparcial revelar que a acusação não é fundada" -- disponível in www.gddc.pt.

⁷⁸ No Acórdão n.º 581/2000, de 20.12.2000, publicado no DR II série, de 22.3.2001, o Tribunal Constitucional reconhece que o M^oP^o actua como órgão de justiça. Também é esta a designação usada por Figueiredo Dias, "Os Princípios Estruturantes do Processo E A Revisão De 1998 Do Código De Processo Penal", *RPCC* ano 8, fasc. 2, Abril-Junho de 1998, p. 205, e por Cunha Rodrigues, "Sobre O Princípio Da Igualdade De Armas", *RPCC*, ano 1, 1, Janeiro-Março de 1991, p. 81.

Mesmo nos casos em que o M^oP^o tem alguma margem ⁷⁹ para o princípio da oportunidade ⁸⁰ (arquivamento em caso de dispensa de pena, suspensão provisória dos autos, acusação nos termos do art.^o 16.^o, n.^o 3, do CPP, e em processo sumaríssimo), está o mesmo sempre submetido a critérios de legalidade, objectividade, imparcialidade e igualdade de todos perante a lei.

2.2. A posição defendida

Por tudo o exposto, entendemos que o reconhecimento do assistente como sujeito processual, agindo com autonomia, não tira a natureza pública ao processo penal, uma vez que sempre, mesmo nos crimes particulares, é ao Estado que cabe o exercício da acção penal porque é sempre o M^oP^o quem dirige a investigação.

⁷⁹ À falta de melhor conceito recorremos a este, sendo certo que o M^oP^o não age com base em critérios de "oportunidade" uma vez que está sempre sujeito aos já referidos critérios de legalidade e objectividade e à homologação judicial e/ou concordância do arguido e do assistente. Assim, concordamos com José Damião da Cunha ("A Participação Dos Particulares No Exercício Da Acção Penal, Alguns Aspectos", in *RPCC*, ano 8, fasc.4, Outubro-Dezembro de 1998, p. 600) quando afirma: "...no direito português, não existe nenhum caso de oportunidade no exercício da acção penal, existe, quanto muito, uma forma de discricionariedade (político-criminal), mas ainda enquadrável no princípio da legalidade..."

⁸⁰ Será na mediação penal o local por excelência onde o princípio da oportunidade ganhará relevância. A Recomendação n.^o R (99) 19, do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-membros sobre a mediação em processo penal, adoptada pelo Comité de Ministros, em 15.9.99, durante a 679.^a reunião dos delegados dos Ministros, ditou as directrizes a que devia obedecer a mediação penal. Por sua vez, nos termos da Decisão-Quadro n.^o 201/220/JAI, do Conselho, de 15.3.01, relativa ao estatuto da vítima em processo penal, estabeleceram-se medidas de apoio às vítimas e consagrou-se, no seu art.^o 10.^o, a mediação no âmbito do processo penal. Cfr. nesta matéria: *Introdução da Mediação Vítima-Agresor no Ordenamento Jurídico Português*, colóquio de 29.4.2004, na Faculdade de Direito do Porto, por Chista Pelikan e outros, publicação do Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, D.G. da Adm. Extrajudicial, Almedina, 2005. Também sobre esta matéria "Mediação em Processo Penal", por Flávio Roques e outros, in www.verbojuridico.net, de Abril de 2006, consultado em Janeiro de 2007. O regime jurídico da mediação penal foi estabelecido na Lei 21/07, de 12/6, embora ainda sem ser aplicável a todo o território nacional.

A intervenção dos particulares, delimitada como se encontra no CPP, e mesmo que se aceite um conceito não restritivo de ofendido, não invade o domínio do M^oP^o nem impede que se continue a sustentar a acção penal como função pública (art.º 219.º, da CRP).

