

INDÍCE

• <u>INTRODUÇÃO</u>	3
• <u>A - OBSERVAÇÃO DOS CONCEITOS</u>	5
A.1 - O conceito de vítima	5
A.2 - O conceito de ofendido	7
A.3 - O conceito de assistente	11
A.4 – Resumo	13
• <u>B – O REGIME DA ASSISTÊNCIA EM ESPECIAL</u>	15
B.1 – Generalidades	15
• <u>C – OS PODERES PROCESSUAIS DO ASSISTENTE</u>	17
C.1 – Nos crimes públicos e semipúblicos	17
C.2 – Nos crimes particulares – crimes dependentes de acusação particular	22
• <u>D – A TUTELA DO OFENDIDO NO CÓDIGO PROCESSUAL PENAL</u>	25
D.1 – Generalidades	25
D.2 – Será a tese restritiva compatível com a moderna dogmática do bem jurídico?	27
D.3 – Será a tese restritiva aceitável à luz dos actuais estudos vitimológicos?	28
D.4 – Será a tese restritiva compatível com o modelo Processual Penal Português?	29
• <u>E – O CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS</u>	31
E.1 – Generalidades	31

E.2 – Análise jurisprudencial	32
• F – <u>O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA, PREVISTO E PUNIDO PELOS ARTIGOS 391.º DO CPC E 348.º DO CP</u>	36
F.1 – Generalidades	36
F.2 – Análise jurisprudencial	37
• G – <u>CONCLUSÃO</u>	41
• H – <u>BIBLIOGRAFIA</u>	47

INTRODUÇÃO

“Em suma ... tem de constatar-se que ao cabo de quarenta anos de análise vitimológica ... a vítima e o interesse quanto à sua protecção surgem fortalecidos e necessitando de continuar a ser acentuados”.

Kaiser, Kriminologie, 2ª edição, 1988, 52, 24

A temática que nos propomos abordar no presente trabalho, disponibilizado para exame e crítica, versa sobre a vítima no direito processual penal.

O processo penal foi, no século XX, o processo do arguido, nos seus direitos e deveres, enquanto as vítimas eram completamente secundarizadas. Salvo, honrosas excepções no ordenamento jurídico português - através da concessão do estatuto de assistente - a vítima não dispõe ou dispõe minimamente de espaço de actuação no decurso do processo penal, centrado no conflito entre o Estado e o arguido.

Com as sucessivas reformas penais e processuais, o papel da vítima no universo penal tem vindo a ganhar protagonismo. Um processo penal que deixe as vítimas de crimes postas de lado, ignorando-as, não realiza o objectivo de justiça penal, nem no sentido ideal, nem na dimensão material do Estado de Direito, assente sobre o respeito e a dignidade das pessoas. A vítima passou a ser considerada sujeito do processo e destinatária de medidas de protecção.

No processo penal as vítimas surgem em regra como ofendidos. Esta, condição de ofendido permite em alternativa ou cumulativamente, um estatuto processual de assistentes ou uma intervenção mais restritiva, como simples lesados – as pessoas que sofreram os danos civis provocados pelos factos penalmente relevantes.

O epicentro da legitimidade para a constituição de assistente foca-se na figura do ofendido.

O entendimento tradicional é no sentido de consagrar um conceito restrito de ofendido. Significa tal conceito que nem todo o lesado, prejudicado com a prática do crime, é reconhecido como ofendido, mas apenas o titular dos interesses especialmente protegidos com a incriminação, pelo que cabe, unicamente a este, o acesso à condição de assistente. Esta orientação foi defendida durante décadas pela doutrina e jurisprudência, então dominante. A jurisprudência, retirava do conceito restrito de ofendido uma concepção igualmente restrita de bem jurídico, que teve como consequência, a denegação da admissibilidade de assistente nos processos por crimes contra o Estado.

No entanto, ao longo das duas últimas duas décadas tem-se caminhado no sentido de uma maior abertura no acesso ao estatuto de assistente. Para tal trilham dois caminhos: uns através da reelaboração do conceito de bem jurídico, outros, porém, propondo um conceito amplo de ofendido.

Feita a presente introdução, é nossa pretensão apresentar uma exposição, tanto quanto possível rigorosa e exaustiva, da vítima no ordenamento jurídico português, designadamente no ramo processual penal, partindo de uma análise conceitual (Vítima/Ofendido/Assistente), até à explanação da tutela do ofendido no código processual penal.

A - OBSERVAÇÃO DOS CONCEITOS

A.1 - O conceito de vítima

Na definição do vocabulário jurídico a palavra vítima vem do latim *victima*, por regra entende-se toda a pessoa que é sacrificada nos seus interesses, que sofre um dano ou é atingida por um qualquer mal. Na linguagem penal, sem fugir ao sentido comum, designa o sujeito passivo de um crime¹.

Segundo a Decisão-quadro do Conselho de 15 de Março de 2001 relativa ao estatuto da vítima em processo penal, instrumento jurídico vinculativo que resultou de iniciativa portuguesa durante a Presidência Portuguesa da União Europeia no primeiro semestre de 2000, vítimas são:

1.º a) “a pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente um atentado á sua integridade física ou mental, um dano moral, ou uma perda material, directamente causadas por acções ou omissões que infrinjam a legislação penal de um Estado-Membro;”

Atendendo ao artigo supra transcrito, consideramos que o conceito de vítima toma em consideração a existência de um crime, do qual resulta um prejuízo “...que sofreu um dano...”, e da junção destes dois elementos, é elevada a vítima toda a pessoa prejudicada pela prática do crime. Este conceito deveria ser aproveitado para cristalizar um conjunto mais vasto de direitos e, conseqüentemente, introduzir e aplicar de forma inequívoca no Ordenamento Jurídico Português a presente Decisão-quadro. No nosso Ordenamento não é possível esbater os contornos do conceito de vítima do crime desta forma, dada a precisa delimitação que demarca a fronteira do ilícito criminal de outras zonas de realidade social e do direito.

A par de um conceito material de crime é clara a existência de um conceito homólogo de vítima. Uma correcta interpretação do papel da vítima possibilita um direito penal liberto de filosofias retributivas e de imagens estereotipadas. Deve existir uma correspondência entre a necessidade de pena relativamente ao comportamento do autor

¹A palavra vítima é uma palavra usada em sentido criminológico, é mais usada em criminologia (ciência que estuda a causa dos crimes) do que em processo penal, é por isso que no Código Penal não encontramos a palavra vítima.

e a necessidade de protecção da vítima, ou seja, deve vigorar o princípio da subsidiariedade e da dignidade da incriminação penal, só se tipificando condutas quando não existirem outros meios de resolução do conflito.

O conceito de vítima não é um conceito jurídico. É um conceito aberto de origem criminológica que necessita de ser densificado².

Costa Andrade define a vítima como toda a pessoa física ou entidade colectiva directamente atingida, contra a sua vontade, na sua pessoa ou no seu património, pelo facto ilícito³. Na sua monografia, o autor, Costa Andrade defende um conceito restrito de vítima, coincidente com o conceito restrito de ofendido, no qual cabe apenas a pessoa directamente atingida pelo crime. Entendeu que não era congruente identificar a vítima com abstrações como a “ordem jurídica”, “moral” ou “económica” pois nem todo o crime tem uma vítima.

Por sua vez o autor Garcia Pablos fala num processo de despersonalização, anonimato e colectivização da vítima⁴. Em termos comparativos, se a primeira orientação é excessivamente restritiva, pois esquece a vítima num conceito abstracto, denominando-os de vítima abstracta quando inexistente uma vítima primária ou específica mas se verifica a dispersão dos seus efeitos negativos por uma vítima volatizante, já a segunda transforma a vítima num conceito abstracto, que engloba pessoas colectivas num conceito abstracto, a sociedade, e a comunidade internacional, ou seja: vítima acaba por ser todo o titular de um interesse juridicamente protegido afectado pela prática do crime.

Cancio Meliá⁵, defende, nesta linha que o conceito de vítima comporte um elemento pessoal, a referência a pessoas «de carne e osso», englobando, no limite a vítima difusa, isto é, o sujeito imerso nas relações sociais ou o sujeito social.

Com o crescente estabelecimento do monopólio estadual da função jurisdicional, houve a chamada neutralização da vítima, diminuindo a sua importância no conflito.

² O conceito de vítima é um conceito múltívoco, na teoria criminológica.

³ COSTA ANDRADE, *A Vítima e o Problema Criminal*, 1980, pág. 36 segs..

⁴ GARCIA-PABLOS, *Criminologia*, p. 122 e segs..

⁵ Cf. CANCIO MELIÁ, *Conduta de la víctima*, pág. 225 e segs.

Contudo, a passo e passo, a vítima é retirada da sua existência na sombra. A moderna vitimologia veio recomendar uma ampliação da participação processual da vítima como uma forma de melhor conseguir a pacificação social.

A preocupação por um direito Penal o mais humanizado possível não pode deixar de fora a vítima do crime uma vez que, apenas será compreendido e aceite pelos cidadãos, na sua qualidade de potenciais vítimas de crimes, quando o Estado e a sociedade se preocuparem pelo destino das vítimas e cuidarem delas de forma conveniente.

A.2 - O Conceito de Ofendido

Para a definição do conceito de ofendido, a alínea a) do n.º 1 do artigo 68 do CPP reproduz a fórmula tradicional (artigo 4.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 35007 por referência ao artigo 11.º do Código de 1929) e que o n.º 1 do artigo 111º do Código Penal de 1982 também consagra⁶. O legislador considera “ofendido” a parte afectada pelo crime.

O direito de participação do ofendido no processo penal, apesar de já estabelecido em lei ordinária, foi introduzido pela Quarta Revisão Constitucional⁷, nomeadamente, porque podem estar em causa direitos fundamentais, em especial, direitos liberdades e garantias, do ofendido no processo criminal. O artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa no actual n.º 7 visou, desta forma, dar dignidade constitucional ao direito do ofendido a intervir no processo.

O conceito de ofendido, tal como foi defendido por Beleza dos Santos⁸ e que a propósito escrevia *“o que deve entender-se pela expressão partes particularmente ofendidas? Penso que devem assim considerar-se os titulares dos interesses que a lei quis especialmente proteger quando formulou a norma penal. Quando prevê e pune os crimes, o legislador quis defender certos interesses: o interesse da vida no homicídio, o*

⁶ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Sistema e Estrutura do Processo Penal Português*, Volume II, 1997, pág. 167.

⁷ Cf. Artigo 32.º n.º 7 da CRP.

⁸ BELEZA DOS SANTOS, “Partes Particularmente Ofendidas em Processo Criminal”, RLJ, ano 57, pág. 2.

*da integridade corporal nas ofensas corporais, o da posse ou propriedade no furto, no dano ou na usurpação de coisa alheia. Praticada a infracção, ofenderam-se ou puseram-se em perigo estes interesses que especialmente se tiveram em vista na protecção penal, podendo também prejudicar-se secundariamente, acessoriamente, outros interesses. Os titulares dos interesses que a lei penal tem especialmente por fim proteger quando previu e puniu a infracção e que esta ofendeu ou pôs em perigo, são **as partes particularmente ofendidas**⁹, ou **directamente ofendidas** e que, por isso, se podem constituir acusadores”*, corresponde a um conceito de vítima restrito.

Ofendido é unicamente a pessoa que, segundo um critério que se retira do tipo preenchido pela conduta criminosa, detém a titularidade do interesse jurídico-penal violado ou posto em perigo. Ou seja, no sentido da admissibilidade de um conceito que apenas incluía “*as pessoas directamente afectadas pelas incriminação*” – os titulares dos interesses que a norma incriminadora visa proteger directamente ou em primeira linha com exclusão dos lesados pela conduta do agente.

Para Beleza dos Santos não se integram, claramente, no conceito de ofendido os titulares de interesses cuja protecção é puramente mediata ou indirecta, ou vítimas de ataques que põem em causa uma generalidade de interesses e não os próprios e específicos do candidato a assistente.

O Autor apresentou, em sede de fundamentação, argumentos históricos¹⁰ processuais e interpretativos. Defendeu que a tradição histórica do Direito Português não tendia para o alargamento do conceito de ofendido pois, analisando o texto das Ordenações, verificava-se que nos crimes públicos podia acusar-se a parte ofendida e, na sua falta, qualquer pessoa do povo e que nos crimes particulares só podia acusar a parte ofendida. Mais tarde, o artigo 166º do Decreto nº 24 de 16 de Maio de 1832, depois de preceituar que “*os crimes públicos são sempre perseguidos pela justiça, quer haja parte queixosa quer não*”, permitia que nestes crimes querelasse toda e qualquer pessoa e restringia às partes ofendidas o direito de querelar e acusar nos crimes particulares. Por fim, o artigo 12º da

⁹ Negrito nosso.

¹⁰ Cf. Para uma resenha histórica do conceito de ofendido, o Acórdão n.º 254/98, publicado em Diário da República II série, de 6 de Novembro de 1998, assim como, Acórdão n.º 690/98, publicado em Diário da República II série, de 8 de Março de 1999.

reforma de 1837 seguia uma orientação diferente consagrando que nos crimes públicos só era permitido acusar ao Ministério Público e aos ofendidos.

Beleza dos Santos conclui, portanto, que a evolução era restritiva, conferindo poderes processuais não a qualquer ofendido ou queixoso, como se fazia anteriormente, mas só e apenas às partes particularmente ofendidas, ou seja, àquelas que o crime atingiu directamente.

Quanto ao segundo, argumento processual, explicitou que a situação de parte se diferencia da situação de testemunha, excluindo-se reciprocamente o exercício das duas qualidades. Assim, quem pode ser parte, não deve ser admitido a testemunhar. Em termos gerais, entende que, só um interesse directo na causa inibe o interessado de depor como testemunha, precisamente por poder desempenhar o papel de parte acusadora no mesmo processo (conforme previsto nos artigos nº 968.º e 969.º da Reforma de 1837).

O último argumento, a nível de interpretação literal, tem por base a doutrina que considera mais correcta a interpretação do texto da lei, nomeadamente do excerto “*partes particularmente ofendidas*” e assimila que são só estes os titulares do interesse que a lei teve especialmente por fim proteger quando previu e puniu a infracção. Por outras palavras e de acordo com o conceito restrito de ofendido, se este não ocupar a posição central da tutela, uma vez que o tipo incriminador pode tutelar um bem ou um interesse jurídico pessoal, o seu titular não deve ser considerado ofendido.

Desta forma, consagrou-se ou manteve-se consagrado o conceito restrito de ofendido que a doutrina e jurisprudência formularam sem divergências de maior no domínio do CPP de 1929¹¹.

Apesar de possuir uma longa tradição no nosso direito processual penal - o conceito restrito de ofendido – surgiram autores que defendiam um alargamento deste conceito de forma a incluir no conjunto de pessoas com legitimidade para se tornar parte

¹¹ Cf. Na doutrina BELEZA DOS SANTOS “Partes Particularmente Ofendidas em Processo Criminal”, RLJ, ano 57, pág. 2 e segs.; CAVALEIRO FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, p. 129 com significado, na jurisprudência o Acórdão do STJ de 66.1.5, BMJ 153-133.

acusadora, os prejudicados pelo facto criminoso. Apesar de insurgir, esta doutrina sempre foi minoritária, contrária à jurisprudência dominante, à tradição que advinha das Ordenações e da Reforma Judiciária de 1832 bem como ao teor literal dos textos legais vigentes, nomeadamente do artigo 11.º do CPP de 1929 e do artigo 4.º n.º 2 do Decreto-Lei de 13 de Outubro de 1945, pelo que o entendimento não procedeu.

O empenho do legislador pela restrição do conceito de ofendido foi ao ponto de prescrever no artigo 11§ 1 do CPP de 1929, que “*sempre que neste código se empregue a expressão ofendido, entender-se-á que se refere à particularmente ofendida*”. Desta forma, para alargar a noção de ofendido, tornava-se necessária a vigência de um texto legal expreso.

Foi o Decreto-Lei n.º 35007 que procurou obviar aos aspectos mais sensíveis desta desvantagem e que acentuou o carácter público da acção penal, terminando com a existência de partes acusadoras e transformando os particulares em meros sujeitos acessórios que apenas auxiliam, de forma subsidiária, a actuação do Ministério Público, sendo simples assistentes deste.

A hipótese de aceitar um conceito lato de vítima, só se colocava para as pessoas a quem devesse ser dada legitimidade para deduzir um pedido cível de indemnização, em consequência da infracção no processo penal. Assim, lesado seria toda a pessoa que, segundo as normas do direito civil, tivesse sido prejudicada em interesses seus, protegidos pela infracção penal.

O Professor Figueiredo Dias¹², defende, “*um conceito de ofendido estrito ou limitado, que não abrangesse toda a pessoa que, de qualquer maneira e em qualquer grau, fosse afectada nos seus interesses jurídicos por uma infracção, considerando que a adopção de um conceito lato ou extensivo de ofendido, que abrangesse todas as pessoas civilmente lesadas pela infracção penal, sob todas as perspectivas, numa autêntica acção privada*”. Ou seja, em matérias especificamente penais, só o conceito estrito de ofendido tem cabimento e que todas as orientações amplificadoras são passíveis de crítica face ao nosso ordenamento jurídico. No seu entendimento, a aceitação de um conceito lato de ofendido significaria tornar o processo penal em uma autêntica acção privada, única explicação para que, desde 1929, o legislador nunca se tenha deixado

¹² FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Volume I, 1981, pág. 509 a 510.

seduzir pelas tendências doutrinárias amplificadoras e tenha atendido á especificidade do direito processual português.

O Professor Faria Costa¹³, por sua vez, assinala, *que a lei penal não exige que o ofendido seja titular do direito protegido pela incriminação. O n.º 1 do artigo 113.º do Código Penal menciona expressamente o «titular dos interesses» o que significa que pode ser reconhecida legitimidade para o exercício de direitos processuais do ofendido a quem represente simplesmente um interesse, sem ser titular do direito.*”

Desta breve exposição percebemos que, durante décadas, a orientação da doutrina assentava não só na clareza e persistência do mesmo texto legislativo, como no facto de ser a solução coerente com o carácter público do processo penal.

Vem historicamente de longe, na tradição portuguesa, a possibilidade legal de intervenção do ofendido no processo, na veste de sujeito processual de assistente, a quem são assegurados vários direitos, designadamente nos crimes particulares como acusador principal, actividade que se encontra condicionada pela apresentação de queixa e constituição como assistente, nos crimes semipúblicos, condicionando a promoção do processo pelo Ministério Público com a formalização da queixa pelo ofendido¹⁴. Qual é o papel do Assistente no processo penal?

A.3 - O Conceito de Assistente

Como é sabido entre nós, o Assistente é uma figura característica do Direito Processual Penal Português, ou seja, trata-se de um instituto que não encontra grande correspondência no Direito Comparado¹⁵, no sentido de uma intervenção mais coesa da vítima no processo.

¹³ Faria Costa, “Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo II, pág. 30 e segs.

¹⁴ Nos crimes públicos, o MP não se encontra condicionado por qualquer actividade do ofendido, o que significa que a intervenção do assistente passa a ser desnecessária para desencadear ou prosseguir o processo.

¹⁵ Como escreve DAMIÃO DA CUNHA, “algumas reflexões sobre o estatuto do Assistente e seu Representante no Direito Processual Penal Português”, RPCC, Ano 5, 1995, pág. 153. «A figura do assistente corresponde a uma especificidade do processo

O artigo 69.º n.º 1 do Código de Processo Penal, não dá qualquer definição de assistente, indicando apenas, tal como a epígrafe do artigo o demonstra, a sua posição processual e atribuições. O artigo 69.º dispõe que os “ *assistentes têm a posição de colaboradores do Ministério Público, a cuja actividade subordinam a sua intervenção no processo, salvas as excepções da lei*”.

Os assistentes actuam como colaboradores do Ministério Público mas tal como alerta o Professor Figueiredo Dias um colaborador/auxiliar do Ministério Público com poderes de conformação autónomos, que lhe permitem divergir do MP¹⁶. A actividade do MP é, em todo o caso, dominante no que respeita à do assistente e em muitos casos pode até condicionar o destino do processo, sem que o assistente nada possa fazer, não olvidando as excepções em que o assistente pode actuar com autonomia, *verba gratia* nas situações de arquivamento em caso de dispensa de pena (artigo 280.º), na limitação de competência do tribunal ao abrigo do artigo 16.º n.º 3 e nos casos de requerimento para aplicação de pena em processo sumaríssimo (artigo n.º 392.º).

Nos crimes públicos¹⁷ e semipúblicos¹⁸ a posição do assistente é, claramente, a de colaborador do Ministério Público pois os poderes processuais de que dispõe traduzem-se em penal. Pois, não se encontra uma figura análoga no direito comparado e pode dizer-se ainda que significa uma peculiaridade face os cânones tradicionais do processo penal, centrado na tríade “Tribunal/M.P./arguido”».

No código de processo penal de 1929, a intervenção dos particulares (não arguidos) no processo criminal era latamente permitida, sendo-lhes conferidos amplos poderes processuais de participação, como autênticas partes principais, com posição quase paralela à do Ministério Público». Esta situação alterou-se com a entrada em vigor do DL 35.007 de 13-10-1945, onde o exercício da acção penal pertence ao Ministério Público como órgão do Estado. O direito de punir é um direito exclusivo do Estado e por isso os particulares, nos termos que a lei determina **colabora** no exercício da acção penal **com o** Ministério Público.

¹⁶ Cf. Artigos 284.º n.º 1, 287.º n.º 1 al. b), 13.º n.º 2, 69.º n.º 2 al. c), todos do CPP.

¹⁷ Os **crimes públicos**, são aqueles em que o MP promove o processo por sua iniciativa, em que ele tem sempre legitimidade para promover o processo penal.

¹⁸ Os **crimes semipúblicos** são aqueles em que a promoção do processo pelo MP depende de um acto de outrem, nomeadamente, do titular do direito de queixa (Cf.

se em formas de auxílio a este órgão. No que respeita aos crimes particulares¹⁹, a posição de colaborador do assistente relativamente ao Ministério Público não é transparente. O assistente pode condicionar o procedimento criminal, no sentido que, pode limitar o objecto do processo, perdoar ao arguido os crimes pelos quais não deduz acusação e podendo submeter sempre a sua acusação particular independentemente da apreciação pelo Tribunal. Contudo, a acção penal nunca poderá ser exercida autonomamente pelo assistente, pois cabe em exclusivo ao MP.

Em suma, o Assistente é 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, de especiais relações com o ofendido pelo crime ou pela natureza do próprio crime (artigo 68.º/1).”*²⁰

A.4 - Resumindo:

Da análise efectuada percebemos que o conceito criminológico de vítima ultrapassa em muito o conceito de ofendido. A explicação desse facto decorre do conceito de ofendido, ao implicar uma condição para que o particular se possa constituir assistente. Trata-se o ofendido como um mero participante processual que, para assumir a veste de sujeito do processo terá, necessariamente, que se constituir assistente.

A intervenção dos particulares no processo penal é, por muitos, contestada por poder constituir um factor de perturbação. Não é de esperar do particular a objectividade e

Artigo 49.º n.º 1 do CPP e artigo 113.º do CP). A apresentação de queixa funciona como condição de procedibilidade, inserindo-se no campo processual. Sem que o titular deste direito o exerça o Ministério Público carece de legitimidade para a acção. O legislador colocou na disponibilidade do titular do direito a possibilidade de ser ou não instaurado processo contra o infractor.

¹⁹ **Os crimes particulares**, são aqueles em que, para o exercício da acção penal é necessário que se verifique a condição de procedibilidade exercício do direito de queixa pelo seu titular e a constituição de assistente e, depois de recolhidos indícios, a dedução de acusação (Cf. n.º 1 do artigo 50.º e n.º 1 do artigo 285.º ambos do CPP).

²⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal I*, 2010, pág. 355.

imparcialidade que devem informar o processo penal, contudo, tal intervenção é olhada por muitos como uma «relevante democrática instituição». Não esqueçamos que em grande número de casos quem primeiramente sofre o mal do crime são os particulares, daí que uma participação activa lhes permita uma satisfação pela ofensa sofrida.

Através da participação activa no processo, e só através desta, é possível satisfazer o individuo pela ofensa sofrida, pela convicção de efectivação de justiça e de verdade assim como do cumprimento da paz social.

A moderna vitimologia soma vozes no sentido de uma ampliação processual da vítima como uma forma de melhor conseguir a pacificação social. É de facto curioso que a figura do assistente, elevada como uma particularidade avançada do direito processual penal português continue presa a um conceito que tem mais de 70 anos de existência. Um conceito fechado aos novos contributos vitimológicos que apostam numa participação mais e mais activa das vítimas nos processos.

Note-se ainda que, o foco da legitimidade para a constituição de assistente situa-se na figura de ofendido, para o qual a lei fornece a sua definição no artigo 113.º n.º 1 do CP, ao referir considerar-se «como o titular dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação». Noutros termos, o ofendido será o titular do bem jurídico protegido. Tal definição é de resto reforçada pelo artigo 68.º n.º 1 al a) do CPP do qual procede uma segunda restrição ao conceito de ofendido. Ora, perante cada tipo de ilícito será necessário determinar qual é o interesse que a norma quis especialmente proteger e quem é o seu titular, que é, certamente, difícil e limitador do grupo de particulares com legitimidade para se constituírem assistentes.

Em bom rigor, torna-se, diria, impossível a constituição de assistente por parte de um particular em incriminações cujo bem jurídico protegido é público. Apenas podem intervir no processo como partes civis.

B - O REGIME DA ASSISTENCIA EM ESPECIAL

B.1 – Generalidades

Como já frisado anteriormente, a figura do assistente corresponde a uma especificidade do processo penal português²¹. Desde logo, Costa Andrade²² refere que «*O assistente – figura praticamente sem paralelo no plano comparístico, pesem embora esforços recentes, um pouco por todo o lado desenvolvidos no sentido de uma intervenção mais consistente da vítima no processo penal ...*», pelo que, se trata de uma figura peculiar face aos cânones tradicionais do processo penal centrado na tríade Tribunal - Ministério Público – Arguido.

Decorre do artigo 68.º do CPP quem são as pessoas ou entidades com legitimidade para se constituírem assistentes. A alínea a) do nº 1 do artigo supra refere-se aos ofendidos: “*Podem constitui-se assistentes (...) Os ofendidos, considerando-se como tais os titulares dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação desde que maiores de 16 anos*”²³.

A constituição de um ofendido tem que obedecer a um duplo requisito: legitimidade material e a legitimidade processual. A legitimidade material no que tange à necessidade de se afirmar que a pessoa que se constitui assistente, é o “*titular do interesse que a lei quis proteger com a incriminação*” e a legitimidade processual por a constituição como assistente supor a realização de um procedimento formal. Assim

²¹ Tal como escreve GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal 1*, 2010, pág. 354: Vem de longe a tradição portuguesa da intervenção dos particulares no processo penal. Na estrutura actual, encontra a sua fonte no Código Penal de 1852 que determinou que certos crimes só podiam ser perseguidos pelo Ministério Público, havendo participação de determinadas pessoas. O código Penal de 1886, seguindo a mesma esteira do se 1852, deixou a punição de alguns crimes dependentes ora de queixa, ora de requerimento, ora de acusação, ora de denúncia, ora de querela, ora de querela e acusação.

²² Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Consenso e Oportunidade”, Jornadas de Direito Processual Penal (CEJ), Coimbra, Almedina, 1989.

²³ Itálico e sublinhado nosso.

depois de apresentado o requerimento no prazo legalmente indicado, é ainda necessário, para que a legitimidade opere, que o juiz depois de dar ao Ministério Público e ao arguido a possibilidade de se pronunciarem sobre o requerimento, decida por despacho.²⁴

Os assistentes podem intervir em qualquer altura do processo, aceitando-o no estado em que se encontrar, desde que:

- o requeiram ao juiz cinco dias antes do inicio do debate instrutório ou da audiência de julgamento [artigo 68.º nº 3 al. a)];
- ou no prazo para deduzir acusação subsidiária da do Ministério Público ou para requerer a instrução [artigos 284.º e 287.º, nº 1 al. b); artigo 68.º nº 3 al. b)]

A intervenção do assistente no processo é sempre feita através de mandatário judicial, advogado ou advogado estagiário²⁵, logo, não intervém pessoalmente no processo. A necessária representação judiciária dos assistentes permite obstar a muitos inconvenientes da sua intervenção como sujeito processual, além de se assegurar a colaboração técnica no processo. Havendo pluralidade de assistentes, são todos representados por um só advogado nos termos do artigo 70.º nº 1, discordando quanto à escolha, decide o juiz. Ressalva-se o caso de estarem presentes, vários assistentes no processo e os seus interesses serem incompatíveis ou de serem diferentes os crimes imputados ao arguido, por os vários assistentes não o serem relativamente ao mesmo crime.²⁶ Contudo, ainda que o assistente seja ofendido por mais de um crime imputado ao arguido não poderá ser representado por mais de um advogado.

²⁴ V. Artigos 68.º nº 2 e nº 4 do CPP.

²⁵ Cf. Artigo 164.º do EOA.

²⁶ V. artigo 70.º nº 2 do CPP.

C - OS PODERES PROCESSUAIS DO ASSISTENTE

C.1 - Nos crimes públicos e semipúblicos.

O exercício do direito de queixa²⁷ insere-se numa das manifestações processuais do direito constitucional de acesso ao direito e aos tribunais, caracterizado como pressuposto processual, ou seja, como condição de procedibilidade. O mesmo sucede com a constituição de assistente, que é condição de legitimidade para o exercício dos poderes próprios do assistente.

O estatuto jurídico-processual do assistente é estruturado por uma universalidade de direitos e de deveres, cuja estruturação obedece a uma linha orientadora de colaboração subordinada ao Ministério Público.

Não tem o assistente um direito próprio de promoção processual, colaborando apenas com o MP, na sua actividade de promoção processual, nas fases do processo anteriores ao julgamento. Os poderes processuais dos assistentes são análogos aos que competem ao MP, ainda que mais limitados: o assistente pode acusar, pode intervir nos actos processuais, requerer diligências, recorrer das decisões que afectem etc. No entanto, ficam de fora destas considerações os crimes particulares em que é o assistente que assume as decisões processuais.

Nos termos do artigo 69.º n.º 2 do CPP, compete em especial, ao assistente:

- intervir no inquérito e na instrução oferecendo provas e requerendo as diligências que se afigurem necessárias;
- deduzir acusação independentemente da apresentada pelo Ministério Público 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 Ministério Público não o tenha feito;

²⁷ A queixa é a expressão de vontade do titular do respectivo direito, manifestada por requerimento, na forma e prazo previstos na lei para que se proceda criminalmente contra alguém pela prática de um crime.

No que respeita aos crimes públicos e semi-públicos, o assistente dispõe de 10 dias após a notificação da acusação do MP para, também ele, deduzir acusação pela totalidade dos factos acusados pelo MP, por parte deles ou por outros que não importem uma alteração substancial daqueles²⁸²⁹.

O assistente, em crimes desta natureza, só pode deduzir acusação se o MP o tiver feito previamente, ou seja, o assistente não pode acusar se o MP o não tiver feito. No entanto, tendo o MP acusado, o assistente pode limitar-se a aderir à acusação do MP³⁰, ou acusar autonomamente pelos mesmos factos, por parte deles ou por outros que não importem uma alteração substancial daqueles. Se o MP não acusar ou não acusar por todos os factos, o assistente, por sua vez, se entender que o deveria ter feito e estes factos implicarem uma alteração substancial dessa acusação, é-lhe facultado o direito de requerer a abertura da instrução, para comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito total ou parcialmente, nos termos do artigo 286.º n.º 1³¹.

A fase de instrução é uma fase de controlo, daí que, em bom rigor, terminada a fase de inquérito com a acusação ou o despacho de arquivamento e aberta a fase de instrução apenas se pode submeter a decisão do MP a um controlo por parte do Juiz de

²⁸ Segundo o artigo 1.º n.º 1 al. f), alteração substancial dos factos corresponde aquela que tiver por efeito a imputação ao arguido de um crime diverso ou a agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis.

²⁹ Cf. o artigo 284.º n.º 1 e 49.º, ambos do CPP.

³⁰ V. o artigo 284.º n.º 2 al. a).

³¹ Cf. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal 1*, 2010, p. 364, “No domínio da lei anterior, o DL 35 007 de Outubro de 1945, dispunha também que competia ao assistente formular a acusação independentemente da do Ministério público. Esta norma foi objecto de larga querela na doutrina, confrontando-se duas posições: uma que defendia que o assistente só poderia acusar se o Ministério Público também acusasse e outra que entendia que o assistente poderia acusar mesmo se o Ministério Público se abstivesse de acusar. Esta última orientação era a dominante e nos últimos tempos praticamente unânime, mas não foi a que veio a ser consagrada no Código vigente”.

Instrução.³² A fase de instrução é uma fase de controlo judicial da decisão tomada pelo Ministério Público ou pelo assistente no final do inquérito.

A fase de instrução termina com um despacho de pronúncia ou com um despacho de não pronúncia³³. A pronúncia é um despacho judicial, uma decisão pública pelo que, o Ministério Público deve direccionar toda a sua actuação para a verificação dos factos e descoberta da verdade. Ora, deve efectivamente canalizar a sua actuação para, em sede de julgamento, sustentar o despacho de pronúncia, caso tenha comprovado os factos imputados ou manter a sua posição inicial, se considerar que os mesmos não ficam provados.

No tocante à fase da Audiência de Discussão e Julgamento, o papel do assistente assume uma posição de extrema importância, apesar de subordinado ao órgão judiciário, a sua presença não se revela obrigatória e a falta de mandatário não constituir obstáculo à prossecução da diligência. Apesar da secundarização patente, não deixa de ficar demonstrado que os interesses que o assistente corporiza são interesses que supõem uma intervenção activa da sua parte, tendo, portanto, o ónus de demonstrar o seu interesse em agir. Durante a audiência de julgamento o assistente tem direito à prova, podendo requerer a sua produção quando não conste da acusação do Ministério Público. Por fim, usufrui do direito ao contraditório, participando do interrogatório e contra-interrogatório de testemunhas por ele apresentadas ou apresentadas por outros sujeitos.

Os poderes concedidos ao assistente na audiência de julgamento assumem uma dupla função: são poderes concedidos como meios para, dentro dos limites fixados pela acusação do Ministério Público, disponibilizar ao Tribunal elementos probatórios que, em seu entender, se afigurem importantes para a justa decisão do caso concreto e poderes que auxiliem na tarefa de descoberta da verdade segundo um modelo de contraditoriedade.

³² Para a **DOUTORA MARIA JOÃO ANTUNES** a finalidade da Instrução é controlar a decisão do Ministério Público. Isto decorre claramente do artigo 286.º n.º 1 do CPP. **Portanto** a Doutora Maria João Antunes não concorda, com os autores que vêm a instrução como um suplemento autónomo de investigação.

³³ V. o artigo 307.º do CPP.

Por fim, o assistente tem legitimidade para recorrer das decisões que o afectem, conforme disposto nos artigos 69.º n.º 2, al. c) e 401.º n.º , al. b) ambos do CPP. Tem legitimidade para recorrer das decisões contrárias às pretensões sustentadas no processo mesmo que o Ministério o não tenha feito. Para este efeito é irrelevante a natureza do crime em causa.