Mesmo quando o M^oP^o não acompanha a acusação particular, nos crimes com essa natureza, este órgão de justiça não “desaparece” do processo penal. Mantém-se activo, com a função de garantir a legalidade, a lealdade e uma decisão justa. E mesmo nestes casos, apesar de a acusação pública nos crimes particulares não poder acusar por factos que provoquem uma alteração substancial daqueles, tal não significa nem pressupõe que a actividade do M^oP^o passe a estar subordinada ao assistente. Na verdade, toda a fase de inquérito destes crimes e, portanto, a investigação e as decisões típicas desta fase (constituição como arguido, inquirições e interrogatórios, buscas, apreensões, promoção de medidas de coacção, etc.) foram da responsabilidade do M^oP^o. Por outro lado, nas fases processuais seguintes as funções do M^oP^o são as mesmas que lhe estão atribuídas nos processos cujos objectos sejam crimes de natureza pública e semi-pública. Nomeadamente, também não fica desonerado de sustentar a acusação particular caso verifique, a final, que é esta que protagoniza a justiça para o caso concreto. Assim como não sustentará a acusação pública ou o despacho de pronúncia contra as convicções que resultarem da prova produzida em julgamento.

Por sua vez, quando o assistente requer a abertura da instrução, seja em situações de processos arquivados pelo M^oP^o, seja porque defende uma alteração substancial de factos, está a participar na administração da justiça, a contribuir para a valoração da prova e para o adequado enquadramento jurídico e não a substituir-se àquela magistratura.

Como refere Cecília Santana⁸¹ a abertura de instrução pelo assistente constitui também uma garantia para o arguido de que o julgamento não estará “dissociado das conclusões do inquérito”.

Só assim, aliás, com esta visão da intervenção dos particulares no processo penal, se poderá concluir que o princípio da oficiosidade no exercício da acção penal, não é molestado quando se admite que o assistente possa recorrer desacompanhado do MºPº.

Por isso, concordamos com Cecília Santana⁸² quando afirma que “a estrutura acusatória⁸³ se completa pela justaposição de posições entre o assistente e o M.P”.

Os poderes de intervenção do assistente têm por fundamento uma colaboração real, efectiva, eficaz, activa de um verdadeiro colaborador e participante na obtenção da justiça para o caso concreto. Tais poderes não devem ser vistos como tendo o único objectivo de permitir o controlo jurisdicional da actividade ou inactividade do MºPº.

O assistente não deve ser entendido, *tout court*, como apenas portador de interesses particulares. Ele pode, e o exercício pleno de cidadania assim lho exige, ser portador de ideais de justiça, equidade e lealdade. Ele tem, aliás, a possibilidade de vir a desempenhar o papel de “porta-voz”, de elo de ligação entre o Tribunal/o MºPº/o Estado, por um lado, e a comunidade e os sentimentos de justiça desta, por outro.

Apesar da redacção do art.º 69.º, n.º 1, do CPP, que caracteriza a intervenção do assistente como colaborador subordinado ao MºPº, a verdade é que as excepções que encontramos na lei ordinária a esta

⁸¹ “A Acusação Particular”, p. 221 a 334, in *Jornadas De Direito Processual Penal E Direitos Fundamentais*, coordenação de Fernanda Palma, Almedina, Junho de 2004, concretamente a fls. 315.

⁸² *Ob. cit.* na nota anterior a fls. 314.

⁸³ O processo com estrutura acusatória caracteriza-se por o julgamento ser precedido de acusação, deduzida por outrem que não o julgador e que delimita o objecto do próprio julgamento. Tal garante um julgamento independente e imparcial.

subordinação são várias e, quer jurisprudencial quer doutrinariamente, não lhe é negado o estatuto de sujeito processual⁸⁴.

O que significa que o M^oP^o poderá funcionar como travão para os eventuais perigos da instrumentalização da acção penal aos interesses particulares.

Assim, concluiremos que o equilíbrio é essencial, que uma participação activa e efectiva do assistente no processo penal – também na fase de recurso – não privatizará a justiça, porquanto o M^oP^o mantém o exercício da acção penal.

Só assim os direitos constitucionais do ofendido não serão violados.

Conclusões

O estado civilizacional, a consciência do exercício da cidadania, o nível cultural dos cidadãos e a qualidade da relação que entre si estabelecem não tem comparação com os existentes em 1929, momento em que se consolidou o conceito restrito de “ofendido”.