O recurso é um “*remédio*” que tem por fim corrigir eventuais deficiências de uma decisão e tem por finalidade uma mais perfeita actividade jurisdicional³⁴.

A legitimidade do assistente para recorrer é mais restrita que a do Ministério Público até porque este último pode recorrer de quaisquer decisões, ainda que no exclusivo interesse da defesa, e aquele apenas pode recorrer das decisões contra ele proferidas, tal como o arguido. Sendo o interesse em agir um pressuposto do recurso é de crer que tal limitação é mera consequência ou aplicação do interesse em agir.

Tem sido entendido pela jurisprudência dominante que o assistente, salvo quando demonstrar um concreto e próprio interesse em agir, não tem legitimidade para recorrer relativamente à espécie e medida da pena.

De acordo com o artigo 399.º e 401.º n.º 1 al. b) do CPP veda-se o direito do assistente, que deduziu acusação ou acompanhou a acusação pública, de interpor autonomamente recurso de absolvição, do despacho de não pronuncia ou de condenação em pena cuja espécie ou medida se considera insuficientes (assento do STJ 8/99 de 10-08-1999³⁵).

Na declaração de voto de Luís Nunes de Almeida junta no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 205/2001, cuja doutrina já fez sua no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 464/2003, a constituição garante ao ofendido o direito de exercer aqueles “poderes processuais que se revelam decisivos para a defesa dos seus

³⁴ JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, “Algumas Reflexões sobre o Estatuto do Assistente e do seu Representante no Direito Processual Penal Português”, RPCC n.º 5, 1995.

³⁵ O Assento n.º 8/99, de 2-7-98, DR n.º 185, Série 1-A de 10-08-1999 fixou a seguinte jurisprudência: «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».

interesses”. Esta doutrina justa além de imposta pela Constituição é também imposta pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, por força do artigo 8.º da CRP.

No entender do Tribunal Europeu dos direitos do Homem, o direito do ofendido ao recurso é protegido pelo artigo 6º nº 1³⁶, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem assim como pelo artigo 13.^{o37} do mesmo diploma.

O assistente ao deduzir acusação ou ao acompanhar a acusação pública demonstra o seu interesse pessoal no destino da causa penal, que o habilitam, desde logo, a fazer valer o seu ponto de vista jurídico.

Apesar das dúvidas que pairam em torno desta matéria, Paulo Pinto de Albuquerque³⁸ entende que o assistente tem o direito fundamental de interpor autonomamente recurso da absolvição, do despacho de não pronúncia ou da condenação em pena cuja espécie ou medida ele considera insuficientes, sempre que ele (assistente) deduza acusação ou acompanhe a acusação pública, fundamentado tal entendimento com base no acórdão 464/2003 do Tribunal constitucional.

Sublinha ainda, o mesmo autor³⁹ que, o assistente tem o direito constitucional de interpor autonomamente recurso de decisão que aplique, notifique, substitua ou revogue medida coactiva quando ele (assistente) considere insuficientemente tutelados os

³⁶ Dispõe o artigo 6.º nº 1 da CEDH: “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. (...)”

³⁷ No âmbito do mesmo diploma dispõe o artigo 13.º: “qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que actuem no exercício das suas funções oficiais.

³⁸ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “Os Princípios Estruturantes do Processo Penal Português”, 2009, pág. 432..

³⁹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “Os Princípios Estruturantes do Processo Penal Português”, 2009, pág. 432/3..

perigos de fuga, perturbação do inquérito ou instrução do processo ou de continuação da actividade criminosa.

Estes direitos representam o núcleo essencial do direito constitucional de intervenção do assistente no processo penal, uma vez que, são estes direitos que lhe permitem influenciar o resultado final do processo de modo decisivo.

A negação de tais direitos equivale a uma intervenção ilusória do assistente no processo penal que, conseqüentemente esvazia, o conteúdo mínimo do direito do assistente a ter uma voz activa a intervir/participar nas questões do processo penal que são cruciais e lhe dizem directamente respeito.

Quais as diferenças, no tocante ao assistente, que se destacam no âmbito dos crimes particulares e que elevam os seus poderes processuais no respectivo procedimento? Este tema será o próximo objecto de estudo.

C.2 - Nos crimes particulares - crimes dependentes de acusação particular.

Instituem, os crimes particulares a expressão mais antiga da intervenção dos ofendidos no processo penal português sendo, a dedução de acusação particular a pedra de toque deste procedimento.

Nos crimes particulares é o assistente que decide se a causa vai ou não a julgamento, é por isso que nós dizemos que os crimes particulares constituem uma excepção ao princípio da oficialidade, isto é, o princípio da oficialidade é afastado nos seus dois momentos, ou seja não é o Ministério Público que decide acerca da promoção processual e num 2º momento também não é o Ministério Público que decide acerca da submissão ou não da infracção a julgamento⁴⁰, mas sim o assistente.

Note-se que o facto de neste tipo de crime, o assistente ter uma participação mais autónoma em nada modifica a natureza pública do próprio processo, uma vez que, o

⁴⁰ Nos crimes públicos vale inteiramente o princípio da oficialidade. Nos crimes semi-públicos o MP só pode abrir inquérito depois de haver queixa, por isso não vale o 1º momento do princípio da oficialidade.

Ministério Público tem o poder-dever de investigar autonomamente o facto e a acusação do particular continua sujeita a controlo judicial em sede de instrução.

Resumindo, o processo dependente de acusação particular é um processo público porque visa sempre a realização de um interesse público e a atribuição da faculdade de promoção processual ao assistente tem de ser entendida numa lógica de descentralização de poderes.

Efectivamente, a posição do assistente não é livre, está sujeita à fiscalização do Ministério Público que investiga autonomamente o facto e terminado o inquérito o notifica, para, querendo, deduzir acusação particular. Se o assistente acusar, o Ministério Público pode, também, fazê-lo e contribuir para a realização do direito.

A figura dos crimes particulares assume um carácter estratégico de descriminalização, a denominada descriminalização pelo processo⁴¹. As razões que podem levar à adopção de um crime dependente de queixa e acusação particular são razões ambivalentes e podem ser deduzidas do direito material e do direito processual.

Por vezes os crimes têm natureza pouco grave, por isso, a comunidade não sente a necessidade de reagir imediatamente contra o infractor. Assim, faz-se depender o procedimento da iniciativa particular, se o ofendido considerar que não há necessidade de reagir, a comunidade entende que o assunto não deve ser apreciado num processo penal. No entanto pode acontecer que a existência de um processo penal seja mais prejudicial para a vítima do que a inexistência desse processo, nestes casos, que podem até constituir crimes graves, protege-se a intimidade da vítima e dá-se-lhes a possibilidade de escolher se ao mal do crime, quer juntar o mal do processo (a título de exemplo, os crimes sexuais), por vezes protege-se a intimidade das relações familiares (como no caso de furto entre parentes).

Em suma, com este tipo de crime pretende-se ressalvar os interesses das vítimas em razão da protecção da sua intimidade, em função de especiais razões pessoais entre a vítima e o agente.

⁴¹ Está também presente uma ideia de descriminalização real, através da qual os tribunais acabam por ficar mais aliviados.

A atribuição do direito de queixa ao particular corresponde a um direito de opção pela tutela jurídica que lhe parece mais correcta em face dos interesses em causa pois, a queixa é uma manifestação de vontade do ofendido – o titular do direito de queixa – que tem por fim dar início ao processo por crime público ou semipúblico.

Caso o ofendido se arrependa da opção, resta-lhe apenas a desistência da queixa que pode ser exercida até ao momento da publicação da sentença e sem qualquer motivação. Tendo em conta que, a queixa é um acto de legitimação de um processo contra uma pessoa, só poderá haver desistência da mesma se o arguido não se opuser a tal acto.

D - A TUTELA DO OFENDIDO NO CÓDIGO PROCESSUAL PENAL

D.1 - Generalidades

O foco de legitimidade para a constituição de assistente, localiza-se na figura de ofendido, tal como decorre da alínea a) do n.º 1 do artigo 68.º do CPP⁴². Em conformidade com o artigo 68.º n.º 1 al. a) do CPP, podem constituir-se assistentes em processo penal, além das pessoas a quem leis especiais conferirem esse direito, **os ofendidos, considerando-se como tais os titulares dos interesse(s) que a lei especialmente quis proteger com a incriminação**⁴³, desde que maiores de 16 anos.

Contudo, a doutrina e jurisprudência fazem uma interpretação restrita do conceito de ofendido proveniente do artigo 68.º n.º 1 al. a) do CPP. Assim consideram-se, com base nesta interpretação, que o ofendido é apenas o titular do interesse directo, imediata e predominantemente protegido pela incriminação. Em prol desta tese, são apresentados vários argumentos.

O primeiro argumento prende-se com a tradição legislativa, o CPP de 1929 (artigo 11.º) e o Decreto-Lei n.º 35007 de 13 de Outubro perfilha o conceito restrito de ofendido. A definição do artigo 68.º do CPP que vem a coincidir com o artigo 113.º do CP, que prevê quem é titular do direito de queixa, constitui um legado da tradição jurídica Portuguesa.

O segundo, argumento literal, assenta na expressão “*interesse que a lei especialmente quis proteger*” tal como decorre do al. a) do n.º 1 do artigo 68.º do CPP, que destaca o facto da tese restritiva, além de ser a que melhor se adequa ao texto da lei, ser a que melhor analisa a natureza pública do processo penal e a regra, a ela conforme, de que a titularidade da acção penal cabe ao MP (artigo 219.º n.º 1 da CRP), uma vez que reduz o protagonismo dos particulares enquanto sujeitos processuais.

⁴² V. o artigo 113.º do Código Penal.

⁴³ Sublinhado nosso.

Por último, entendem ainda os seguidores desta tese que esta é compatível com a constituição, dado a lei fundamental⁴⁴ não conter nem impor um conceito de ofendido, concedendo ao legislador uma certa margem de conformação. Destarte, a Constituição ao remeter para a lei ordinária a densificação do direito de intervir no processo, quis deixar, na discricionariedade normativo-constitutiva do legislador a possibilidade de determinação da universalidade de processos em que o ofendido pode intervir.

Assim, estes autores consideram que, se um tipo incriminador tutelar diferentes interesses jurídicos ou bens jurídicos penais e se entre estes tutelar também um interesse ou bem jurídico pessoal que não ocupe o plano central da tutela por este pertencer a um bem jurídico supra-individual, o seu titular não deve ser considerado ofendido e, conseqüentemente, não deve ser admitido o seu requerimento para constituição como assistente.

A jurisprudência partidária do conceito restrito rejeita, por completo, a possibilidade de constituição de Assistente, por exemplo, nos crimes de desobediência, de falsificação de documento, de manipulação de mercado, de violação do segredo de justiça, de prevaricação, de denegação de justiça, entre outros⁴⁵.

⁴⁴ O direito de participação do ofendido no processo penal, apesar de já estabelecido em lei ordinária foi introduzido pela Quarta Revisão constitucional, nomeadamente, porque podem estar em causa direitos fundamentais, em especial direitos liberdades e garantias, do ofendido no processo criminal. O artigo 32.º da Constituição Portuguesa no actual n.º 7 visou, desta forma, dar dignidade constitucional ao direito do ofendido a intervir no processo.

⁴⁵ AUGUSTO SILVA DIAS, “A Tutela do Ofendido e a Posição do Assistente no Processo Penal Português”, Jornadas de direito Processual Penal, 2004, pág. 57.

D.2 - Será a tese restritiva compatível com a moderna dogmática do bem jurídico?

Em consequência dos avanços da sociedade pós-industrial e as ameaças para a existência que daí advêm o conceito de bem jurídico, como elemento necessário à compreensão de Assistente, tem vindo a evoluir.