Se já na época o processo penal não era visto numa relação entre o delinquent e o Estado, agora, os novos estudos sociológicos sobre vítimaologia exigem um triângulo onde se encontrem o Estado, o

⁸⁴ Neste sentido escreve José Pedro Fazenda Martins: “a posição de colaborador do Ministério Público não significa (...) que o assistente não possa ter uma actuação autónoma destinada a fazer valer a sua versão dos factos e a sua perspectiva jurídica e a reagir contra todas as decisões das autoridades que entenda desfavoráveis” – in “O Assistente No Novo CPP”, *Separata Lusitana*, Março, 1991, fls. 136. Assim, concordamos com José Damião da Cunha (“A Participação Dos Particulares No Exercício Da Acção Penal, Alguns Aspectos”, in *RPCC*, ano 8, fasc. 4, Outubro-Dezembro de 1998, p. 638) quando afirma que “O conceito de colaboração e de subordinação não significa obviamente que a intervenção do assistente não possa entrar em directo conflito com as decisões do M^oP^o. O que se pretende dizer é, isso sim, que o interesse que o assistente eventualmente corporize (que tem de ser um interesse particular, autónomo) tem de estar subordinado ao interesse público, pelo que a actuação do assistente, fundada no interesse particular, só assume relevância (processual) na medida em que contribui para uma melhor realização da Administração da Justiça (ou, no caso concreto, um melhor exercício da «acção penal»)”.

delinquente e o ofendido, devendo este ter uma intervenção activa, mas também rigorosa e leal.

O processo penal deve ter hoje um espaço de humanismo completamente distinto e um conceito de intervenção e colaboração do ofendido no exercício do *jus punendi* mais alargado.

Impõe-se interpretar a lei à luz da nova sociedade e não daquela que existia no início do século passado

Como afirmava Laborinho Lúcio, enquanto Ministro da Justiça, no debate parlamentar do dia 29.04.94 ⁸⁵, “É essencial, custe o que sabemos custar, que sejamos capazes de afirmar que a intervenção do *jus puniendi*, do direito punitivo do Estado, não é feita por delegação no Estado de um direito de vingança do cidadão ofendido, mas por referência a um direito mais global de intervenção na regulação social (...) Por isso, é essencial redignificar o estatuto da vítima.”

Como Figueiredo Dias ⁸⁶, defendemos que um processo de estrutura acusatória implica o “reconhecimento” de que existe “uma participação constitutiva na declaração do direito do caso” para a qual, acrescentamos nós, a colaboração do assistente é vital.

Cada vez mais sociólogos, psicólogos, juristas tornam-se conscientes de que a participação/envolvimento do ofendido na administração da justiça penal – noemadamente concedendo-lhe mecanismos processuais que permitam uma efectiva e eficaz participação na condenação do arguido – é vital. Com o ofendido a participar na descoberta da verdade e numa decisão justa, equitativa, proporcional e adequada ao caso concreto evitar-se-á a sua “vítimização secundária” (ameaçadora do seu bem estar físico e psíquico e agora provocada pelo sistema judicial) e contribuirá para a sua recuperação, a sua autonomia e a sua dignidade.

⁸⁵ Na VI Legislatura, 3.ª sessão legislativa, constante do diário de 3.06.94, p. 2727 a 2766, disponível em <http://debates.parlamento.pt>, a fls. 2737, 2.

⁸⁶ In *Direito Processual Penal, Lições do Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias*, coligidas por Maria João Antunes, Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988-1989, p. 60 e 61.

Esta é a nova visão da ciência criminal, a vítimaologia ⁸⁷, que impõe ao CPP novos caminhos e, concretamente, mecanismos mais eficazes de intervenção da vítima ⁸⁸.

Considerar os interesses do ofendido e tutelá-los deve ser uma preocupação do processo penal, porquanto só assim também a comunidade (sempre mais sensível à dor do ofendido que aos direitos de defesa do arguido) sentirá que o Estado atenuou e reparou os efeitos do crime e se sentirá confiante ⁸⁹.

Só se o ofendido se sentir verdadeiro participante no processo e co-responsável na decisão final é que a paz social e a justiça podem ser atingidas.

Na verdade, impõe-se que não exista um sentimento de impunidade perante a prática de ilícitos, sob pena de se alastrarem comportamentos anti-sociais – o que constituiria um obstáculo sério ao exercício de uma cidadania segura, livre e justa.

Ora, o assistente ao ter um papel importante para a decisão final e, em caso de condenação, para a escolha e medida da pena, contribui para a pacificação social e para a reconciliação da sociedade, a qual aceitará que o prejuízo sofrido foi reparado, que foram minoradas as consequências do crime e que foi obtida justiça.