Em finais do século passado, a par dos bens jurídicos individuais, surgiu uma nova forma de titularidade dos bens jurídicos que exprime, também, uma nova forma de cidadania. São os bens jurídicos supra individuais, que pertencem à sociedade civil, de estrutura circular e titularidade intersubjectiva mas com objecto indivisível. Estes bens jurídicos supra individuais, no plano processual, conduziram ao aparecimento da noção de interesse difuso. Como exemplo paradigmático de bens jurídicos supra individuais encontramos o ambiente e a qualidade e genuinidade de bens de consumo assimiláveis pelo organismo humano. A acção popular penal foi prevista para estes domínios e consagra um novo conceito de ofendido relacionado com a emergência de vítimas difusas e de bens jurídicos pessoais difusos, fenómeno sociológico e normativo produzido pela dinâmica das sociedades modernas vistas como sociedades de massas e como sociedades do risco. Como forma de tutelar tais interesses, atribuem a qualquer pessoa e a certas Associações o direito de queixa e a faculdade de se constituírem assistentes, direitos, que, em regra, somente são conferidos ao ofendido.

Não deixa de ser curioso que, a própria vítima se possa vir a constituir assistente pelo artigo 68.º n.º 1 al. a) do CPP, por se considerar discutível que seja “*titular do interesse que a lei especialmente quis proteger com a incriminação*” e, desta forma, ofendida. Note-se que o conceito restrito de ofendido obriga à distinção entre objecto de tutela mediato e objecto de tutela imediato pelo que não consegue atender à nova realidade do bem jurídico supra individual.

Por outro lado, o conceito restrito de ofendido não se harmoniza com a opção político-criminal do legislador processual de ampliar a área de abrangência do assistente patente no artigo 68.º n.º 1 al. e) do CPP. Tal artigo na sua alínea e) faculta a constituição de assistente a qualquer pessoa nos crimes aí previstos, que tutelam em primeira linha interesses públicos estando o assistente desligado do seu tradicional conceito restrito.

Ora, o artigo 68.º n.º 1 al. e) do CPP consagra a acção popular penal, pela qual o legislador procurou contribuir para uma maior transparência na administração da justiça. Podemos encontrar, em alguns crimes dos crimes previstos no artigo 68.º n.º 1 al. e) do CPP uma vítima determinada, contudo, não conseguimos sustentar a sua constituição como assistente à luz do artigo 68.º n.º 1 al. a) do CPP por o conceito restrito de ofendido não o permitir. Revela-se um contra senso que no crime de peculato, que supõe a verificação de um prejuízo numa empresa privada, se obste a que a própria empresa se constitua assistente, por carecer de legitimidade material e se permita que qualquer pessoa o faça nos termos da alínea e).

É, de facto, claudicante que, caminhando para um crescimento da figura do assistente, apoiada nos objectivos de política criminal de combate mais eficaz à criminalidade e de maior transparência da administração da justiça, se insista na defesa de uma interpretação restritiva do conceito que lhe serve de base. Como se costuma dizer “ dá-se com uma mão e tira-se com a outra”.

D.3 - Será a tese restritiva aceitável à luz dos actuais estudos vitimológicos?

No nosso entender, o conceito restrito de ofendido não está em harmonia com os progressos científicos e a experiência normativa dos dias de hoje que peleja pela ampliação da participação processual da vítima como meio de alcance da pacificação social. Se se aplaude o direito processual português por avançar com a introdução da figura do assistente, não se compreende como é que permanece ligado a um conceito de ofendido que remonta a estudos realizados para o projecto do CPP de 29 e que permaneça cego aos novos conceitos vitimológicos que advertem para a necessidade de o processo penal deixar de ser um local de neutralização da vítima sem, contudo, subverter a sua natureza pública.

Quem primeiramente sente os surtos da criminalidade, são os cidadãos/vítimas e, como consequência da sua queixa, inicia-se o trabalho de inquérito da polícia e entidades judiciárias. O processo depende, também, das denúncias dos particulares, que se tornam interessados no funcionamento dos órgãos policiais e judiciais e que pretendem participar no procedimento até à sua conclusão e consequentemente influenciar o seu trabalho.

A vítima intervém no processo com empenho, dedica-se à prova dos factos que constituem o tipo de ilícito, trazendo os meios de prova que irão auxiliar a actuação do Ministério Público. Deseja chegar à fase em que lhe é possível constituir-se como assistente e acusar, ainda que, quando se trate de crime público, o tenha que fazer de forma dependente da acusação elaborada pelo Ministério Público. Mais, ainda que processo penal possa constituir uma cerimónia degradante, por todo o negativismo implícito, a vítima, para sentir que o seu esforço não é em vão, não se importa de percorrer todo o processo, de cabeça erguida, desde que se sinta vingada pela justiça e restauradora do bem. Através do processo penal a vítima consegue a condenação do delinquent e a respectiva censura da ordem jurídica por este ter violado a norma, em suma, consegue sentir a aplicação da justiça esperada para o caso concreto.

Logo, a consideração de que o crime ofende interesses da comunidade não pode olvidar o facto de que, num grande número de crimes, quem primeiro sofre as consequências negativas são os particulares, e, por isso, a sua participação activa no processo permite a satisfação pela ofensa sofrida, convencendo-os da efectivação da justiça e da importância da sua colaboração no caso.

Desta forma, é essencial, interpretar a lei processual e conformar o processo com mecanismos de promoção dos direitos da vítima minimizando os custos pessoais e materiais.

D.4 - Será a tese restritiva compatível com o modelo processual penal português?

Como é sabido entre nós, a fase de instrução, situada entre a fase de inquérito e a fase de julgamento, não é uma fase obrigatória. Ao seguir-se o conceito restrito de ofendido, caso o MP ponha termo ao processo na fase de inquérito, a ausência de um ofendido imediato impede que possa ter lugar a abertura da instrução, o que significa uma diminuição sensível das possibilidades do controlo desta fase e de intervenção da vítima no processo. Mesmo na fase de inquérito, fase por excelência no apuramento dos factos, há ausência do reconhecimento de um papel mais activo da vítima e onde a colaboração desta pode ser especialmente relevante. Como salienta Figueiredo Dias «para uma autêntica protecção da vítima, mais decisivo ainda que o auxílio “social” em sentido

amplo que lhe possa ser prestado, é conferir-lhe voz autónoma logo ao nível do processo penal, permitindo-lhe uma acção conformadora da decisão final e tornando possível que, sem incómodos e despesas que não possam ser suportadas, a vítima possa obter no próprio processo penal a indemnização das penas e danos sofridos com o crime». ⁴⁶

Durante décadas a orientação da doutrina assentava não só na clareza e persistência do mesmo texto legislativo, como no facto de ser a solução coerente com o carácter público do processo penal. Entendemos assim que, um conceito restrito de ofendido, não é compatível com o sistema processual penal português. E, para o demonstrar de forma mais explícita propomos, de seguida, a análise a dois crimes que se apresentam controversos na determinação da valoração relativa dos bens jurídicos que protegem nomeadamente:

- O crime de falsificação de documentos;
- O crime de desobediência qualificada;

Os crimes supra citadas, que nos propomos analisar de seguida, protegem, em simultâneo, interesses do Estado e interesses particulares. Destarte, tendo em conta o conceito restrito de ofendido disposto no artigo 68.º n1 al. a), defendido pela doutrina tradicional, há que determinar qual o interesse que a lei especialmente quis proteger com a incriminação, pois, só assim, se pode saber se a incriminação permite a existência de um ofendido com legitimidade para se constituir assistente ou se estamos perante um dos tipos de crime sem vítima.

⁴⁶ JORGE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre Sujeitos Processuais no Novo Código de Processo Penal”, 1988, pág. 11.

E - O CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO

E.1 - Generalidades

Artigo 256.º

(Falsificação de Documento)

1. Quem, com **intenção** de causar prejuízo a **outra pessoa** ou ao **estado** ou de **obter para si ou para outra pessoa benefício ilegítimo**:
 - a) Fabricar documento falso, falsificar ou alterar documento ou abusar de outra pessoa para elaborar documento falso;
 - b) Fizer constar falsamente de documento facto juridicamente relevante; ou
 - c) Usar documento a que se referem as alíneas anteriores, fabricado ou falsificado por outra pessoa

É punido com pena de prisão ate 3 anos ou com pena de multa.

2. A tentativa é punível.
3. Se os factos referidos no número anterior disserem respeito a documento autentico ou com igual força, a testamento cerrado, a vale de correio, a letra de câmbio, a cheque ou a outro documento comercial transmissível por endosso ou a qualquer outro título de crédito não compreendido no artigo 267.º, o agente é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos ou com pena de multa de 60 a 600 dias.
4. Se os factos referidos nos números 1 e 3 forem praticados por funcionário no exercício das suas funções, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

O crime de falsificação de documentos encontra-se plasmado no título relativo aos crimes contra a vida em sociedade, sendo, por isso, considerado um tipo de crime a “meio caminho entre os crimes contra os bens colectivos e os crimes patrimoniais⁴⁷. O crime de falsificação de documentos protege o bem jurídico da segurança e credibilidade no tráfico jurídico probatório no que respeita à prova documental. Não é

⁴⁷ HELENA MONIZ, Comentário Conimbricense ao Código Penal”, anotação ao artigo 256.º do Código Penal, Tomo II, 1999, p. 674 e ss..

toda a segurança no tráfico jurídico que se protege mas apenas a relacionada com os documentos, intensificando-se duas funções principais no documento, como a função de perpetuação que todo o documento tem em relação a uma declaração humana e a função de garantia. Na realidade, cada autor do documento tem a garantia de que as suas palavras não serão desvirtuadas e que se apresentarão tal como ele, num certo momento e local, as expôs. Considera-se, portanto, que o crime de falsificação de documento, para além de ser um crime contra a segurança da prova documental, também é um crime de fraude contra a identidade do autor do documento.

E.2 - Análise Jurisprudencial

O Acórdão proferido em 10 de Fevereiro de 2000 pelo Tribunal da Relação de Lisboa decidiu que “(...) quando os interesses imediatamente protegidos pela incriminação sejam, simultaneamente, do Estado e de Particulares, como acontece com o crime de falsificação de documento, previsto e punido na alínea a) do artigo 256.º do CP, a pessoa que tenha sofrido danos, em consequência da sua prática, tem legitimidade para se constituir assistente (...)”⁴⁸. No seguimento desta jurisprudência, ainda que minoritária, o Supremo Tribunal de Justiça em decisão proferida a 27 de Fevereiro de 2003, no acórdão de fixação de jurisprudência nº 1/2003 veio reiterar o mesmo entendimento, dando voz a esta doutrina minoritária que já vinha traçando o seu caminho.

No que respeita às garantias do processo criminal, dispõe a Constituição no seu artigo 32.º nº 7, que o ofendido tem o direito de intervir no processo, nos termos da lei, e confere, por este meio, legitimidade constitucional ao artigo 68.º nº 1 do CPP.

Por sua vez o código de Processo Penal, no seu artigo 48.º dispõe que a legitimidade para promover o processo penal, cabe ao Ministério Público, com as restrições constantes dos artigos 49.º, 50.º e 52.º, ou seja, o procedimento dependente de queixa, o procedimento dependente de acusação particular e os casos de concurso de crimes.

No ordenamento jurídico Português, o exercício da acção penal foi confiado a um órgão do Estado, o Ministério Público, de acordo com a concepção de que o jus puniendi e o

⁴⁸ Acórdão da Relação de Lisboa de 10 de Fevereiro de 2000 in CJ, pág. 154/5.

correlativo jus procedendi são de interesse eminentemente público. Contudo, não se esqueceu que, para uma autêntica protecção da vítima, mais decisivo ainda que o auxílio social que lhe possa ser prestado, é importante conferir-lhe uma acção conformadora do sentido da decisão final do processo penal.