Resumindo, o assistente não pode continuar a ser visto como um factor de perturbação do processo, como aquele que pretende vingança e que conforma o seu comportando processual no ódio, em interesses monetários ou noutros menos nobres, mas sim como sujeito

⁸⁷ V. g., nesta matéria, Cancio Meliá, *Conducta De La Victima E Imputación Objectiva En Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1998.

⁸⁸ Relativamente a esta matéria escrevem Figueiredo Dias e Costa Andrade, in *"Criminologia-O Homem Delinquente E A Sociedade Criminógena"*, Coimbra Editora, 1984, a fls. 393, o seguinte: "É hoje bem conhecido, por exemplo, o desfasamento e distanciação da comunidade em geral – e das vítimas em particular – em relação ao labor das instâncias (...) Como forma de ruptura deste círculo vicioso, advoga-se de vários lados, *inter alia*, a conveniência do reforço do estatuto processual da vítima".

⁸⁹ Concordamos com Costa Pinto quando o mesmo afirma que "um processo penal que ignore as vítimas dos crimes não realiza o objectivo de Justiça penal, no sentido ideal, nem na dimensão material do Estado de Direito, fundado sobre o respeito e a dignidade das pessoas" (in *"O Estatuto Do Lesado No Processo Penal"*, *Estudos Cunha Rodrigues*, Vol. I, p. 687).

processual que pode dar um contributo essencial para a acção penal, trazendo “à luz do dia” todos os factos e meios de prova penalmente relevantes para uma investigação célere e eficaz e, consequentemente, essenciais a uma decisão e medida da pena materialmente justas.

Por isso, há que garantir ao assistente verdadeiros poderes autónomos de intervenção, como verdadeiro sujeito processual que é, com direitos e garantias constitucionalmente consagrados (para si, enquanto ofendido).

E esse estatuto não afecta as funções que estão atribuídas ao M^oP^o nem privatiza a justiça. É que só ao M^oP^o, como órgão de justiça, garante uma investigação com total autonomia, independência, objectividade e imparcialidade.

Só admitindo-se um conceito amplo de “ofendido” e “de interesse em agir” para efeitos de recurso, e uma intervenção alargada no processo penal em igualdade de condições e meios com o M^oP^o e o arguido, essencialmente nas fases judiciais, sem preconceitos sobre as motivações do assistente, é que este sujeito verá reconhecidos no processo penal os direitos e garantias constitucionais.

Queremos deixar devidamente esclarecido que não defendemos, pelo contrário, um processo de partes, de teor dispositivo e fundado na igualdade formal entre a acusação e a defesa (tipicamente norte-americano) ⁹⁰. É que este sistema conduz a uma “justiça desigual”, onde o estatuto económico e/ou social permite um diferente acesso ao direito e aos tribunais, onde os mais desfavorecidos ficam

⁹⁰ Nem se pense que defendemos que o assistente, nos crimes públicos ou mesmo nos crimes semi-públicos deve ter a faculdade de acusar desacompanhado do M^oP^o. Relativamente a tal hipótese somos contra porquanto isso sim transformaria a acção penal numa demanda dos interesses inteiramente pessoais do ofendido. Sem o M^oP^o na direcção da fase de inquérito há sempre o risco de a investigação ser orientada contra ou a favor do arguido. Por outro lado, só o M^oP^o poderá ajuizar com isenção da existência ou não de matéria de facto enquadrável como crime. Portanto, nos crimes de natureza pública ou semi-pública, onde está subjacente o interesse público da comunidade, só ao M^oP^o deverá caber a função de apreciar a prova recolhida no inquérito e decidir se deve ou não acusar. Mas defendemos também que essa decisão, seja de acusar seja de arquivar, deve (como consagra o CPP) ser susceptível de ser judicialmente comprovada, a requerimento, respectivamente, do arguido ou do assistente. De facto, os magistrados do M^oP^o não são omniscientes e as suas decisões (como acontece com as decisões judiciais) devem ser sindicáveis.

totalmente sob o poder de um Ministério Público que está subordinado ao Poder Executivo e a interesses políticos, se necessário escondendo à defesa informações relevantes para a descoberta da verdade de modo a obter a condenação a qualquer custo.

Concluiremos afirmando que a intervenção dos particulares no processo penal é, citando Victor Fairen Guillen, “uma excelente e democrática instituição” ⁹¹.

⁹¹ Victor Fairen Guillen, *Temas del Ordenamiento Procesal*, T. II, Madrid, 1969, p. 1217, *apud* Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, Vol.I, Verbo, 4ª edição, 2000, fls. 330.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRAVO, Jorge - "O Assistente Em Processo Penal, Subsídios Para O Estudo Das Formas De Intervenção Dos Particulares No Processo", *Scientia Iuridica*, Julho-Dezembro de 1996, tomo XLV, n.º 262/264;
- CANOTILHO, Gomes - *Direito Constitucional E Teoria Da Constituição*, Almedina, 1998;
- CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital - *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, edição de 1980, 1984 e de 2007, Coimbra Editora,
- COUTINHO, Francisco Pereira - "A Fase De Instrução E O Princípio Do Contraditório", in *RPCC*, ano 12, n.º 2, Abril-Junho de 2002, a fls. 301 e ss.;
- CUNHA, José Damião - "A Participação Dos Particulares No Exercício Da Acção Penal, Alguns Aspectos", in *RPCC*, ano 8, fasc.4, Outubro-Dezembro de 1998, p. 593-660;
- DIAS, Augusto - "A Tutela Do Ofendido E A Posição Do Assistente No Processo Penal Português", *Jornadas De Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação de Fernanda Palma, Almedina, 2004, p. 55-65;
- DIAS, Figueiredo - *Intervenções na sequência de debates sobre a Revisão Constitucional*, constante de *A Revisão Constitucional, O Processo Penal E Os Tribunais*, Publicação do Sindicato dos Magistrados do MºPº, Livros Horizonte, 1981;
- "Para Uma Reforma Global De Processo Penal Português, Da Sua Necessidade, De Algumas Orientações Fundamentais", in *Para Uma Nova Justiça*, Almedina, Coimbra, 1983,
 - *Direito Processual Penal*, vol. I, Coimbra Editora, reimpressão, 1984;



- “Sobre Os Sujeitos Processuais No Novo Código De Processo Penal”, *Jornadas de Processo Penal*, CEJ, 1988, p. 10 e ss.;
- *Direito Processual Penal, Lições do Prof. Figueiredo Dias*, coligidas por Maria João Antunes, Secção de Textos da FDU de Coimbra, 1988-89;
- “Sobre O Estudo Actual Da Doutrina Do Crime”, *Revista Portuguesa De Ciência Criminal*, ano 1, fasc. 1, Janeiro-Março de 1991, fls. 9;
- “Os Princípios Estruturantes Do Processo E A Revisão De 1993 do Código de Processo Penal”, *Revista Port. de Ciência Criminal*, ano 8, Abril-Junho de 1998, p. 9-53;

DIAS, Figueiredo e COSTA, Andrade – *Criminologia, O Homem Delinquente E A Sociedade Criminógena*, Coimbra Editora, 1984;

GONÇALVES, Maia – *Código Processo Penal Anotado*, 12ª edição, Almedina, 2001;

IESCHECK, H. H. – *Tratado De Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1981;

ISASCA, Frederico – *Alteração Substancial Dos Factos E A Sua Relevância No Processo Penal Português*, 1992, Almedina Coimbra;

LÚCIO, Laborinho – “Discurso de 29.04.94”, enquanto Ministro da Justiça, no Debate Parlamentar da IV Legislatura, 3ª sessão, Diário de 3.06.94, p. 2727-2766, disponível in <http://debatesparlamento.pt>;

MARTINS, José Pedro Fazenda – “O Assistente No Novo Código De Processo Penal”, *Separata Lusíada*, Março de 1991;

MARTINS, Lourenço e SANTOS, Simas – *Uma Reflexão Dos Juízes Conselheiros Do STJ, Sobre A Reforma Do Processo Penal, Questões Merecedoras De Ponderação Legislativa*, s/d, in www.verbojuridico.net, consultado em Janeiro de 2007;

- MATA-MOUROS, Fátima, CORREIA, Joaquim Gomes e LOPES, José Mouraz, "Parecer" do Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais, de Nov. de 2006, disponível in www.asjp.pt.
- MEDEIROS, Carlos - *Tutela (Civil) Dos Interesses Difusos*, Universidade Portucale, Porto, 1999;
- MELIÁ, Caucio - *Conducta De La Victima E Imputación Objectiva En Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1998;
- MIRANDA, Jorge - *Manual De Direito Constitucional*, Direitos Fundamentais, tomo IV, , 3ª edição, Coimbra editora, 2000;
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui - *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, 2005;
- MODERNE, Franck - "La Dignité De La Personne Comme Principe Constitutionnel Dans Les Constitutions Portugaise Et Française ", in *Perspectivas Constitucionais Nos 20 Anos Da Constituição De 1976*, vol. I, organização de Jorge Miranda, p. 197-230, Coimbra editora, 1996;
- MONTE, Mário Ferreira - *Da Protecção Penal Do Consumidor*, Almedina, 1996;
- PELIKAN, Christa e outros - *Introdução Da Mediação Vítima-Agressor No Ordenamento Jurídico Português*, colóquio de 29.4.2004, na F.D. do Porto, Publicações do Ministério da Justiça, Almedina, 2005;
- PIMENTA, José, *Código Processo Penal Anotado*, Reis dos Livros, 1987;
- PINTO, Frederico de Lacerda Costa - "Estatuto Do Lesado No Processo Penal", in *Estudos Cunha Rodrigues*, Vol. I, organização de Figueiredo Dias e outros, Coimbra editora, 2001, p. 687-708;

- PROENÇA, Carlos – *Relatório de Mestrado Em Ciências Jurídico-Comunitárias*, apresentado no Seminário de Direito Comunitário Institucional I, na Faculdade de Direito de Lisboa, 2002, Biblioteca da Faculdade de Direito de Lisboa;
- RODRIGUES, Cunha – “Sobre O Princípio Da Igualdade de Armas”, *Rev. Port. Ciência Criminal*, ano 1, n.º 1, Janeiro-Março, 1991, Editora Notícias, p. 77-103;
- ROQUES, Flávio e outros – “Mediação Em Processo Penal”, in www.verbojuridico.net, Abril de 2006, consultado em Janeiro de 2007;
- ROXIN, Claus – *Problemas Fundamentais De Direito Penal*, Veja, 2ª Edição, 1993;
- SANTANA, Cecília – “A Acusação Particular”, *Jornadas De Direito Processual Penal E Direitos Fundamentais*, coordenação de Fernanda Palma, Almedina, 2004, p. 324 e ss.;
- SANTIAGO, Rodrigo – “Diversas Questões Da Revisão Do CPP, Entre As Quais, A Sua Documentação Da Audiência”, de 15.1.99, in [site www.verbosjuridico.net/doutrina/penal](http://site.verbosjuridico.net/doutrina/penal), consultado a 11.12.06
- “Reflexão Sobre O Processo Penal, A Fase De Instrução, Produção Da Prova E Declarações Do Assistente”, Fevereiro de 2003, no mesmo site e consultado na mesma data;
- SANTOS, Almeida – “O MºPº No Estado Democrático”, in *Revista do MºPº*, ano 19, Outubro-Dezembro de 1998, n.º 76, p. 9-24;
- SANTOS, Beleza – “Partes Particularmente Ofendidas Em Processo Penal”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 57º, de 10.05.1924, n.º 2248, p. 2-4;

SILVA, Germano Marques – *Curso de Processo Penal*, Vol.I a III, Verbo, 4ª edição, 2000;

SOTTOMAYOR, Arménio – “A Voz Da Vítima”, in *Estudos Em Homenagem A Cunha Rodrigues*, organização de Figueiredo Dias e outros, Coimbra Editora, 2001, vol. I, p. 841–850;

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Processo Penal*, tomo I, Almedina, 2004.

LEGISLAÇÃO

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7.12.2000, JO C 364, de 18.12.2000, p. 1-22;

Código de Processo Penal na redacção da Lei 48/07, de 28.9, republicado após a Rectificação n.º 105/07, de 5.11;

Convenção Europeia do Homem, recebida na ordem interna pela Lei n.º 65/78, de 13.10;

Decisão-quadro n.º 201/220/JAI, de 15.03.01, relativa ao estatuto da vítima, JO L 82, de 22.03.01, p. 1-4, *in* <http://eur-lex.europa.eu>;

Decisão n.º 2002/630/JAI, do Conselho, 22.7.02, JO L 203, de 1.8.02, p. 5-8, que estabeleceu o programa quadro de cooperação policial judicial, *in* <http://eur-lex.europa.eu>;

Decisão n.º 803/2004/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21.4.04, que estabeleceu o Programa DAPHANE II, JO L 143, d 30.4.04, p. 1-8, *in* <http://eur-lex.europa.eu>;

Decisão da Comissão, de 19.4.06, n.º 2006/337/CE, que estabeleceu os formulários relativos à indemnização das vítimas da criminalidade, JO L 125, de 12.5.06, p. 25-30, *in* <http://eur-lex.europa.eu>;

Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10.12.48, publicada no Aviso de 9.03.78, no DR. 1ª série;

Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, aprovada pela 96ª Sessão Plenária de 29.10.1985;

DL n.º 28/84, de 20.1, Código das Infracções Antieconómicas e Contra a Saúde Pública, na redacção da Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril;

DL n.º 387-A/87, de 29.12, Tribunal de Júri;

- DL n.º 487/99, de 16.11, Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas;
- DL n.º 36/03, de 5.3, Código de Propriedade Industrial, com as redacções introduzidas pela Lei 16/08, de 1.4, e pelo DL 143/2008, de 25.7;
- DL n.º 8/03, de 24.4, Estatuto da Câmara dos Solicitadores;
- Lei n.º 10/87, de 4.4, Lei de Bases do Ambiente;
- Lei n.º 34/87, de 16.7, Crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos;
- Lei n.º 61/91, de 13.8, Lei da Protecção das Mulheres Vítimas de Violência;
- Lei n.º 83/95, de 31.8, Acção popular;
- Lei n.º 24/96, de 31.7, Lei dos Consumidores;
- Lei n.º 35/98, de 18.7, Estatuto das ONGA;
- Lei n.º 2/99, de 13.1, Lei de Imprensa;
- Lei n.º 93/99, de 14.7, Lei da Protecção de Testemunhas;
- Lei n.º 144/99, de 31.8, Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal;
- Lei n.º 4/01, de 23.2, Lei da Rádio;
- Lei n.º 32/03, de 22.8, Lei da Televisão;
- Lei n.º 34/04, de 29.7, sobre o acesso ao direito;
- Lei n.º 49/04, de 24.8, tipifica do crime de procuradoria ilícita;
- Lei n.º 20/06, de 6.7, sobre a constituição como assistente das associações de imigrantes, anti-racistas, etc;
- Lei n.º 21/07, de 12.6, que estabeleceu o regime da mediação penal.



Princípios Orientadores Relativos à Função dos Magistrados do Ministério Público, adoptados pelo oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Havana, Cuba, de 27.08. a 7.10.1990, *in* www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh;

Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, recebido na ordem interna pela Lei n.º 29/78, de 12.6;

Recomendação n.º R (99), 19, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, sobre mediação em processo penal, de 15.9.99.

PARECER DO CONSELHO CONSULTIVO
DA PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

Parecer n.º 461/1994, de 25.05.95, disponível no *site* www.dgsi.pt/pggrp.nsf.

Jurisprudência

1. Da Comissão Europeia dos Direitos do Homem

- Acórdão no caso “Neumeister”, de 27.7.68,
- Acórdão no caso “Matznetter” de 10.11.69,
- Acórdão no caso V/ Luxemburgo, de 8.7.1985,
- Acórdão no caso “Lamy”, de 30.3.89;
- Acórdão no caso “Delcourt”, de 17.1.70, todos estes acórdãos e respectivos sumários encontram-se citados por Cunha Rodrigues, “Sobre O Princípio Da Igualdade De Armas”, RPCC, ano 1, 1, Janeiro-Março de 1991, pág. 94-95.

2. Do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

- Acórdão de 16.2.2000, caso Fitt c Reino Unido, www.pgr.pt.

3. Do Tribunal Constitucional

- Acórdão n.º 126/84, de 12/12, DR 2ª série, n.º 58, de 11.3.85, pág. 2304
- Acórdão n.º 393/88, DR II série de 14.9.89;
- Acórdão n.º 393/88, DR II série de 21.9.89;
- Acórdão n.º 436/88, DR II série de 21.9.89;
- Acórdão de 27.10.92, n.º 92-253-2, www.dgsi.pt;
- Acórdão n.º 806/93, de 30/11, DR 2ª série, n.º 24, de 29.11.94, pág. 885 e 886
- Acórdão de 12.5.94, n.º 396/94, www.dgsi.pt;
- Acórdão de 27.6.95, n.º 402/95, www.dgsi.pt;
- Acórdão n.º 372/00, www.pgdlisboa.pt;
- Acórdão de 20.12.2000, n.º 581/2000, DR II série de 22.3.01;
- Acórdão de 26.02.02, n.º 76/02, www.pgdlisboa.pt;

- Acórdão de 10.01.06, n.º 660/06, www.pgdlisboa.pt.

4. Acórdãos uniformizadores

- Acórdão do S.T.J., n.º 8/99, DR I série de 2.7.99;
- Acórdão do S.T.J., n.º 1/03, DR I série de 27.2.03;
- Acórdão do S.T.J., n.º 4/93, DR I série de 26.03.93;
- Acórdão do S.T.J., n.º 2/05, DR I série de 31.5.05;
- Acórdão do S.T.J., n.º 8/06, DR I série de 28.11.06.

5. Do STJ e das Relações

- Acórdão do STJ, de 21.12.66, BMJ 162, 235;
- Acórdão da RC de 15.5.70, Jurisprudência da Relação, ano 169, pág. 575;
- Acórdão da RP de 6.2.85, BMJ 344,457;
- Acórdão da RP de 15.5.85, CJ 1985,III,185;
- Acórdão da RC de 19.3.86, CJ 1986, II, 77;
- Acórdão da RC de 19.03.86, CJ 1986, IV,10;
- Acórdão da RL de 6.5.87, CJ 1987, III, 130;
- Acórdão da RL de 15.2.89, CJ 1989, I, 151;
- Acórdão da RL de 25.6.91, proc. n.º 4925, www.dgsi.pt;
- Acórdão da RP de 30.11.94, proc. n.º 9410703, www.dgsi.pt;
- Acórdão da RP de 8.11.95, proc. n.º 9540638, www.dgsi.pt;
- Acórdão da RP de 29.11.95, proc. n.º 9510224, www.dgsi.pt;
- Acórdão da RL de 4.3.97, proc. n.º 8195, www.dgsi.pt;
- Acórdão da RP de 21.3.97, proc. n.º 9710517, www.dgsi.pt;
- Acórdão do S.T.J. de 7.5.97, *in* www.dgsi.pt.
- Acórdão da RL de 25.6.97, proc. n.º 38793, www.dgsi.pt;
- Acórdão do STJ de 23.9.97, CJ do STJ, III, 30;
- Acórdão da RL de 1.10.97, CJ 1997, IV, 147;
- Acórdão do STJ de 20.1.98, CJ do STJ VI, I, 163;
- Acórdão do STJ de 12.6.98, CJ do STJ VI, II, 214;
- Acórdão da RP de 26.10.98, CJ XIII, IV, 223;
- Acórdão da RP de 5.1.99, proc. n.º 9310752, www.dgsi.pt;
- Acórdão da RP de 27.1.99, www.dgsi.pt;
- Acórdão do STJ de 7.5.99, www.dgsi.pt;

- Acórdão do STJ, de 13.10.99, www.dgsi.pt;
- Acórdão da RP de 27.10.99, proc. n.º 9940653, www.dgsi.pt;
- Acórdão da RP de 24.11.99, www.dgsi.pt;
- Acórdão da RL de 8.3.2000, proc. n.º 6663, www.dgsi.pt;
- Acórdão da RL de 13.12.00, proc. n.º 36273, www.dgsi.pt;
- Acórdão da RP de 28.3.01, RPCC, ano 12, n.º2, Abril-Junho de 2002, pág. 301 e ss;
- Acórdão da RP de 13.6.01, proc. 41526, www.dgsi.pt;
- Acórdão da RL de 4.12.01, proc. n.º 85315, www.dgsi.pt;
- Acórdão da RL de 2.10.02, proc. n.º 54353, www.dgsi.pt;
- Acórdão do STJ de 3.10.02, proc. 2519/02, www.verbojuridico.net;
- Acórdão da RL de 24.6.03, proc. n.º 601/2003.5, www.dgsi.pt;
- Acórdão do STJ de 12.7.05, proc. n.º 05P2535, www.dgsi.pt.