No Decreto-Lei nº 35007 foi criada a figura do assistente, visto agora não como parte acusadora mas como parte acessória. Tal ideia é reforçada, pelo legislador, no preambulo do diploma que “ *o exercício da acção penal pertence ao Ministério Público como órgão do Estado. O direito de punir é um direito exclusivo do Estado e por isso os particulares podem, nos termos que a lei determina, colaborar no exercício da acção penal pelo Ministério Público mas não exercê-la como direito próprio.*⁴⁹” A nossa doutrina não deixa de reconhecer os benefícios decorrentes da intervenção do particular, ainda que relembre o factor perturbador que pode representar a sua intervenção uma vez que não se pode esperar a mesma objectividade e imparcialidade de um ente público desinteressado.

O assistente foi definido como “*o sujeito processual que intervém no processo como colaborador do Ministério Público, na promoção da justa aplicação da lei ao caso e legitimado em virtude da sua qualidade de ofendido ou de especiais relações com o ofendido pelo crime ou da natureza deste (artigo 69.º, nº 1)*⁵⁰”.

No que tange ao artigo 68.º nº 1 al. a) do CPP, cumpre determinar quem são as partes particularmente ofendidas. São ofendidos os titulares do interesses que a lei quis especialmente proteger quando formulou a norma penal. Quando prevê e pune os crimes, o legislador quer defender certos interesses que são violados quando é praticada a infracção.

⁴⁹ JOSÉ ANTÓNIO BARREIRO, *Sistema e Estrutura do Processo Penal Português*, Vol. II, 1997, pág. 158, crítica nos seguintes termos tal qualificação no direito actual: “Não faz sentido hoje designar os assistentes como partes acessórias, fundamentalmente por duas ordens de razões: I) primeiro, pela circunstância de o próprio conceito de parte não se coadunar com a estrutura do sistema processual penal, II) segundo, porque eles são tomados na sistemática do Código Processo Penal como verdadeiros sujeitos principais e não como participantes. (...)”.

⁵⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal I*, Ano 2010, pág. 355.

Ora, os titulares dos interesses que a lei penal tem especialmente por fim proteger, serão apenas as partes particularmente ofendidas ou directamente ofendidas?

O acórdão 1/2003, estabelece que o vocábulo “*especialmente*” usado pela lei significa “*de modo especial, num sentido de particular e de não exclusivo*” de sorte que “*quando os interesses imediatamente protegidos pela incriminação, sejam, simultaneamente, do Estado e de particulares ... a pessoa que tenha sofrido danos em consequência da sua prática tem legitimidade para se constituir assistente*”⁵¹.

Da própria expressão da lei deriva que, não basta uma ofensa indirecta a um determinado interesse para que o seu titular se possa constituir assistente, dado que não se integram no conceito de ofendido da al. a) do nº 1 do artigo 68.º do CPP, os titulares dos interesse cuja a protecção é puramente mediata ou indirecta.

A legitimidade do ofendido deve ser aferida em relação ao crime específico que estiver em causa. Deve aferir-se no Código Penal, à sistemática da sua parte especial, e em particular, interpretar o tipo incriminador em causa em ordem a determinar, caso a caso, se há uma pessoa cujos interesses são protegidos com esta incriminação, não se confundindo essa indagação com a constatação da natureza pública ou não pública do crime. Só caso a caso, perante o tipo incriminador, se poderá afirmar, em última análise, se é admissível a constituição de assistente.

Da análise do tipo legal, deve ter-se presente que a circunstância de aí ser protegido um interesse de ordem pública não afasta, sem mais, a possibilidade de, ao mesmo tempo, ser imediatamente protegido um interesse susceptível de ser corporizado num concreto portador, assim se afirmando a legitimidade material do ofendido para se constituir assistente⁵².

O direito penal tem por encargo proteger bens jurídicos e todos os preceitos penais podem reconduzir-se à protecção de um ou vários bens jurídicos que podem ser lesados cumulativamente ou alternativamente.

⁵¹ No mesmo sentido se tem pronunciado a doutrina e jurisprudência dos nossos tribunais superiores, nomeadamente o Supremo Tribunal de Justiça.

⁵² Tal entendimento foi corroborado pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça proferido em 12 de Julho de 2005, em relação ao crime de falsificação de depoimento.

Passando a uma análise do tipo legal em causa, falsificação de documento, o acórdão 1/2003 tratou, em especial, o crime de falsificação de documento que se insere no título do Código Penal subordinado à epígrafe “*Dos crimes contra a vida em sociedade*”.

O método utilizado pelo tribunal, enquanto processo de averiguação sobre a possibilidade de a vítima/ofendido se constituir assistente no crime de falsificação de documento, assenta em descobrir, através da norma incriminadora, qual o interesse que a lei quis proteger ao tipificar determinado comportamento como crime, pois, só se pode constituir assistente o titular do interesse que constitui objecto jurídico imediato do crime.

O bem jurídico tutelado pelo crime de falsificação de documento gira em torno da fé pública, da segurança, da verdade da prova, da credibilidade do tráfico jurídico probatório, em suma, de um interesse público. No entanto, da natureza do crime, não cremos que seja possível vedar a constituição de assistente pelo particular, uma vez que, um crime de perigo (abstracto ou concreto) pode visar a protecção de interesses particulares. O legislador refere como requisito subjectivo, dolo específico que se traduz na intenção de prejudicar alguém, nomeadamente:

1. de causar prejuízo a outra pessoa;
2. de causar prejuízo ao Estado;
3. De alcançar para si ou para terceiro benefício ilegítimo;

Os interesses particulares, se bem que não exclusivamente, também são objecto imediato de protecção pela norma incriminadora. Nos casos em que o crime de falsificação de documento visou causar prejuízo aos interesses de um particular, não nos parece que seja possível negar legitimidade para este se constituir assistente⁵³.

⁵³ Como reconhece o Tribunal Constitucional no acórdão n.º 76/02, Processo n.º 647/98, crimes há, como o de falsificação, o de denegação de justiça e o de descaminho do objecto colocado sob o poder público, que “visam indirectamente proteger também interesses de particulares”, ou seja, cuja a área de tutela abrange concomitantemente (e não reflexamente) um bem jurídico materializado num portador individual, que por via da adopção de um conceito restrito de ofendido veria injustamente negada a faculdade de se constituir assistente.

F - O CRIME DE DESOBEDIÊNCIA, PREVISTO E PUNIDO PELOS ARTIGOS 391.º DO CPC E 348.º DO CP

F.1 - Generalidades

Artigo 391.º

(Garantia penal da providência)

Incorre na pena do crime de desobediência qualificada todo aquele que infrinja a providência cautelar decretada, sem prejuízo das medidas adequadas à sua execução coerciva.

Artigo 348.º

(Desobediência)

1. Quem faltar à obediência devida a ordem ou mandato legítimos, regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias se:
 - a) Uma disposição legal cominar, no caso, a punição da desobediência simples; ou
 - b) Na ausência de disposição legal, a autoridade ou o funcionário fizerem a correspondente cominação.
2. A pena é de prisão até 2 anos ou de multa até 240 dias nos casos em que uma disposição legal cominar a punição de desobediência qualificada.

Na consideração da ordem sistemática do Código Penal, o crime de desobediência surge no Título V, referente aos crimes contra o Estado, no Capítulo II, nos crimes contra a autoridade pública, na Secção I. Da interpretação do artigo 348.º do Código Penal, a primeira ilação que retiramos é que desobedecer é faltar à obediência devida. Tal artigo incrimina a pura desobediência, a desobediência em si, desligada de quaisquer consequências.

O crime de desobediência, inserido nos crimes contra o Estado, protege a **autonomia intencional do Estado**, visando tutelar a sua autoridade pública, desde que, as ordens emanadas pelas autoridades e seus agentes sejam respeitadas enquanto mandados legítimos. Relembrando o conceito de administração pública, quando utilizado pelo

legislador penal, a administração há-de ser entendida em sentido funcional, ou seja, como o conjunto, historicamente variável, das funções assumidas como próprias pelo Estado com vista ao bom andamento da vida comunitária.

O crime de desobediência, constitui um crime com contornos específicos dentro do tipo geral da desobediência. Em bom rigor, a inserção da previsão no capítulo referente às providências cautelares, a par da relevante epígrafe “garantia penal” indicia o propósito, tal como o texto da norma o demonstra com clareza, de criminalizar a desobediência à providência decretada, como garantia para o requerente da mesma. É certo que, o Estado, está interessado no cumprimento da providência, uma vez que está em causa o seu poder de autoridade ou a sua “autonomia intencional”.

Entendemos, que a lei confere aos requerentes de providências uma específica garantia, uma garantia penal, especialmente dirigida à protecção dos interesses dos particulares.

No que respeita ao bem jurídico a obediência deve integrar a categoria dos crimes de dano⁵⁴.

F.2 - Análise jurisprudencial

O acórdão de fixação de jurisprudência proferido em 17 de Novembro de 2010⁵⁵ pelo Supremo Tribunal de Justiça decidiu que “*em processo por crime de desobediência qualificada decorrente de violação de providência cautelar, previsto e punido pelos artigos 391.º do Código de Processo Civil e 348.º n.º 2 de Código Penal, o requerente da providência tem legitimidade para se constituir assistente*”. Esta decisão surge em virtude de haver dois acórdãos que haviam já decidido sobre a mesma questão em sentidos divergentes, a saber, o acórdão, proferido pelo Tribunal da Relação de Évora, em 26 de Novembro de 2009 e o acórdão proferido pela 1ª Secção Penal do Tribunal da Relação do Évora, em 15 de Janeiro de 2008. Partindo ambos, de um conceito restrito de ofendido, o primeiro acórdão adoptou uma concepção estritamente monolítica e

⁵⁴ Cristina Líbano Monteiro, “Comentário Conimbricense do Código Penal”, anotação ao artigo 348.º, Tomo III, 2001, p. 349 e ss..

⁵⁵ Cf. Ac. do STJ n.º 10/2010 de 17-11-2010 (uniformização de jurisprudência), publicado no Diário da república, 1ª série, N.º 242, de 16 de Dezembro de 2010.

formal de bem jurídico, negando, com este fundamento, a legitimidade do particular para se constituir assistente. Por sua vez, o segundo, defendera a adoção de uma concepção poliédrica de bem jurídico, que lhe permitiu concluir pela admissibilidade da constituição de assistente por parte do particular. De notar que, ambos os acórdãos partiram de um conceito restrito de ofendido, determinando a sua decisão com base na análise do bem jurídico das incriminações patentes.

Mais uma vez, o critério legal, que permite determinar a legitimidade para a constituição de assistente, reside no artigo 68.º n.º 1 al a) do CPP. É ponto assente, que a doutrina e a jurisprudência entendiam que o legislador consagrou um conceito restrito de ofendido, e que, de braço dado com este, a doutrina e a jurisprudência foram adoptando uma concepção de bem jurídico igualmente restritiva e simplificadora.

No entanto, algumas vezes se ergueram no sentido de uma superação da tese anteriormente defendida, com o fundamento de que deve haver uma maior abertura no acesso ao estatuto de assistente. Este entendimento resulta da admissão de um conceito poliédrico do bem jurídico, no qual podem caber, ao lado dos bens jurídicos públicos ou colectivos, os bens jurídicos dos particulares, o que permite a constituição do assistente no processo.

Ora, para uns, tal entendimento fundamenta-se no reajustamento do conceito de bem jurídico, outros, pelo contrário, defendem um conceito amplo de ofendido.

De acordo, com os primeiros, o conceito estrito de ofendido não pode ser questionado. Contudo, partindo, desta base, a questão da legitimidade para a constituição de assistente não fica totalmente solucionada. A legitimidade deve ser determinada em função da análise do bem jurídico protegido pela incriminação, agora entendido já não como “ *mero valor ideal insito da ratio da norma, para passar a ser considerado como abstracto do valor, como valor corporizado num suporte fáctico-real*”⁵⁶

Os segundos, porém, defendem um conceito amplo de ofendido, que, por sua vez, determinará o alargamento da legitimidade para a constituição como assistente, em

⁵⁶ FIGUEIREDO DIAS E ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “A Legitimidade da Sociedade Portuguesa de Autores em Processo Penal”, 1989, pág. 114.

homenagem à revalorização do papel da vítima em processo penal e da emergência de novos bens jurídicos de estrutura diferente dos tradicionais.⁵⁷

Pode objectar-se que uma tal interpretação ampla do conceito de ofendido, esquece a al. e) do n.º 1 do artigo 68.º do CPP, no qual se estende a figura do assistente a incriminações como a prevaricação e a denegação de justiça, que reflectem um conceito amplo de ofendido. No entanto, a al. e) foi criada para possibilitar a constituição de assistente a qualquer pessoa nos crimes estatuídos na norma, logo, nada tem a ver com a problemática da al. a) do artigo 68.º do CPP. O alargamento previsto na al. e) tem como razão de fundo uma maior transparência da administração da justiça e o combate eficaz a certas formas de criminalidade.

O entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, foi porém no sentido de que, a “ (...) a aceitação de um conceito amplo de ofendido poderia envolver consequências desastrosas para o processo pois abriria eventualmente as portas à manipulação ou instrumentalização da figura do assistente, pondo-a ao serviço de outros interesses que não o da colaboração com o MP na prossecução da acção penal.” O Supremo Tribunal de Justiça afasta, desta forma, um conceito amplo de ofendido, por considera-lo em manifesta contradição com a lei penal.

Acrescenta ainda o mesmo acórdão que “A aceitação de um conceito estrito de ofendido não desprezará, porém, os interesses da “vítima”, quando forem efectivamente relevantes, melhor, quando ela for portadora de um interesse protegido pelo tipo legal. Tudo dependerá do entendimento em torno do conceito de bem jurídico”.

Ora, novamente, a jurisprudência indicia que “em especial” não significa exclusivo, mas sim “particular” e que um só tipo legal pode proteger mais do que um bem jurídico, questão a resolver face a face, ao caso concreto e ao recorte do tipo legal. Nos crimes contra o Estado e contra a sociedade surgem, muitas vezes, ao lado do interesse publico ou colectivo, interesses particulares especificamente protegidos pela norma incriminadora, pelo que, o conceito restrito de ofendido não se coaduna com a amplitude de protecção conferida por algumas incriminações.

⁵⁷ AUGUSTO SILVA DIAS, “A Tutela do Ofendido e a Posição do Assistente no Processo Penal Português”, 2004, pág. 57 segs.

Assim, arremata o Supremo Tribunal de Justiça que *“sempre que for identificado um interesse determinado (típico do lesado) no simples ressarcimento do dano sofrido, nem com o interesse geral na mera vigência das normas penais (as chamadas “expectativas comunitárias”) estamos perante um bem jurídico protegido”*.

Analisando mais de perto a norma estatuída no artigo 391.º do CPC, percebemos que tal estatuição pretende, atribuir ao requerente da providência decretada uma garantia reforçada. A coercibilidade penal de uma providência decretada por um órgão soberano, representa o interesse público que está subjacente a esta norma. No entanto, a par deste interesse público existe um interesse próprio, específico, directo e identificável por parte do particular que requereu a providência. Neste sentido se pronúncia o Supremo Tribunal de Justiça dizendo que *“um interesse que não se confunde com o interesse geral e mediato de todos os cidadãos têm na sua vigência efectiva das normas penais, nem com o mero interesse civil do lesado na reparação do dano. A lei confere aos requerentes das providências uma específica garantia, uma garantia penal, especialmente dirigida à protecção dos seus interesses”*.

Em suma, o Supremo Tribunal de Justiça, afastando um conceito monolítico e formal de bem jurídico mas alicerçado num conceito poliédrico de bem jurídico, fixou jurisprudência no sentido de que *“em processo por crime de desobediência qualificada decorrente da violação da providência cautelar, previsto e punido pelos artigos 391.º do Código de Processo Civil e 348.º n.º 2 do Código Penal, o requerente da providência tem legitimidade para se constituir assistente*.

Tal como no crime de falsificação de documento, atrás analisado, estamos, uma vez mais, perante um alargamento da possibilidade de constituição como assistente.

G - CONCLUSÃO

Do exposto, entendemos, portanto, que no domínio da legislação anterior ao Código Penal de 1929, uma corrente defendia um conceito amplo de assistente, ou seja, ofendido seria aquele que se visse prejudicado pelo evento criminoso⁵⁸. Para outros, ao invés, apenas poderia ser parte acusadora a pessoa que tivesse sido particular, directa e imediatamente ofendida⁵⁹. O Código Penal de 1929, adoptou a segunda tese, como resulta do estatuído no seu artigo 11.º que refere “*Podem exercer a acção penal as pessoas particularmente ofendidas considerando-se como os titulares dos interesses que a lei penal especialmente quis proteger com a incriminação*” em paralelo com o nomeado no seu parágrafo 1º onde dispõe “*Sempre que nesse código se empregue a expressão “ofendido” entender-se-á que se refere à pessoa particularmente ofendida com a infracção*”. Na mesma linha de pensamento temos o DL 350007 de 13 de Outubro de 1945, que plasmou a mesma concepção de assistente. No seu artigo 4.º, nº 2 diz que podem intervir como assistentes os ofendidos, sendo tidos como tais “*os titulares dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação*”⁶⁰.

A doutrina maioritária partilhava então do entendimento que, ofendido é somente o titular do interesse que constitui objecto imediato e directo da tutela jurídica da concreta norma incriminadora. Por sua vez a doutrina mais recente, nomeadamente Augusto

⁵⁸ ASSIS TEIXEIRA, *Manual de Processo Penal*, 1905, pág. 100.

⁵⁹ BELEZA DOS SANTOS, “Partes Particularmente Ofendidas em Processo Criminal”, RLJ ano 50, pág. 19 e segs. ; MANUEL CAVALEIRO FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, vol. I, 1981, pág. 136 ; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal I*, Ano 2000, p 224..

⁶⁰ Na reforma do processo penal de 1987, é feita uma clara distinção entre o ofendido e o assistente. O ofendido, não passa de um mero participante processual, nomeadamente na veste de testemunha. Já quando se constitui assistente, transmuda-se em sujeito processual, uma vez que passa a possuir direitos que lhe permitem conformar o processo. V. ARMÉNIO SOTTOMAYOR, “A Voz da Vítima”, RLJ, ano 57, 1924-1925, pág. 844; e JORGE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre Sujeitos Processuais no Novo Código de Processo Penal”, 1988 pág. 9.

Silva Dias⁶¹, entende que *“a tese restritiva do conceito de ofendido, não é hoje aceitável à luz dos estudos vitimológicos, da dogmática do bem jurídico e do modelo processual vigente, estando desfasada dos progressos científicos e da experiência normativa dos dias de hoje.”*

Ora, o legislador consagrou, para efeitos da constituição de assistente nos termos do artigo 68.º n.º 1 al. a), um conceito de ofendido entendido em sentido estrito. Esta orientação foi pacífica na doutrina durante décadas, mas vozes vêm surgindo preconizando uma maior abertura no acesso ao estatuto de assistente. E, é, partindo do conceito restrito de ofendido que tentamos explicar como o acesso ao estatuto de assistente deve ser alargado, se pela reelaboração do conceito de bem jurídico ou se pelo conceito amplo de ofendido.

Há crimes que também visam, indirectamente proteger interesses particulares, pois, a sua área de tutela abrange concomitantemente um bem jurídico materializado num portador individual, que vê injustificadamente negada a faculdade de se constituir assistente e é forçado a prosseguir como parte civil, sem poder exercer qualquer poder de conformação no processo, por lhe ter sido preterida a qualidade de sujeito processual. Seguir tal entendimento frustra, entre outros, o objectivo que levou à criação da fase de instrução. É que vejamos, não sendo a fase de instrução obrigatória no ordenamento jurídico português, e pior, nos casos em que o Ministério Público arquivou o processo, não se protegem os particulares e, mais a mais, diminui as garantias ao impedir a vítima de se constituir assistente por carecer de legitimidade imposta pelo artigo 68.º n.º 1 al. a) do CPP. No fundo, é posto em causa o direito a um processo equitativo, disposto no artigo 20.º da CRP, por se exigir à vítima um pressuposto processual acrescido – a sua qualidade de ofendida nos termos do artigo 68.º n.º 1 al. a) do CPP, tao árdua de adquirir, para que se possa constituir assistente e assim requerer a abertura de instrução.

O conceito restrito de ofendido, impedindo a constituição como assistente de pessoas que são portadoras concretas de bens jurídicos dos tipos incriminadores, além de impedir que a vítima continue a colaborar com a autoridades judiciais na descoberta da verdade material e na realização da justiça, também a priva do exercício de poderes de

⁶¹ AUGUSTO SILVA DIAS, “A Tutela do Ofendido e a Posição do Assistente no Processo Penal Português”, 2004, pág. 57 e segs..

conformação processual que lhe permitem influenciar uma decisão favorável ao seu interesse.

Neste sentido, Figueiredo Dias e Anabela Rodrigues⁶² “*o conceito de ofendido não pode ser deduzido pela distinção entre incriminação que protege um bem jurídico individual ou que protege um bem jurídico supra-individual, mas deve derivar da susceptibilidade de o bem jurídico poder ou não ser corporizado num concreto portador individual*”.

O facto do bem jurídico protegido na incriminação revestir natureza pública tal não exclui a legitimidade de constituição como assistente. Nesta linha de argumentação defendem Teresa Pizarro Beleza e Frederico Lacerda da Costa Pinto⁶³ que, “*o que interessa é saber se o dano no bem jurídico público tem igualmente repercussões numa esfera jurídica individual e se, desta forma, a norma incriminadora visa tutelar, ainda que mediatemente, bens jurídicos pessoais*”.⁶⁴

A vítima pode ainda sentir necessidade de recorrer das decisões que o afectem. Sucede, que, perante um conceito restrito de ofendido tal também não o permite. Note-se, se a vítima não se pode constituir assistente, carece de legitimidade para recorrer, artigos 69.º n.º a al. c) e 401.º al. b) ambos do CPP. A legitimidade para recorrer é um corolário da legitimidade para a constituição de assistente uma vez que este, apenas pode exercer o direito de recurso na estrita medida do seu interesse processual.

A defesa de um conceito restrito de ofendido, assim entendido, limita as possibilidades de a vítima conformar o processo penal, de reagir contra as decisões que se afigurem desfavoráveis. Somente lhe resta a faculdade de recorrer enquanto lesado (se beneficiar desta posição processual) de parte das decisões contra ele proferidas nos termos do artigo 401.º al. c) do CPP.

⁶² FIGUEIREDO DIAS E ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “A Legitimidade da Sociedade Portuguesa de Autores em Processo Penal”, 1989, pág. 115/6.

⁶³ FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO, “O Estatuto do Lesado no Processo Penal”, 2001, pág. 699/700.

⁶⁴ Esta tendência recente tem sido igualmente seguida pela jurisprudência. V. acórdãos do STJ n.º 1/2003, n.º 8/2006, n.º 40/2010.

O actual entendimento, vai no sentido de que, o artigo 68.º n.º 1 al. a) do CPP consagra um conceito de ofendido que não é restrito, no entanto, não se compadece com um conceito de tal forma amplo que englobe todas as pessoas prejudicadas pelo facto criminoso. O artigo 68.º n.º 1 al. a) consagra um conceito de ofendido que toma em consideração a especificidade multifacetada ou poligonal do bem jurídico que serve de base ao tipo violado e à situação em apreço. Tudo dependerá do entendimento em torno do conceito de bem jurídico.

Ao olhar para a norma incriminadora é essencial descortinar quantos interesses a norma incriminadora protege, e, depois, em cada situação concreta, descobrir se a pretensa vítima pode ser titular de um deles. Esta é uma interpretação ampla do conceito de ofendido previsto no artigo 68.º n.º 1 al. a) do CPP. Não é, porém, uma visão excessivamente ampla de forma a englobar todo e qualquer indivíduo que se considere vítima ou lesado pelo facto jurídico⁶⁵, ou seja, pela interpretação da norma incriminadora à luz do seu bem jurídico, logra-se a individualização num concreto portador daquele mesmo bem, com exclusão de todos os restantes lesados pelo facto.

É, no nosso entender, a melhor interpretação do escopo da norma constante do CPP, uma vez, que ao defendermos um conceito amplo de ofendido, estamos a permitir que particulares vítimas de determinados crimes, nomeadamente crimes que protegem, em primeira linha interesses públicos, também se possam constituir assistentes e assim defender o seu plano individual.

Em suma, o conceito legal de ofendido é pois restrito, conclusão inexorável imposta por lei. A aceitação de um conceito amplo de ofendido poderia resultar em consequências desastrosas para o processo, como industrializar o processo. Concluimos que a problemática, assenta não no conceito de ofendido, mas na identificação do bem jurídico protegido pelo crime que estiver em causa. Assim, a abertura para a constituição de assistente deve partir não do alargamento do conceito de ofendido mas do alargamento do bem jurídico, no sentido que quando as incriminações protegem

⁶⁵ FIGUEIREDO DIAS E ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “A Legitimidade da Sociedade Portuguesa de Autores em Processo Penal”, 1989 - consideram que com este entendimento não se abandona o conceito restrito de ofendido consagrado na al. a do n.º 1 do artigo 68.º do CPP.

vários interesses, todos eles se revelam dignos da tutela da lei, ainda que algum deles se mostre mais “fulgurante”.

Esta nova visão, inova e adapta o conceito de ofendido à realidade sociológica da vítima, à realidade normativa da titularidade do bem jurídico da norma incriminadora em análise, pelo que comporta vantagens de política criminal.

Permite ainda, uma aproximação entre o sistema penal e o processo penal, pois, não é abandonada a natureza pública do processo penal e não é descaracterizada a figura do assistente amplificando ou remodelando a figura que existe actualmente às novas exigências da moderna sociedade e da sociedade de risco.

Acresce efectivamente que, a posição do MP e a do assistente se mantêm nos mesmos moldes, ou seja, o assistente continua numa posição de subordinação relativamente ao MP apesar de se reconhecer autonomia própria da defesa do interesse privado. Assim como se mantêm a distinção entre ofendido e lesado, uma vez que o ofendido não se desliga do bem jurídico e continua a ser o seu titular.

Por último, esta nova ampliação do conceito de ofendido, ligada ao conceito de bem jurídico, consagrado no artigo 68.º n.º 1 al. a) do CPP proporciona o correcto balanço entre a necessidade de punir e a necessidade de o fazer de forma justa e ponderada, o que contribui para a realização de um processo penal mais equitativo e pacificador. Tal como escreve Augusto Silva Dias “ *a participação da vítima é um factor de extrema importância para o saudável funcionamento da Administração da Justiça pelo que, nunca deve ser menosprezada e abandonada.*”

Do exposto, percebemos que é essencial pugnar pelos interesses das vítimas, e que a concepção de ofendido classicamente defendida não permite a constituição de assistente, por parte de todas as vítimas que sejam titulares de um interesse que a norma penal protege, coarctando os seus direitos processuais essenciais.

Desta forma não se alcança um processo penal justo e equitativo, decaindo o tão importante princípio da igualdade de armas pois à vítima apenas resta percorrer o caminho de lesado.

Assim é essencial para o Direito Processual Penal Português uma visão ampla do conceito de ofendido previsto na al. a) do nº 1 do artigo 68.º, pelo que é de saudar a jurisprudência que paulatinamente tem feito vingar a moderna concepção do conceito de ofendido.

Progressivamente a vítima foi-se tornando o “problema” do processo penal, pelo que, cada vez mais, se torna a protagonista do processo. A vítima não pode ser considerada um elemento perturbador no processo mas, outrossim, o sujeito principal do mesmo.

H – BIBLIOGRAFIA

1. ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, «Os Princípios Estruturantes do Processo Penal Português – que Futuro?», Simpósio em Homenagem a Jorge Figueiredo Dias, Por Ocasão dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra editora, 2009
2. ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição, Universidade Católica Editora, 2009
3. ANDRADE, MANUEL DA COSTA «A vítima e o problema criminal», Edições Coimbra, 1980
4. ANDRADE, MANUEL DA COSTA «Consenso e Oportunidade» Jornadas de Direito Processual Penal, (CEJ) Coimbra, Almedina, 1989
5. ASSUNÇÃO, MARIA LEONOR, «A Participação central-constitutiva da Vítima no Processo Restaurativo – uma ameaça aos fundamentos do processo penal estadual? Que Futuro para o Direito Processual Penal?», Simpósio em Homenagem a Jorge Figueiredo Dias, Por Ocasão dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra editora, 2009
6. ASSUNÇÃO, MARIA LEONOR, «A vítima e o processo penal» in Actas da conferência Internacional do Processo Penal, ed. Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários, Macau, 2007
7. BARREIROS, JOSÉ ANTÓNIO, *Sistema e Estrutura do Processo Penal Português*, vol. II ed. Lusíada, Lisboa, 1997
8. BELEZA, MARIA COUCEIRO PIZARRO, *Mulheres, Direitos e Crime ou a Perplexidade de Camandra*, Lisboa AAFDL, 1993
9. BELEZA, TERESA, «o crime de maus tratos conjugais», (artigo 153), AAFDL, Lisboa 1984 e com outros desenvolvimentos, *Mulheres, Direito Crime ou a Perplexidade*, AAFDL, Lisboa, 1990
10. BRAVO, REIS, «O Assistente em Processo Penal, subsídios para o Estudo das formas de intervenção dos particulares no processo» in *Scientia Jurídica*, tomo XLV (1996) nº 262 – 264
11. CANOTILHO, GOMES, *A Teoria da Constituição*, Direito Constitucional, 5ª edição, Almedina Coimbra

12. COSTA, JOSÉ FARIA DA, “Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo II, Coimbra, 1999
13. CUNHA, JOSÉ DAMIÃO DA, «A Participação dos Particulares no Exercício da Acção Penal», in RPCC ano VIII (1998), número 4
14. CUNHA, JOSÉ DAMIÃO DA, «Algumas Reflexões sobre o Estatuto do Assistente e seu Representante no Direito Processual Penal Português», ano V RPCC, número 2
15. CUNHA, MARIA DA CONCEIÇÃO FONSECA FERREIRA DA, *Vida Contra Vida, Conflitos Existenciais e Limites do Direito Penal*, sob orientação (de) Jorge de Figueiredo Dias (lisboa) Universidade Católica Portuguesa 2007
16. DIAS, AUGUSTO SILVA, «A Tutela do Ofendido e a Posição do Assistente no Processo Penal Português», Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Almedina, 2004
17. DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO e RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, «A Legitimidade da Sociedade Portuguesa de autores em Processo Penal», in Temas de direito de autor, III, 1989
18. DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, «Sobre Sujeitos Processuais no Novo código de Processo Penal» in Cej (org) Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal, Almedina, Coimbra, 1988
19. DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Processual Penal*, 1º vol., reimpressão (1ª edição 1974) Coimbra Editora 1981
20. EIRAS, HENRIQUES, *Processo Penal elementar*, com col. De Guilhermina Fortes, 8ª ed, 2010
21. FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO DE, *Curso de Processo Penal*, 3º vol., Lisboa, 1955
22. FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO DE, *Curso de Processo Penal*, vol.1, Lisboa, 1981
23. GONÇALVES, MAIA, *Código de Processo Penal Português: Anotado e Comentado*, anotação artigo 68.º/1, Edições Almedina, 2002
24. GRANDE, IRENE SAGEL, «A Vítima de crimes e a “trias iuridica», Infância e juventude, revista instituto de reinserção social
25. MELIÁ , MANUEL CANCIO, *Conducta de la Víctima e Imputacion Objectiva en Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998

26. MESQUITA, PAULO DÁ, *O Estatuto do Assistente*, As Associações e a Acção Penal Popular no Dto Processual Penal Português, Coimbra, 2010
27. MESQUITA, PAULO DÁ, *Processo Penal, prova e sistema judiciário*, 2010
28. MOLINA, ANTÓNIO PABLOS-GARCIA DE, *Criminologia*, colecção ciências criminais, Vol. 5, 6ª edição
29. MONIZ, HELENA, «Comentário Conimbricense do Código Penal» anotação ao artigo 256.º do Código Penal, Tomo II, Coimbra Editora, 1999
30. MONTEIRO, CRISTINA LÍBANO, «Comentário Conimbricense do Código Penal», Tomo III, anotação ao artigo 348.º, Coimbra Editora, 2001
31. MUNOZ CONDE, *Ciminologia y al Derecho Penal*
32. MUNOZ CONDE, *Introducción a la Criminologia*, Edições Tirant lo Blanch; Valencia; 2001
33. NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA, *Sumários de Processo Criminal*, fascículos policopiados, Coimbra 1968
34. OSÓRIO, LUÍS, *Comentário ao Código de Processo Penal Português*, Vol. 1 Coimbra editora, 1932
35. PALMA, MARIA FERNANDA, «O Problema Penal do Processo Penal», *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, publicações 2004
36. PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA, «O estatuto do Lesado no Processo Penal», in *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. 1, Coimbra Editora, 2001
37. ROBALO, ANTÓNIO DOMINGOS PIRES, *Noções Elementares da Tramitação do Processo Penal*, 4ª edição, Almedina, julho 2000
38. RODRIGUES, ANABELA - *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, Vol. , DATA, anotação ao artigo 279.º
39. SANI, ANA ISABEL, «Temas em Vitimologia, Realidades Emergentes na Vitimização e Respostas Sociais», Almedina, 2011
40. SANTOS, BELEZA DOS, «Partes Particularmente Ofendidas em processo criminal», in RLJ, ano 57, (1924-25)
41. SANTOS, JOSÉ BELEZA DOS, *Ensaio sobre a introdução ao direito criminal*, Atlântida Editora, Coimbra
42. SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Curso de Processo Penal 1*, Noções Gerais, elementos do Processo Penal, 5ª edição, Verbo

43. SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Curso de Processo Penal 1*, Noções Gerais, elementos do Processo Penal, 6ª edição, Verbo
44. SOTTOMAYOR, ARMÉNIO, «A Voz da Vítima», in RLJ, ano 57 – 1924-1925, Coimbra Editora
45. SOUSA, TEIXEIRA DE, *A Legitimidade Popular na Tutela de Interesses Difusos*, Edições Lex, Lisboa, 2003
46. TEIXEIRA, ASSIS, *Manual de Processo Penal*, Coimbra, 1905

Jurisprudência:

47. Ac. do Tribunal da Relação de Évora proferido em 15 de Janeiro de 2008, processo n.º 2345/07-1
48. Acórdão n.º 254/98, publicado em Diário da República II série, de 6 de Novembro de 1998
49. Acórdão n.º 690/98, publicado em Diário da República II série, de 8 de Março de 1999
50. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º76/02, Processo n.º647/98, Terceira Secção, Relator Conselheiro Sousa e Brito
51. Acórdão do STJ de 66.1.5, BMJ 153-133
52. Assento n.º8/99, de 2-07-1998, publicado em Diário da República n.º185, série 1-A de 10-08-1999
53. Ac. do STJ n.º 1/2003 de 16-01-2003 (uniformização de jurisprudência), publicado no Diário da República, n.º 49, série 1-A, de 23 de Abril de 2003
54. Ac. do Tribunal da Relação de Évora proferido em 26-11-2009, processo n.º 867/08
55. Ac. do STJ n.º 10/2010 de 17-11-2010 (uniformização de jurisprudência), publicado no Diário da República, n.º 242, 1ª série, de 16 de Dezembro de 2010
56. Acórdão da Relação de Lisboa, 10 Fevereiro de 2000 in Coletânea de Jurisprudência ano XXV (2000), tomo I

Legislação:

57. Código de Processo Civil
58. Código de Processo Penal
59. Código Penal
60. Constituição da República Portuguesa
61. Convenção Europeia dos Direitos do Homem
62. Decisão-quadro do Conselho de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal