

O PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE NO DIREITO PROCESSUAL PENAL
A intervenção do Estado e as consequências práticas no estatuto do particular



Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º ciclo de estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) na Área das Ciências Jurídico Forenses

Autora: CLÁUDIA SOFIA DOS SANTOS MARQUES

Orientadora: Mestre Ana Pais

COIMBRA, 2014

*Aos meus pais,
por serem o alicerce daquilo que sou e daquilo que faço.*

Índice

SIGLAS E ABREVIATURAS	4
INTRODUÇÃO	5
<u>1. O PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE NO DIREITO PROCESSUAL PENAL PORTUGUÊS</u>	<u>7</u>
1.1. AS EXCEÇÕES E LIMITAÇÕES AO PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE	9
<u>2. A ATUAÇÃO DOS PARTICULARES NO PROCESSO PENAL: O LESADO, O OFENDIDO, A VÍTIMA E O ASSISTENTE.</u>	<u>14</u>
2.1. O LESADO	15
2.2. O OFENDIDO	16
2.3. A VÍTIMA	20
2.4. O ASSISTENTE	21
2.4.1. NO INQUÉRITO:	24
2.4.2. NA INSTRUÇÃO:	25
2.4.3. NO JULGAMENTO:	28
2.4.4. DESISTÊNCIA DA QUEIXA OU DA ACUSAÇÃO PARTICULAR:	29
2.4.5. NO RECURSO:	31
2.4.5.1. RECURSO DA ESPÉCIE E/OU DA MEDIDA DA PENA “das decisões contra ele proferidas”	32 33
“O interesse em agir”	34
Jurisprudência uniformizadora_ Assento nº 8/99	36
2.4.5.2. RECURSO DAS MEDIDAS DE COAÇÃO	43
CONCLUSÃO	46
BIBLIOGRAFIA	49
JURISPRUDÊNCIA	52

SIGLAS E ABREVIATURAS

Sigla/Abreviatura	Significado
TC	Tribunal Constitucional
CPP	Código de Processo Penal
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
MP	Ministério Público
Ac./Acs.	Acórdão/Acórdãos
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
CEJ	Centro de estudos judiciários
Cfr.	Conferir
Al./Als.	Alínea/Alíneas
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
DR	Diário da República
Vol.	volume
Nº/nºs	Número/números
Pág./págs.	Página/páginas

INTRODUÇÃO

O sistema processual português está formulado de modo a permitir à vítima a mínima participação possível e a assegurar a solução do litígio por um terceiro, o Tribunal. A partir do momento em que o MP toma notícia do crime este deixa de ser um assunto particular, entre vítima e agressor, para ser um assunto público, um assunto do nosso Estado que surge para assegurar que a Justiça seja feita e paz reestabelecida. E isto, como veremos, é ainda mais visível nos crimes públicos. É nesta ordem de ideias que me ocorre NILS CHRISTIE¹: “a vítima perdeu o caso para o Estado”. E é neste espírito que desenvolvo esta dissertação.

O fenómeno, digamos assim, de que falei no parágrafo precedente, esta perda do conflito para o Estado, tem por base um princípio, é ele o princípio da oficialidade. A presente dissertação pretende ser uma reflexão sobre este princípio e sobre as consequências práticas que tem surtido no Direito Processual Penal, sempre na perspectiva da vítima do crime, por ser o sujeito que “perde” o domínio sobre o conflito e sua resolução.

Na verdade, o que me ocupa e motivou é a proteção da vítima do crime. Preocupa-me saber se os seus direitos e interesses estão eficazmente tutelados no sistema Penal e em que medida a sua intervenção é possível no contexto processual. Por isso vos proponho uma longa viagem pela nossa lei.

Pretendo, em primeiro lugar, oferecer uma perspectiva dos poderes processuais da vítima do crime, de forma a levantar os problemas que na prática vão surgindo e que, podemos dizê-lo desde já, apontam para o papel secundário que lhe é atribuído. Se, por um lado, a vontade da vítima é, em regra, irrelevante para a promoção do processo penal, à luz do princípio da oficialidade, por outro lado, a sua vontade é também ignorada pelo sistema penal no que respeita à reação ao crime, tanto por se ignorar a reparação dos danos aquando do cômputo da pena como por limitar o recurso interposto pelo assistente. Mas outros problemas serão aqui dissecados, como por exemplo a irrelevância da desistência da queixa

¹ CHRISTIE, Nils, “Conflicts as property”, THE BRITISH JOURNAL OF CRIMINOLOGY
Vol. 17 January 1977 No. 1

pelo assistente e a sustentação da acusação por parte do MP quando este profere despacho de indeferimento após inquérito.

Evidentemente que, depois de tantos avanços no Direito Processual Penal Português, precisamente no sentido de proteção à vítima, esta goza de múltiplos mecanismos de atuação ao longo de todo o processo. No entanto, é sempre uma atuação secundária dentro dos limites impostos pela lei, porque as personagens principais são o Estado e o arguido. Além disso, há algumas arestas para limar. E é nelas que a minha reflexão incide.

As situações que vou problematizar com maior ênfase são o recurso da espécie e da medida da pena por parte do assistente e desacompanhado do MP, assim como o recurso das medidas de coação aplicadas ao arguido. E porquê estas questões? Além de serem dois assuntos doutrina e jurisprudencialmente discutidos, porque acho que é aqui que o assistente está mais desprotegido e mais limitado na sua atuação. Veremos que o facto de o assistente atuar numa posição de colaboração e de subordinação face ao MP, posição esta que o princípio da oficialidade impõe, levanta inúmeras dúvidas sobre a legitimidade para interpor recurso desacompanhado do MP sobre a espécie ou medida da pena. O mesmo se diga quanto às medidas de coação. Então, nesta ordem de ideias, podemos concluir que o princípio da oficialidade funciona como que um limite à atuação do assistente? Talvez um fator de exclusão?

Tendo em consideração que os interesses e objetivos do Estado na realização da Justiça são em muito diferentes daqueles que a vítima visualiza e que as finalidades que a pena tenta assegurar no âmbito do sistema penal deixam à margem a reparação dos danos sofridos pela vítima, quando é que esta pode obter alguma satisfação? Terá a vítima direito a discordar da punição aplicada ao agressor? E se pensarmos neste sujeito como colaborador do MP na realização da Justiça, já terá poder para influenciar a reação ao crime? Ou para discordar da decisão judicial?

A minha intenção é que todos, juristas ou não, compreendam como podem participar num processo que deveria ser seu enquanto vítimas de um crime e que reconheçam as limitações de que são alvo os seus direitos, para que os possam reivindicar a qualquer oportunidade. Por esse motivo, que me absolvam os “senhores do Direito” pela informação um tanto o quanto prescindível, mas agrada-me que a minha mensagem atinja um público mais vasto.

1. O Princípio da Oficialidade no Direito Processual Penal Português

É facto conhecido e inegável que um dos princípios gerais do processo penal é o princípio da oficialidade². Um princípio relativo à iniciativa ou promoção processual, ou seja, está em causa saber a quem compete promover o processo penal, se a uma entidade pública ou estadual ou se aos particulares intervenientes no litígio³. Ora, em traços muito gerais, este princípio implica que o impulso para investigar a prática das infrações penais e a decisão de deduzir ou não acusação cabe a uma entidade pública estadual, neste caso, o Ministério Público. Isto com todas as limitações e exceções legais que abordarei no momento oportuno. Tal decorre, desde logo, dos artigos 219º nº1 CRP e 48º CPP.

O que auxilia a compreensão deste princípio, porque o consente e vai ao seu encontro, é a estrutura processual penal verificada em Portugal e inspiradora do Código Processual Penal vigente⁴, ou seja, uma estrutura acusatória⁵ integrada por um princípio de investigação. Digo isto porque, o princípio da investigação atribui ao tribunal o poder-dever de *“esclarecer e instruir autonomamente _ i.é., independentemente das contribuições da acusação e da defesa _ o facto sujeito a julgamento, criando ele próprio as bases necessárias à sua decisão.”*⁶. Mais, o MP tem competência para atuar ao longo de todo o processo penal⁷ com o objetivo de descobrir a verdade e realizar o direito, obedecendo sempre a critérios de estrita objetividade. Este princípio tem por objetivo destacar o caráter indisponível do objeto e do conteúdo do processo penal e assegurar a verdade material, a liberdade e a dignidade do arguido, assim como, o seu direito à defesa. Para dar eficácia a

² A par com outros princípios, tais como: legalidade, acusação, investigação, contraditório, suficiência, concentração, celeridade, economia processual, presunção de inocência, “in dubio pro reo”, verdade material, livre apreciação da prova, publicidade, oralidade, imediação.

³ DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Processual Penal, primeiro volume, Coimbra editora, págs.115 e 116.

⁴ D.L nº 78/87, de 17 de Fevereiro

⁵ Cfr. nº5 do art.º 32 CRP.

⁶ Palavras da Doutora MARIA JOÃO ANTUNES in Direito Processual Penal, Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por Maria João Antunes, 1988-9, pág. 51.

⁷ Cfr. Art.º 53º nº1 do CPP

estas pretensões, a estrutura acusatória assegura que a entidade que investiga e acusa _o MP_ seja diferente da que julga _o Juiz.

Por outro lado, o princípio da oficialidade justifica-se pela existência de certos direitos qualificados como indisponíveis, essenciais à comunidade e que, por isso, devem ser assegurados e defendidos pelo Estado. Daí não depender da vontade do particular vítima do crime a promoção do processo penal.

CLÁUDIA CRUZ SANTOS, assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, numa reflexão sobre os papéis processuais penais do Estado punitivo, do agente do crime e da sua vítima⁸, arroga ser fácil aceitar o princípio da oficialidade num contexto de direito penal mínimo. Isto porque se está a assumir que a função do direito penal é a tutela subsidiária de bens jurídicos essenciais vistos como estruturantes pela comunidade. Quer isto dizer que o Estado surge como representante da comunidade em defesa, através do processo penal, de interesses que, apesar de terem um referente individual, devem ser protegidos em nome e no interesse da coletividade. O Estado não representa o ofendido em concreto pela infração penal, ele representa a comunidade. A mesma autora chama a atenção para o avanço civilizacional que esta conceção de justiça penal significa. Note-se que desta forma se substituiu a vingança privada e alcançou-se um método de resolução dos conflitos mais justo no sentido da igualdade visto que é um terceiro imparcial a aplicar uma norma geral e abstrata. No entanto, a autora reconhece que todo este entendimento que envolve o princípio da oficialidade tem sido objeto de questionamento por deixar a vítima numa posição secundária e porque o próprio processo penal não se preocupa com a reparação dos danos que aquela sofreu.

No mesmo sentido está a reflexão de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS⁹ que considera facilmente explicável o princípio da oficialidade num Estado que assume o direito penal como “*direito de «protecção» dos bens fundamentais da comunidade*” e o direito processual penal como “*«assunto da comunidade jurídica», em nome da qual se tem de esclarecer o crime e perseguir e punir o criminoso*”. Por estes motivos não se poderia, segundo o autor, deixar ao arbítrio dos particulares a promoção do processo penal.

⁸ SANTOS, Cláudia Cruz, *Direito Penal Mínimo e Processo Penal Mínimo*, brevíssima reflexão sobre os papéis processuais penais do Estado punitivo, do agente do crime e da sua vítima.

⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, primeiro volume, Coimbra editora, págs. 116 a 118.

JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA também expõe uma justificação para o princípio da oficialidade. Refere o autor que a obrigação que o Estado sente em promover o processo penal se legitima pela necessidade de proteger “*interesses indisponíveis*”¹⁰.

Concluimos assim que todos os autores legitimam o princípio da oficialidade com o mesmo argumento, isto é, por estar em causa um Estado que assume ser sua a tarefa de proteger os interesses fundamentais da comunidade. O que nos leva, imediatamente, a concluir que o importante é a comunidade e não tanto a vítima em si. Por isso o Estado toma para si as rédeas do processo. E por isso também, as finalidades do processo são essencialmente prospetivas, isto é, pretende-se reestabelecer a paz jurídica abalada, tutelar a confiança e as expetativas da comunidade na norma que fora violada pelo crime, assim como prevenir futuros crimes.¹¹ Mas não existe preocupação em reparar os danos que a vítima sofreu.

Pelo enquadramento feito nos parágrafos precedentes, pode parecer que o princípio da oficialidade se ajusta plenamente ao Estado de Direito Português e, concretamente, ao Direito Processual Penal atual. O que nos levaria a pensar que o referido princípio não levanta dúvidas ou problemas, se não práticos, pelo menos teóricos. Sendo assim, parece-me então oportuno abordar o princípio da oficialidade com mais pormenor de forma a percebermos o seu significado a nível processual.

1.1. As exceções e limitações ao princípio da oficialidade

Comecei por dizer que o princípio da oficialidade implica que o impulso para investigar a prática das infrações penais e a decisão de deduzir ou não acusação é tarefa do Estado, sendo o Ministério Público a entidade responsável para esse efeito¹². Isto,

¹⁰ CUNHA, José Damião da, A participação dos particulares no exercício da ação penal, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 8, fascículo 1º. Janeiro-Março 1998, Coimbra editora, pág. 599, nota 10.

¹¹ Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A doutrina Geral do Crime, 2ª edição, 2007, págs. 44 e ss.

¹² Cfr. artigos 219º nº1 CRP e 48º CPP

detalhadamente, significa que é competência do Ministério Público dar início à ação penal logo que tenha conhecimento da prática de um crime, nomeadamente dar início às investigações com a abertura de Inquérito. E, numa fase posterior, findo o inquérito, é também ao Ministério Público que cabe acusar ou não acusar o infrator, consoante tenha recolhido ou não indícios suficientes da prática do crime e de quem foi o seu agente¹³, submetendo assim a causa a julgamento.

No entanto, o princípio sofre algumas limitações e até mesmo uma verdadeira exceção. As limitações podem ser de ordem legal _ quanto aos crimes semipúblicos _ e de ordem jurisprudencial _ situações em que os particulares podem acusar por crimes públicos ainda que o MP não o faça. A verdadeira exceção é no que toca aos crimes particulares¹⁴.

Ora, sucede que nos crimes públicos o MP promove oficiosamente o processo penal e, findo o inquérito, acusa ou não o infrator. A iniciativa, assim como a competência para acusar, é totalmente do MP. Por isso, nos crimes desta natureza, o princípio da oficialidade opera plenamente. No entanto, existe uma limitação jurisprudencial: certas situações, como já enunciámos, em que os particulares, constituídos assistentes, podem acusar por crimes públicos ainda que o MP não o faça.

Nos crimes semipúblicos a situação é diferente, o MP só pode promover o processo penal se houver queixa. Significa isto que, nos termos do art.º 49º do CPP, o MP dá início ao procedimento criminal se e quando houver queixa por parte do titular do direito ofendido, por mandatário judicial por aquele constituído ou por mandatário munido de poderes especiais para o efeito. Findo o inquérito, a competência para deduzir acusação já é totalmente do MP, podendo o ofendido, se constituído assistente, e apenas se quiser, deduzir acusação pelos mesmos factos do MP, por parte deles ou por outros que não importem uma alteração substancial daqueles¹⁵, sob pena de aquela ser rejeitada pelo Tribunal¹⁶.

Mais curioso ainda, é a exceção a esta limitação ao princípio de oficialidade que encontramos no art.º 113º n.º5 do CP. Esta disposição determina que, ainda que se trate de crimes semipúblicos, o MP pode dar início ao procedimento criminal *“sempre que o interesse do ofendido o aconselhar e :*

¹³ Cfr. Art.º 283º n.º 1 e 2 CPP

¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Processual Penal, primeiro volume, Coimbra editora, págs. 120 e ss.

¹⁵ Cfr. 284º CPP

¹⁶ Cfr. 311º n.º2 al. b) CPP

- *Este for menor ou não possuir discernimento para entender o alcance e o significado do direito de queixa; ou*
- *O direito de queixa não puder ser exercido porque a sua titularidade caberia apenas ao agente do crime.”*

O legislador teve em atenção interesses de proteção das vítimas particularmente indefesas. E, especificamente na al. b) do nº5 do art.º 113º CP, o legislador pensou em situações como, a título de exemplo, o crime de atos sexuais com adolescentes¹⁷ por parte de um dos progenitores da vítima. Ora, como se percebe, à luz do princípio da oficialidade, o direito à queixa pertence ao agressor, logo, não fosse a referida exceção, a vítima ficaria sem proteção judicial.

Já nos crimes particulares em sentido estrito a exigência é ainda maior, constituindo estes verdadeira exceção ao princípio da oficialidade. Nestes, de acordo com o art.º 50º CPP, não só é necessária a queixa nos termos supra referidos como é exigida ainda acusação particular. O mesmo é dizer que o depois de apresentar queixa e depois de findo o inquérito, o ofendido, se pretender que o caso em questão seja sujeito a julgamento, tem de constituir-se assistente, pagar a respetiva taxa de justiça, e deduzir acusação. O MP não pode por iniciativa própria acusar o infrator. Pode apenas acompanhar a acusação particular acusando pelos mesmos factos, por parte deles ou por outros desde que não importem uma alteração substancial daqueles¹⁸.

Poderá questionar-se o porquê desta diferença nos crimes semipúblicos e nos crimes particulares em relação aos crimes públicos.

Nas palavras de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS¹⁹ *“certas infracções (...) não se relacionam com bens jurídicos fundamentais da comunidade de modo tão directo e imediato que aquela sinta, em todas as circunstâncias da lesão (...) necessidade de reagir automaticamente contra o infractor.”* Nestas situações é dada a oportunidade ao ofendido para decidir se quer ou não que a infração seja apreciada em processo penal e, consequentemente, o infrator seja submetido a julgamento. Pois, nos crimes desta natureza,

¹⁷ Cfr. Art.º 173º e 178º nº 2 CP.

¹⁸ Cfr. Art.º 285º CPP

¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Processual Penal, primeiro volume, Coimbra editora, pág. 121.

o interesse na ação penal é do ofendido e já não da comunidade. Tome-se como exemplo o crime de difamação ou o crime de furto²⁰.

Há um segundo motivo para nos crimes particulares em sentido lato o procedimento criminal ficar dependente da vontade e iniciativa do particular ofendido. Prende-se com os interesses daquele. Pode ser desconfortante ou até mesmo prejudicial para o ofendido, devido à natureza do crime em questão, que se promova um processo penal, nomeadamente por razões de ordem íntima ou familiar, ou simplesmente devido à insignificância do ato ilícito o particular não quer recorrer à ação penal. Podemos ter como exemplo, mais uma vez, o crime de furto. Este é, em regra, um crime semipúblico, porém em certas situações ele pode ser um crime particular em sentido estrito, ou seja, dependente de acusação particular²¹, nomeadamente quando:

(art.º 207º CP)

“a) O agente for cônjuge, ascendente, descendente, adoptante, adoptado, parente ou afim até ao 2.º grau da vítima, ou com ela viver em condições análogas às dos cônjuges; ou

b) A coisa furtada ou ilegítimamente apropriada for de valor diminuto e destinada a utilização imediata e indispensável à satisfação de uma necessidade do agente ou de outra pessoa mencionada na alínea a).

2 – (...)a conduta ocorrer em estabelecimento comercial, durante o período de abertura ao público, relativamente à subtração de coisas móveis expostas de valor diminuto e desde que tenha havido recuperação imediata destas, salvo quando cometida por duas ou mais pessoas.”

Ora, neste exemplo, percebemos que o ofendido pode não ter interesse no procedimento criminal por não querer expor-se ou por não querer expor o agente por ter uma ligação familiar ou de afeto com o mesmo. Por outro lado, a exigência de queixa e, posteriormente, de acusação particular, pode ser de ordem económica, por o bem ser de valor diminuto o procedimento criminal fica dependente da atuação do ofendido.

Além das razões apontadas, o autor, FIGUEIREDO DIAS, encontra uma terceira, uma razão de ordem prática. Para diminuir a carga de processos em Tribunal, o legislador optou por alargar o leque de crimes particulares em sentido estrito. Por isto foi responsável

²⁰ O crime de difamação é um crime particular em sentido estrito: arts.º 180º e 188º CPP. Por sua vez, o crime de furto é um crime semipúblico: art.º 203º CPP.

²¹ Cfr. Art.º 203º e 207º CP.

a revisão do CP operada pelo DL n.º 48/95, de 15 de Março²². Nos crimes desta natureza, as partes envolvidas têm a opção de recorrer a outras formas de resolver o litígio que não os meios judiciais. Refiro-me, por exemplo, aos mecanismos da mediação, arbitragem ou, simplesmente, os acordos particulares.

²² Antes da revisão feita pelo DL n.º 48/95, de 15 de Março, os crimes particulares eram só dois: Injúria e Difamação. Depois da revisão os crimes particulares são alguns dos crimes contra o património e todos os crimes contra a honra (à exceção dos casos previstos no n.º1 do art.º 188º CP).

2. A atuação dos particulares no processo penal: o lesado, o ofendido, a vítima e o assistente.

É este o momento oportuno para, aproximando-me da questão que me levou a esta reflexão, perguntar sobre o lugar do particular ofendido no processo penal, isto é, como pode o princípio da oficialidade, tal como o explicámos, conciliar-se com a atuação dos particulares no processo penal.

Se, por regra, o processo penal pertence a uma entidade pública, o MP, de que forma os particulares podem intervir nele? Poderá influenciar o processo ou dele dispor? Poderá o particular ofendido acompanhar o processo e controlar, de alguma forma, a atuação do MP? Será a vontade do particular ofendido respeitada ou, pelo menos, levada em consideração pelo MP? Ou é-lhe absolutamente alheia? E isto, inclusive, relativamente à resposta jurídica a dar ao agente do crime. A reparação do ofendido pelos danos causados é tida em conta ao longo do processo?

Os sujeitos afetados pela prática do crime assumem, ou podem assumir, diversas vestes, são eles: o lesado, o ofendido, a vítima e o assistente.

Posso prontamente adiantar que a vítima é uma figura da criminologia, o lesado é um sujeito do processo civil e o ofendido e o assistente são ambos figuras do processo penal.

No âmbito do processo penal, a doutrina distingue entre meros participantes e sujeitos processuais. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS²³ define os meros participantes como sujeitos que têm uma intervenção residual e esporádica no processo, praticam atos singulares cujo conteúdo processual se esgota na própria atividade. Já os sujeitos processuais têm uma participação ativa no processo sendo detentores de direitos autónomos, que surgem, muitas vezes, na forma de poderes-deveres, podendo influenciar a tramitação do processo e, conseqüentemente, a decisão final. Segundo o autor, os sujeitos processuais no processo penal português são os seguintes: Tribunal, MP, arguido, defensor e assistente.

Pelo que fica dito se percebe que o assistente é um sujeito processual, já o ofendido é um mero participante no processo penal. De qualquer forma, e com relevância distinta, repito, o ofendido e o assistente são, das figuras acima enumeradas, as únicas pertencentes

²³ DIAS, Jorge Figueiredo, Jornadas de Direito Processual Penal, CEJ, Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal, O novo Código de Processo Penal, Livraria Almedina, Coimbra, 1995, pág.9.

ao processo penal. Quanto ao lesado, esse é parte na ação civil eventualmente desencadeada pela prática do crime. E a vítima é uma figura da criminologia. Esta diferente classificação, como veremos a seguir, tem consequências na prática.

2.1. O lesado

Efetivamente, a infração penal pode desencadear quer uma ação penal quer uma ação civil. A ação penal prende-se com a punição do infrator, o sujeito que violou o bem jurídico que a norma visa proteger. Já a ação civil tem como fim indemnizar o particular pelas perdas e danos de natureza cível que a conduta ilícita lhe provocou. É nesta segunda ação que aparece a figura do lesado.

O lesado é, então, **a pessoa que sofreu os danos de natureza cível resultantes da prática do crime**. É por isso parte na ação cível, ação esta que, por respeito ao princípio da adesão, decorre juntamente com a ação penal²⁴. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS²⁵ conta que as partes civis, (o lesado), do ponto de vista formal podem ser consideradas sujeitos do processo, mas do ponto de vista material são sujeitos da ação civil.

Segundo as disposições dos artigos 71º e seguintes do CPP, que regulam o estatuto do lesado, este formula o pedido de indemnização e, a partir daí, pode acompanhar a ação penal, mas não tem quaisquer direitos autónomos.

Importa ainda acrescentar que o lesado pode coincidir com o ofendido (logo, pode coincidir com o assistente e com a vítima). É assim se o sujeito que arcou com os danos cíveis resultantes da prática do crime (lesado) for também o titular do bem jurídico violado (ofendido). Note-se que, enquanto ofendido o sujeito pode constituir-se assistente, mas já não enquanto lesado²⁶.

²⁴ Salvo os casos previstos na lei: art.º 72º CPP

²⁵ DIAS, Jorge Figueiredo, Jornadas de Direito Processual Penal, CEJ, Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal, O novo Código de Processo Penal, Livraria Almedina, Coimbra, 1995, págs. 14 e 15.

²⁶ «(...)o lesado, enquanto tal, nunca pode constituir-se assistente, mas apenas parte civil para efeitos de deduzir pedido de indemnização civil» GERMANO MARQUES DA SILVA in “Curso de Processo Penal”, vol. I, 4ª ed., 2000, p. 333.

2.2. O ofendido

O ofendido é, como vimos, parte na ação penal e, como tal, e porque a Lei Fundamental lhe atribui esse direito (art.º 32º n.º7 CRP), tem a faculdade de intervir no processo penal.

É um mero participante processual que, por definição do n.º1, al. a) do art.º 68º do CPP e do n.º1 do art.º 113º do CP, é **o titular do interesse que a lei especialmente quis proteger com a incriminação**. O que lhe confere, nos termos do primeiro artigo referido, o direito de se constituir assistente e, aí sim, ser um verdadeiro sujeito processual²⁷.

Então, na prática, interpretando as normas indicadas, quem pode ser considerado ofendido?

O que se impõe é identificar quais os interesses que cada norma especialmente quer proteger e quem são os efetivos titulares desses interesses. Só assim identificaremos o ofendido em cada caso concreto. Mas, neste assunto, as opiniões divergem. E divergem, essencialmente, devido ao termo “especialmente” presente no n.º1, al. a) do art.º 68º do CPP²⁸.

A doutrina e a jurisprudência dominante entendem que o n.º1, al. a) do art.º 68º do CPP consagra um conceito restrito de ofendido. Entendem que o legislador quando diz que os ofendidos são os “*titulares dos interesses que a lei especialmente quis proteger*” refere-

²⁷ Veja-se, entre outros, GERMANO MARQUES DA SILVA in “Curso de Processo Penal”, vol. I, 4ª ed., 2000, p. 333. «*O ofendido, enquanto titular dos interesses que a lei incriminadora especialmente quis proteger com a incriminação art. 68º, n.º 1, al. a), do CPP, sendo maior de 16 anos, pode constituir-se assistente, mas enquanto não se constituir não é sujeito processual, mas simples participante processual*»

²⁸ (Artigo 68.º)

“Assistente

1 - Podem constituir-se assistentes no processo penal, além das pessoas e entidades a quem leis especiais conferirem esse direito:

*a) 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;
(...)”*

se às pessoas direta e imediatamente atingidas pela ação ilícita, afastando-se as demais que possam também ter sido afetadas.

No âmbito duma conceção restrita aponta-se JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, para quem o ofendido é o concreto portador do bem jurídico violado. Defende o professor “*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*”.²⁹

No mesmo sentido JORGE BRAVO³⁰, que refere que “*não pode ser tida como ofendida qualquer pessoa que tenha sido prejudicada com a prática do crime, mas tão só o titular do interesse que constitui o objecto jurídico imediato do crime*” Ainda assim, há bens jurídicos em que não é possível identificar um concreto titular do bem jurídico especialmente protegido pela lei, pelo que essa titularidade pertence ao Estado, “*assim, ninguém poderá constituir-se assistente*”.

Um conceito amplo de ofendido é perfilhado por AUGUSTO SILVA DIAS³¹. Para este autor, ofendido é o titular do “*interesse tutelado de forma particular, isto é, interesse que é abrangido pelo âmbito de tutela (...)*”. Percebe-se, assim, que o autor interpreta o termo “especialmente” (al. a) do n.º 1 do art.º 68º CPP) como sinónimo de “particularmente” e não de “exclusivamente” como o faz a conceção restrita. Partidário do conceito amplo é também o Professor FARIA COSTA³² que, por sua vez, assinala, que a lei penal não exige que o ofendido seja titular do direito protegido pela incriminação. Diz o professor que 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.”

A nossa legislação adota um conceito restrito de ofendido no que ao processo penal diz respeito, pois o conceito amplo é sim adotado na delimitação dos lesados para efeitos de indemnização civil.

²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Processual Penal, Volume I, 1981, Coimbra editora, pág. 509 a 510.

³⁰ BRAVO, Jorge, O assistente em processo penal: Subsídios para o estudo das formas de intervenção dos particulares no processo. Scientia Juridica, Tomo 45, n.º 262/264, Julho-Dezembro 1996, págs. 243-263.

³¹ DIAS, Augusto Silva, A tutela do ofendido e a posição do assistente no processo penal português, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, 2004, pág. 62.

³² COSTA, Faria, “Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo II, pág. 30 e segs.

Enquanto ofendido tem o direito a participar no processo penal, assim o refere a nossa CRP no art.º 32º n.º 7. Mas participar como? A CRP deixou nas mãos do legislador ordinário definir os poderes processuais do ofendido.

Ora, desde logo, um dos direitos do ofendido é o direito à queixa. Isto, naturalmente, nos crimes particulares em sentido amplo, pois nos crimes públicos, por ser o MP a promover o processo penal, não há necessidade de queixa. O ofendido pode ainda, nos termos da lei, desistir da queixa e renunciar ao direito à queixa desde que, nesta última, o faça depois do ato ilícito se ter verificado.³³

Outro direito, também positivado na lei, é o direito de informação sobre a notícia do crime, nomeadamente em situações em que o MP acredite que o ofendido a desconhece (art.º 247º n.º1 CPP) e situações de denúncia anónima (art.º 246º n.º6 CPP). Deve também ser informado da libertação do arguido, sempre que se considere que tal o coloca em perigo (art.º 217º n.º 3 CPP).

Além disso, o ofendido tem o direito de acompanhar a marcha do processo. Por isso, à luz do princípio da publicidade interna e externa do processo penal, introduzido pela lei 48/2007, de 27 de Agosto, o ofendido pode aceder ao processo nomeadamente para consulta ou obtenção de extratos, cópias ou certidões. Este direito segue os termos do art.º 89º do CPP³⁴.

³³ Quanto à questão da desistência da queixa ver ponto 2.4.4..

³⁴ Vide “Artigo 89.º CPP (Consulta de auto e obtenção de certidão e informação por sujeitos processuais)
1 - Durante o inquérito, o arguido, o assistente, o ofendido, o lesado e o responsável civil podem consultar, mediante requerimento, o processo ou elementos dele constantes, bem como obter os correspondentes extractos, cópias ou certidões, salvo quando, tratando-se de processo que se encontre em segredo de justiça, o Ministério Público a isso se opuser por considerar, fundamentadamente, que pode prejudicar a investigação ou os direitos dos participantes processuais ou das vítimas.

2 - Se o Ministério Público se opuser à consulta ou à obtenção dos elementos previstos no número anterior, o requerimento é presente ao juiz, que decide por despacho irrecorrível.

3 - Para efeitos do disposto nos números anteriores, os autos ou as partes dos autos a que o arguido, o assistente, o ofendido, o lesado e o responsável civil devam ter acesso são depositados na secretaria, por fotocópia e em avulso, sem prejuízo do andamento do processo, e persistindo para todos o dever de guardar segredo de justiça.

4 - Quando, nos termos dos n.os 1, 4 e 5 do artigo 86.º, o processo se tornar público, as pessoas mencionadas no n.º 1 podem requerer à autoridade judiciária competente o exame gratuito dos autos fora da secretaria, devendo o despacho que o autorizar fixar o prazo para o efeito.

5 - São correspondentemente aplicáveis à hipótese prevista no número anterior as disposições da lei do processo civil respeitantes à falta de restituição do processo dentro do prazo; sendo a falta da responsabilidade do Ministério Público, a ocorrência é comunicada ao superior hierárquico.

6 - Findos os prazos previstos no artigo 276.º, o arguido, o assistente e o ofendido podem consultar todos os elementos de processo que se encontre em segredo de justiça, salvo se o juiz de instrução determinar, a requerimento do Ministério Público, que o acesso aos autos seja adiado por um período máximo de três meses,

Podemos também retirar da lei o direito do ofendido para se constituir assistente, isto independentemente da natureza do crime, quer seja particular em sentido amplo quer seja público. TERESA BELEZA³⁵ conclui que a al. b) do nº1 do art.º 68 CPP se referem a crimes particulares em sentido amplo e a al. a), por contraposição, refere-se aos crimes públicos.

A lei, como vimos, atribui direitos ao ofendido e, segundo a posição de PINTO DE ALBUQUERQUE³⁶, aquele pode **recorrer** das decisões que os violem. Se, por um lado, a lei processual penal³⁷ não atribui diretamente ao ofendido este direito ao recurso, por outro lado, a Constituição da República imputa a todos o direito de acesso aos Tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos e o direito de intervir no processo penal³⁸. Desse modo, o autor considera que a al. d) do nº1 do art.º 401º CPP deve ser interpretada conforme os ditames constitucionais no sentido de conferir ao ofendido o direito a recorrer da decisão de indeferimento da constituição como assistente e as decisões que violem os seus direitos e interesses, sob pena de violação do direito de acesso aos tribunais e do direito de intervir no processo penal. Mais, diz o autor que se o ofendido se constituiu assistente, cumprindo todos os requisitos, *“mas por lapso não foi admitido formalmente como assistente, sendo embora sempre tido como tal, designadamente no julgamento, o recurso por ele interposto da sentença é admissível, por se dever considerar que foi admitido tacitamente como assistente no julgamento”*³⁹.

Também LUÍS NUNES DE ALMEIDA tem uma palavra a dizer sobre os poderes de recurso do ofendido. Na declaração de voto junta ao acórdão do Tribunal Constitucional nº 205/2001, refere que a CRP garante ao ofendido o direito de exercer aqueles *“poderes processuais que se revelam decisivos para a defesa dos seus interesses”*, porque *“o ofendido, ainda que no âmbito de um crime público, é titular de um interesse legalmente protegido - é também titular do interesse que a lei penal quis proteger com a incriminação.”*

o qual pode ser prorrogado, por uma só vez, quando estiver em causa a criminalidade a que se referem as alíneas i) a m) do artigo 1.º, e por um prazo objectivamente indispensável à conclusão da investigação.”

³⁵ BELEZA, Teresa, Apontamentos de Direito Processual Penal, AAFDL, 1992, pág.207.

³⁶ ALBUQUERQUE, Pinto de, Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica, 2008.

³⁷ Cfr. art.º 401º CPP

³⁸ Cfr. Arts.º 20º nº1 e 32º nº 7 CRP

³⁹ ALBUQUERQUE, Pinto de, Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica, 2008, pág. 1027.

A interpretação que o autor faz do n.º 7 do artigo 32.º da Constituição (*o ofendido tem o direito de intervir no processo, nos termos da lei*), é a de que fica assegurado o acesso aos Tribunais para defesa não apenas dos direitos mas também dos interesses legalmente protegidos. Ora, o mesmo autor atribui ao ofendido o direito de recurso da “*sentença absolutória que entenda não fazer actuar o poder punitivo do Estado de forma minimamente satisfatória*”, mesmo em caso de crimes públicos. Porém, entendo eu, que aqui já faz depender esse direito da constituição como assistente: “*Este interesse é juridicamente protegido através do próprio instituto do assistente e do direito à sua constituição e dos diversos poderes de intervenção processual que a lei, como se viu, amplamente lhe reconhece.*”

2.3. A vítima

A vítima é aquela pessoa cujos interesses são sacrificados, que sofre um dano ou é atingida por um qualquer mal. Apesar de ser um termo da criminologia, e não um conceito jurídico, em direito processual penal vítima é todo o sujeito passivo de um crime.

Segundo a Decisão-quadro do Conselho de 15 de Março de 2001 relativa ao estatuto da vítima em processo penal, instrumento jurídico vinculativo, vítima é “*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;*”.

COSTA ANDRADE define a vítima como toda a pessoa física ou entidade coletiva diretamente atingida, contra a sua vontade, na sua pessoa ou no seu património, pelo facto ilícito⁴⁰. O autor defende um conceito restrito de vítima, coincidente com o conceito restrito de ofendido, no qual cabe apenas a pessoa diretamente atingida pelo crime.

⁴⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, A vítima e o problema criminal, Coimbra : [s.n.], 1980 (Coimbra: gráfica de Coimbra), Dissertação para exame do Curso de pós-graduação em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito de Coimbra. Separata do volume XXI do suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pág. 36 segs..

Apesar de ser um termo da criminologia, podemos encontra-lo em diversos artigos dos nossos Código de Processo Penal e Código Penal.⁴¹

2.4. O assistente

O Assistente é um verdadeiro sujeito processual⁴² e, nessa qualidade, intervém no processo como colaborador do Ministério Público, e a ele subordinado, no decorrer do processo penal⁴³. É esta participação ativa no processo, fazendo uso dos direitos autónomos que a lei lhes confere, que lhes permite influenciar a tramitação do processo e, conseqüentemente, a decisão final. Por esse motivo, é a figura mais relevante nesta dissertação à qual dedicarei maior atenção.

Os interesses que movem o assistente, interesses privados que se traduzem não só na sua reparação mas também, maioria das vezes, na condenação do agente, são diferentes daqueles que movem o MP, interesses públicos de efetivação da Justiça. Então, poderemos concluir que, uma vez que o assistente atua subordinado ao MP, os interesses daquele ficam em segundo plano? Veremos.

DAMIÃO DA CUNHA⁴⁴ considera que o assistente não é um sujeito processual “necessário”, mas sim “eventual e secundário”, pelo que não tem um estatuto processual idêntico aos restantes sujeitos processuais, desde logo pelo seu estatuto de colaborador e a

⁴¹ Código de Processo Penal: artigos 1º als. g) e h), 82º-A nº 1, 88º nº2 al. c), 89º nº1, 141º nº4 al. e), 187º nº4 al. c), 194º nº 6 al. b), 247º nº3, 257º nº1 al. c), 271º nºs 1 e 2, 281º nºs 7 e 8, 385º nº1 al. c). Assim como o Código Penal: artigos 5º nº 1 al. d), 11º nº 2, 132º nº 2 al. a) d) e f), 134º, 138º nº 2, 147º nº1, 152º nºs 2, 4 e 5, 155º nº2, 158º nºs 2 e 3, 160º nºs 1, 4, 6, 7 e 8, 161º nº 1 als. a) e b) e nº 3, 169º nº 2 al. d), 175º nº2 al. e), 177º nºs 1, 4,5 e 6, 178º, 184º, 204º nº1 als. d) e i), 207º nº1 al. a), 210º nº2 al. a), 218º nº2 al. c), 223º nº2, 226º nº 4 al. c), 231º nº3 al. b), 243º nº 3, 244º nº2, 274º nº2 al. b), 379º nº1.

⁴² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS defende que esta formalidade exigida por lei de que o ofendido se constitua assistente para que passe de mero participante a verdadeiro sujeito do processo “*é uma realização mais consistente e efectiva dos direitos da vítima (...) algo paralelo ao que sucede com a constituição formal do suspeito como arguido.*” In Jornadas do Direito Processual Penal, CEJ, Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal, O Novo Código de Processo Penal, Livraria Almedina. Coimbra 1995, pág. 10.

⁴³Cfr. Art.º 69º nº1 CPP. A lei consagra algumas exceções a esta subordinação da atuação do assistente ao MP que se prendem, essencialmente, com os crimes de natureza particular em sentido estrito.

⁴⁴ CUNHA, José Damião da, A participação dos particulares no exercício da ação penal, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 8, fascículo 1º. Janeiro-Março 1998, Coimbra editora, págs. 629.

sua subordinação ao MP. Em sentido contrário está JORGE DE FIGUEIREDO DIAS⁴⁵. O autor rejeita a atribuição de um estatuto secundário ao assistente, porque este tem um papel de relevo na ação penal podendo nela participar e, conseqüentemente, codeterminar a decisão final. O autor relembra, como exemplos dessa participação ativa e relevante do assistente no processo penal, o seu poder para requerer instrução relativamente aos fatos pelos quais o MP não deduziu acusação e para interpor recurso das decisões que os afetem, independentemente do MP.

Mas afinal, como surge a figura do assistente no processo penal? A constituição de assistente tem que obedecer a um duplo requisito: legitimidade material e a legitimidade processual. A legitimidade material pretende assegurar que a pessoa que se constitui assistente, é o *“titular do interesse que a lei quis proteger com a incriminação”* e a legitimidade processual prende-se com o procedimento formal necessário à constituição como assistente (art.º 68º CPP). Ora, em termos gerais, pode constituir-se assistente qualquer uma das pessoas enunciadas no nº1 do art.º 68º CPP⁴⁶. Nos crimes particulares em sentido estrito esta constituição é obrigatória (art.º 50º nº1 e 246º nº4 CPP) e nos crimes públicos e semipúblicos é facultativa. Depois de apresentado o requerimento no prazo legalmente indicado, (10 dias a contar da advertência referida no art.º 246º nº 4 CPP nos crimes

⁴⁵ DIAS, Jorge Figueiredo, Jornadas de Direito Processual Penal, CEJ, Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal, O novo Código de Processo Penal, Livraria Almedina, Coimbra, 1995, pág.11.

⁴⁶ “ Artigo 68.º (Assistente)

1 - Podem constituir-se assistentes no processo penal, além das pessoas e entidades a quem leis especiais conferirem esse direito:

- a) 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;
- b) As pessoas de cuja queixa ou acusação particular depender o procedimento;
- c) No caso de o ofendido morrer sem ter renunciado à queixa, o cônjuge sobrevivente não separado judicialmente de pessoas e bens ou a pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que com o ofendido vivesse em condições análogas às dos cônjuges, os descendentes e adotados, ascendentes e adotantes, ou, na falta deles, irmãos e seus descendentes, salvo se alguma destas pessoas houver participado no crime;
- d) No caso de o ofendido ser menor de 16 anos ou por outro motivo incapaz, o representante legal e, na sua falta, as pessoas indicadas na alínea anterior, segundo a ordem aí referida, ou, na ausência dos demais, a entidade ou instituição com responsabilidades de proteção, tutelares ou educativas, quando o mesmo tenha sido judicialmente confiado à sua responsabilidade ou guarda, salvo se alguma delas houver auxiliado ou participado no crime;
- e) Qualquer pessoa nos crimes contra a paz e a humanidade, bem como nos crimes de tráfico de influência, favorecimento pessoal praticado por funcionário, denegação de justiça, prevaricação, corrupção, peculato, participação económica em negócio, abuso de poder e de fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção.”

particulares e “a qualquer altura do processo” nos restantes crimes, embora o requerimento tenha de ser feito dentro dos prazos do nº3 do art.º 68º CPP)), é ainda necessário que, para que a legitimidade opere, o juiz, depois de dar ao Ministério Público e ao arguido a possibilidade de se pronunciarem sobre o requerimento, decida por despacho.

A intervenção do assistente no processo não pode considerar-se uma intervenção pessoal, pois aquele é sempre representado por mandatário judicial.

O estatuto do assistente tem consagração na lei processual penal: art.º 68º e seguintes do CPP.

O art.º 69º nº2 CPP⁴⁷ resume as competências do assistente: oferecer provas e requerer diligências durante as fases de inquérito e instrução; deduzir acusação independente da do MP e, nos crimes particulares em sentido estrito, ainda que aquele a não deduza; interpor recurso das decisões que o afete, independentemente do MP⁴⁸.

No entanto, a atuação do assistente no processo penal altera consoante a natureza do crime (particular em sentido lato ou público) e a fase processual. Desde logo, uma diferença deveras importante, é a obrigação que recai sobre o ofendido de se constituir assistente nos crimes particulares caso pretenda submeter a causa a julgamento⁴⁹. Tal não acontece nos crimes de outra natureza.

Deste modo, irei descrever as hipóteses de atuação do assistente em cada fase do processo penal de forma a lembrar os problemas com que este sujeito processual se debate. Problemas que o deixam aquém do seu processo, que lhe evidenciam com clareza que a sua vontade é secundária e a reparação dos seus danos absolutamente alheia. Além disso, o princípio da oficialidade tal como o nosso sistema o entende levanta outras questões que também não serão esquecidas.

⁴⁷ Como exemplo de outras formas de atuação do assistente a lei estabelece: a intervenção do tribunal do júri pode ser requerida pelo assistente (nº1 do art.º 13º CPP); a suspensão provisória do processo pode, não só, ser requerida pelo assistente, como é exigida a sua concordância na aplicação daquele mecanismo de diversão (art.º 281º nº1 CPP); a abertura de instrução, nos crimes públicos e semipúblicos, pode ter lugar por iniciativa do assistente (art.º 287º nº1 al. b)).

⁴⁸ Cfr. Art.º 287º nº1 al. b) CPP

⁴⁹ Cfr. Arts.º 50º nº1 e 285º nº1 CPP. A al. b) do nº2 do art.º 69º CPP refere que a acusação por parte do assistente é independente da acusação do MP e, nos crimes particulares em sentido estrito, a acusação particular tem lugar ainda que o MP não acuse.

2.4.1. No inquérito:

Antes de mais, o inquérito inicia-se por iniciativa do MP, após ter notícia do crime⁵⁰, à exceção dos crimes particulares em sentido lato. Nestes, o inquérito inicia-se após a queixa do ofendido⁵¹. Independentemente disto, a direção do inquérito cabe sempre ao MP⁵².

É na fase de inquérito que a atuação do assistente é mais importante e mais intensa, porque é aí que ele pode contribuir para a definição do objeto do processo. JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA⁵³ arrisca até que a posição atribuída ao assistente de mero colaborador e de subordinado ao MP aplica-se apenas à fase pós acusação, ou seja, até à fixação do objeto do processo. Até lá, o assistente é bastante autónomo na sua atuação praticando atos cujo objetivo é controlar a atuação e a posição do MP.

Sendo assim, tem um papel muito ativo na investigação o que pode determinar as conclusões a que o MP vai chegar. Pode oferecer provas e requerer as diligências que entenda necessárias (art.º 69º nº2 al. a)) sendo notificado do despacho sobre estas (art.º 69º nº2 al. b) e art.º 154º nº 3, salvas as exceções do nº4 CPP); mais ainda, pode presenciar a realização da perícia desde que autorizado pela autoridade que a ordenou (art.º 156º nº2 CPP), pedir esclarecimentos aos peritos (art.º 157º CPP), e ainda designar um consultor técnico para assistir àquela; tem a faculdade de requerer os atos processuais fundamentais do nº1 do art.º 268º e do nº 1 do art.º 269º CPP em caso de urgência ou de perigo na demora; de requerer e prestar declarações para memória futura (art.º 271º nº1 e nº 7 CPP); no mesmo sentido, o art.º 145º CPP admite a prestação de declarações por parte do assistente segundo o regime da prova testemunhal, (à exceção do juramento), ainda que não possam depor como testemunhas (art.º 133º nº1 al. b) CPP); relativamente ao processo em si, o assistente tem a faculdade de requerer ao juiz de instrução a sujeição do processo ao segredo de justiça (art.º

⁵⁰ Cfr. Arts.º 241º e ss CPP.

⁵¹ Cfr. Arts.º 113º e ss CP.

⁵² Cfr. Arts.º 263º nº 1 e 264º nº1, e ainda, 267º e ss, todos do CPP.

⁵³ CUNHA, José Damiano da, Algumas reflexões sobre o estatuto do assistente e seu representante no direito processual penal português, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 5, Fasc. 2, Abril-Junho 1995, pág. 153-171.

86º n.º 2 CPP) ou, por outro lado, o seu levantamento (art.º 86º n.º 4 CPP); sendo a publicidade do processo penal a regra⁵⁴, o assistente pode, mediante requerimento, consultá-lo, obter extratos, cópias ou certidões, exceto tratando-se de processo submetido a segredo de Justiça (art.º 89º n.º 1 e n.º 6 CPP), assim como requerer o exame gratuito fora da secretaria (art.º 89º n.º 4 CPP); findo o inquérito, o assistente pode aceder aos suportes técnicos das conversações ou comunicações, bem como, obter cópia (art.º 188º n.º 8 CPP).

O assistente tem ainda, findo o inquérito, requerer a intervenção hierárquica (art.º 278º). Pode ainda, querendo, nos termos do art.º 281º CPP, requerer a suspensão provisória do processo. E, se esta for requerida por outra entidade, a lei exige a concordância do assistente. A lei exige também alguns requisitos para que a suspensão seja possível e constrange o arguido a respeitar certas “injunções e regras de conduta” (n.º 1 e 2 do referido artigo). Desta forma, a causa não chega a julgamento, o que significa que se tem em consideração a vontade do assistente de não desejar a condenação do arguido por entender que a sua pretensão foi já satisfeita e os seus interesses estão, de alguma forma, protegidos.⁵⁵

Se o MP arquivar o inquérito por ter recolhido “prova bastante” de se não ter verificado o crime, ou de não ter sido o arguido a praticá-lo, por ser o procedimento legalmente inadmissível, por não ter obtido indícios suficientes da verificação do crime ou de quem foram os seus agentes⁵⁶, o assistente tem a faculdade requerer intervenção hierárquica (art. 278º CPP) ou abertura de instrução (art.º 287º n.º 1 al. b) CPP).

Se o inquérito não for arquivado, não houver lugar a arquivamento em caso de dispensa de pena, nem a suspensão provisória do processo⁵⁷, então o processo segue os trâmites processuais em direção ao julgamento.

2.4.2. Na instrução:

⁵⁴ Cfr. Art.º 86º n.º 1 CPP

⁵⁵ Nos crimes de violência doméstica não agravados pelo resultado a vítima, ainda que não constituída assistente, pode requerer a suspensão provisória do processo. A lei exige ainda a concordância do juiz de instrução e do arguido. (art.º 281º n.º 6 CPP)

⁵⁶ Cfr. Art.º 277º n.º 1 e 2 CPP.

⁵⁷ De acordo com os artigos 277º, 280º e 281º CPP, respetivamente.

A instrução pode ser requerida pelo assistente nos crimes públicos e semipúblicos porque é nos crimes desta natureza que o assistente tem, ou pode ter, necessidade de controlar a atuação do MP, uma vez que a acusação depende deste. Nos crimes particulares em sentido estrito, uma vez que a acusação particular é a que prevalece, a instrução não pode ser requerida pelo assistente, ficando unicamente à disposição do arguido. Neste sentido, o assistente requer a abertura de instrução quando o MP arquiva o inquérito ou não acusa pelos factos esperados. Pode concluir-se ser esta uma forma de controlo da atuação do MP. O assistente deixa de estar subordinado ao MP, porque têm diferentes interesses e discorda dele, para controlar a sua atuação. É uma hipótese que o processo penal oferece ao assistente para fazer valer a sua pretensão.

No requerimento para abertura de instrução o assistente tem de “*apontar as razões de facto e de direito de discordância relativamente (...) à não acusação*” pelo MP (nº2 do art.º 287º CPP); assim como, requerer os atos de instrução que entenda necessários; indicar os meios de prova que não foram considerados no inquérito e os factos que espera provar.

A fase de instrução é dirigida pelo juiz de instrução, mas o assistente tem meios de participar, nomeadamente para tentar obter uma decisão que corresponda aos seus objetivos e contrarie o MP.

A instrução é constituída por, obrigatoriamente, um debate instrutório oral e contraditório, e por outros atos que o juiz entenda serem necessários. O assistente participa em todos eles podendo suscitar esclarecimentos (art.º 289º nº 1 e 2 CPP).

A finalidade do debate é chegar a uma conclusão sobre a existência, ou não, de indícios suficientes para acusar o arguido e, em caso afirmativo, sobre os termos dessa acusação. É este o momento fulcral para o assistente expor a sua visão da questão. Durante o debate o assistente pode ter diversas intervenções (art.º 302º nº 2, 3 e 4 CPP): pode requerer e apresentar provas indiciárias suplementares sobre questões concretas controversas; pode ser alvo de questões do juiz; formula as suas conclusões no fecho do debate.

Findo o debate instrutório o juiz profere despacho de pronúncia ou não pronúncia nos termos dos artigos 307º e 308º, ambos do CPP. Note-se que o Tribunal não pode pronunciar-se sobre factos que constituam uma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou no requerimento para abertura da instrução, sob pena de nulidade.⁵⁸

⁵⁸ De acordo com os artigos 303º nº 1 e 2 e 309º CPP.

Se a decisão instrutória pronunciar o arguido pelos mesmos factos da acusação do MP o assistente já nada pode fazer pois esta decisão é irrecorrível à luz do princípio da dupla conforme⁵⁹. Mas o que, na prática, significa que o arguido vai a julgamento.

Esta ferramenta de atuação que o processo penal atribui ao assistente, a instrução, pode levar a uma situação, no mínimo, caricata. Refiro-me à situação em que o assistente consegue obter uma decisão de pronúncia do arguido por parte do juiz de instrução contra a decisão de arquivamento por parte do MP. Ora, se nos crimes públicos e semipúblicos a acusação compete ao MP, como pode ele sustentá-la se nem concorda com ela?

DAMIÃO DA CUNHA⁶⁰ considera que o MP não deve sustentar uma acusação pela qual não é responsável. Nem tao pouco fazia sentido sustentar uma acusação e, em julgamento, pedir a absolvição do arguido. Portanto, para o autor, a única solução viável é a de que seja o assistente a suportar a acusação, pois foi ele, contrariamente à posição do MP, que a desencadeou quando conseguiu convencer o juiz de instrução dos indícios suficientes da prática do crime e de quem fora o seu agente.

SOUTO DE MOURA⁶¹ vai mais longe na sua observação. Chama a atenção para que, nos casos supramencionados, o arguido é submetido a julgamento por crime público ou semipúblico numa ação penal exercida por outra entidade que não o MP. O que se traduz numa violação da regra do princípio da oficialidade.

Na minha opinião, o MP não deve de forma alguma sustentar a acusação do particular se, após inquérito, com tudo o que essa fase implica, as suas conclusões foram no sentido de não acusar. Embora, é verdade, isso leve à situação jocosa apontada por SOUTO DE MOURA, em que o sujeito é levado a julgamento por crime público ou semipúblico com base numa acusação particular.

Ainda assim, na minha opinião, a situação pode não ser assim tao excepcional. Repare-se que a questão passa por um juiz de instrução antes de ir a julgamento, ou seja, há intervenção duma entidade pública que avalia e decide sobre as pretensões do assistente.

A alteração não substancial da acusação do MP ou da acusação particular, ou ainda do requerimento para abertura da instrução, constitui mera irregularidade, o que determina a invalidade do ato quando e se arguida pelos interessados. Cfr. Art.º 123º CPP

⁵⁹ Art.º 310º nº1 CPP

⁶⁰ CUNHA, José Damiano da, A participação dos particulares no exercício da ação penal, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 8, fascículo 1º. Janeiro-Março 1998, Coimbra editora, págs. 639 e ss.

⁶¹ MOURA, Souto de, Inquérito e Instrução, CEJ, Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal, Livraria Almedina, Coimbra 1988.

Pode dizer-se que, entre a decisão de arquivar do MP e a inconformação do assistente existe a atuação de outra entidade pública que dará razão a uma das partes. Penso que não poderia ser de outra forma. Seria muito mais danoso se o assistente não pudesse de forma alguma reagir à decisão de arquivamento do MP.

2.4.3. No julgamento:

Para chegar a esta fase processual é necessário, como já vimos, uma acusação, quer por parte do MP (nos crimes públicos e semipúblicos) quer por parte do assistente (nos crimes particulares em sentido estrito), ou ainda, por decisão instrutória nos termos supra referidos.

Recapitulando, nos crimes públicos ou semipúblicos a ação penal depende da atuação do MP, (tendo o assistente, como vimos, meios para controlar essa atuação), enquanto que nos crimes particulares em sentido estrito prevalece, em maior medida, a vontade do particular porque, em regra, só há lugar a julgamento se houver acusação particular.

Nos crimes públicos e semipúblicos a acusação, se existir, é responsabilidade do MP, embora o assistente possa também deduzir acusação acompanhando aquela, acusando pelos mesmos factos, por parte deles ou por outros desde que não importem uma alteração substancial. E nos crimes particulares é exigida acusação particular, sem a qual não há julgamento, mas o MP pode apenas acompanhar a acusação particular acusando pelos mesmos factos, por parte deles ou por outros desde que não importem uma alteração substancial daqueles.

Independentemente da natureza do crime, o importante é que o assistente tenha garantida a sua atuação agora nesta fase do julgamento.

Em primeiro lugar, o assistente é notificado do despacho que designa o dia e a hora da audiência de julgamento (art.º 313º nº 2 e 3 CPP).

Até três dias da data fixada para a audiência de julgamento o assistente pode alterar o rol de testemunhas (art.º 316º nº1 CPP).

A audiência de julgamento é pública, à luz do princípio da publicidade (art.º 321º CPP), salvo as exceções previstas no art.º 87º CPP. O assistente ,como sujeito processual, deve, em regra, pronunciar-se sobre qualquer restrição ou exceção a este princípio.

Por respeito ao princípio do contraditório, o assistente tem de ser ouvido sobre as questões incidentais que surjam no decurso da audiência (art.º 327º n.º1 CPP e 32º n.º 5 CRP).

Qualquer dos juízes e dos jurados ou o presidente podem tomar declarações do assistente a pedido do MP, do defensor ou dos advogados das partes civis ou do assistente (art.º 346º CPP). Estas declarações podem não ser prestadas presencialmente se o assistente residir fora da comarca, se a sua presença na audiência não for considerada essencial à descoberta da verdade; e quando forem previsíveis graves dificuldades ou inconvenientes na sua deslocação. Nestas situações, as declarações são prestadas durante a audiência através de videoconferência. (art.º 318º CPP). Outra hipótese, são as declarações no domicílio quando o assistente tiver “fundadas razões” para não comparecer na audiência (art.º 319º CPP).

Ainda quanto á questão de prestação de declarações, o assistente pode requerer a realização de atos urgentes, nos termos do art.º 320º CPP, nomeadamente quanto às declarações para memória futura.

A falta do assistente à audiência de julgamento não origina o seu adiamento desde que aquele esteja representado pelo seu advogado (art.º 331º n.º 1 CPP).

Se durante a audiência de julgamento ocorrer uma alteração substancial dos factos descritos da acusação ou da pronúncia, tal não pode ser tomada em conta para efeitos de condenação, sob pena de nulidade, nem implica a extinção da instância (art.º 359º e 379º n.º 1 al. b) CPP). É admitida apenas um alteração não substancial desde que seja dado ao arguido o tempo necessário para preparação da defesa (art.º 358º CPP).

2.4.4. Desistência da queixa ou da acusação particular:

A desistência de queixa ou da acusação particular é possível, obviamente, apenas nos crimes semipúblicos e nos crimes particulares, respetivamente. Mais uma vez, porque nos crimes públicos a promoção processual não depende de qualquer intervenção do particular ofendido. De todo o modo, autonomizei este ponto não por se tratar de uma fase processual, mas sim como forma de chamar a atenção para o papel do assistente, ou do ofendido (nos crimes semipúblicos em que este prestou queixa mas não se constituiu assistente), quando numa primeira fase se decide pelo processo judicial mas, posteriormente, pretende desistir. Isso terá ou não valor jurídico? E em que termos?

A desistência da queixa é admissível até ser proferida sentença de 1ª instância e desde que não haja oposição do arguido⁶². Ainda assim, está sujeita a homologação (pelo Ministério, pelo Juiz de Instrução ou pelo Juiz Presidente, conforme a desistência seja apresentada durante o Inquérito, a Instrução ou o Julgamento). Não se opondo o arguido e sendo homologada pela entidade competente, a desistência impede que o processo prossiga e que a queixa seja renovada posteriormente.

Logo aqui encontro o primeiro problema: afinal, que homologação é esta? É uma mera formalidade de controlo do processo ou é antes uma espécie de autorização, de opinião, de concordância?

Repare-se que esta é uma questão de extrema relevância, porque se nos crimes de natureza particular e nos crimes semipúblicos, uma vez que a promoção do processo penal é dependente da vontade do ofendido, então aquela homologação da desistência mais não pode ser que uma mera formalidade, uma espécie de “tomar nota”. Caso contrário, estar-se-á a pôr em causa o poder da vontade do ofendido sobre a existência ou não do processo. Afinal a existência de processo depende ou não da sua vontade? E uma vez iniciado o processo, o ofendido é ou não livre de mudar de opinião? Ainda que estejam reunidos todos os indícios de se ter praticado o crime e de quem foio seu agente?

Não sei ao certo o que dizer quanto à atuação das autoridades competentes no que à homologação da desistência respeita, pois a minha ténue experiência ainda não mo permite, mas DAMIÃO DA CUNHA⁶³ diz ser aquele “*um acto de controlo por parte da autoridade judiciária quanto à não subsistência de um qualquer interesse público preponderante na manutenção daquela(s)*”. Ora, isto abala-me! O que este autor diz, na interpretação que faço,

⁶² Cfr. Art.º 51º n.º3 CPP

⁶³ CUNHA, José Damiano da, Algumas reflexões sobre o estatuto do assistente e seu representante no direito processual penal português, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 5, Fasc. 2, Abril-Junho 1995

é que na hipóteses de haver um interesse público que justifique prosseguir com o processo, a desistência do ofendido é ignorada! Em termos abstratos, só consinto a possibilidade do processo judicial prosseguir, ainda que tenha havido desistência, nas situações em que, apesar do procedimento criminal depender de queixa, o MP, excepcionalmente, o promove. Já tínhamos falado destes casos excecionais no ponto 1.1 desta dissertação, a propósito das exceções ao princípio da oficialidade. São, precisamente, os casos legalmente previstos no art.º 113º n.º5 do CP. Um destes casos, aliás, faz Jurisprudência⁶⁴, e foi criticamente analisado por MARIA JOÃO ANTUNES, que se decide precisamente pela irrelevância da desistência do titular do direito de queixa num crime de abusos sexuais contra menor de 14 anos que, embora se tratasse de crime semipúblico, (nos termos do art.º 172º n.º2 na redação do CP da Lei n.º 65/98, de 02 de Setembro), merecia tratamento especial.

2.4.5. No recurso:

A questão dos recursos é um ponto chave nesta dissertação, pois é o ponto fulcral. Veremos como é discutível esta possibilidade de interpor recurso por parte dos assistentes, apesar de ser a própria lei a atribuir-lhes competência para tal, desde logo no n.º 2, alínea c) do art.º 69º do CPP “*Compete em especial aos assistentes:*

Interpor recurso das decisões que os afectem, mesmo que o Ministério Público o não tenha feito,(...)”

No mesmo sentido está o art.º 401º n.º1 al. b) ao conceder ao assistente legitimidade para interpor recurso “*das decisões contra ele proferidas*” desde que, no n.º2 do mesmo artigo, tenha “*interesse em agir*”.

Nesta dissertação as questões que vão ser analisadas, no que a recursos respeita, são apenas duas:

- O recurso da espécie e/ou da medida da pena;

⁶⁴ ANTUNES, Maria João, Sobre a irrelevância da oposição ou da desistência do titular do direito de queixa : artigo 178º-2 do Código Penal : Acórdão da Relação do Porto de 10 de Fevereiro de 1999 / Revista Portuguesa de Ciência Criminal. ISSN 0871-8563. Ano 9, n. 2 (1999), p. 315-332

- O recurso das medidas de coação.

2.4.5.1. RECURSO DA ESPÉCIE E/OU DA MEDIDA DA PENA

A primeira questão sobre a qual me debruço é esta: o recurso da espécie e da medida da pena interposto pelo assistente desacompanhado do MP. Perante a lei, à partida, não haveria qualquer restrição adicional a impor ao assistente no que toca a este direito ao recurso comparativamente aos restantes sujeitos processuais ou se outro fosse o objeto do processo. E o fato de recorrer desacompanhado do MP, à luz do art.º 69º nº2 al. c) CPP, não seria problema algum. Porém, é a Jurisprudência que levanta o problema, pois há até um Acórdão uniformizador no sentido de impor ao assistente um interesse próprio e concreto para assim se admitir o recurso da espécie e/ou medida da pena. É então aqui que eu centro a discussão e levanto uma série de questões: afinal, com que fundamento se pode limitar o acesso ao recurso pelo assistente quanto à espécie e/ou medida da pena? Em que termos se impõe o requisito do interesse próprio e concreto? Por outras palavras, que significa isso concretamente? É admissível à luz dos direitos e interesses constitucionalmente protegidos fazer esta distinção entre os sujeitos processuais, isto é, impor maiores exigências ao assistente para acesso ao recurso?

Na minha opinião, por razões didáticas, só depois de interpretarmos as normas referentes ao recurso, especialmente aquelas expressões normativas _ “**decisões contra ele proferidas**” e “**interesse em agir**”_ é que poderemos passar à próxima questão: pode o assistente, à luz da lei, note-se, e descortinadas que estejam aquelas expressões normativas, recorrer da espécie e/ou da medida da pena aplicada ao arguido assim como das medidas de coação?

Resumindo, o que vou fazer é, com base em doutrina e jurisprudência existente, interpretar aqueles artigos sobre o recurso tendo sempre presente a questão do recurso da espécie e/ou medida da pena pelo assistente e, posteriormente, analisarei a Jurisprudência uniformizadora e, tendo em atenção tudo o que foi analisado, chegarei a uma conclusão.

“das decisões contra ele proferidas”

A primeira expressão que vou analisar é a que encontramos no n.º1 al. b) do art.º 401º CPP: *“das decisões contra ele proferidas”*. O mesmo significa a expressão utilizada pelo legislador no art.º 69º n.º2 al. c) CPP: *“das decisões que os afectem”*.

A meu ver, não se colocam grandes problemas quanto à expressão normativa *“das decisões contra ele proferidas”*. Não há margem para dúvidas, quer dizer, serão aquelas decisões que frustraram as pretensões do assistente, que contrariaram a posição processual por si assumida. Embora, em termos concretos, possa não ser simples perceber se determinada decisão afeta ou não o assistente e em que medida, principalmente quando este não tem qualquer intervenção ao longo do processo. De qualquer modo, assim não pensam inúmeros juristas.

Um dos ilustres autores a problematizar estas expressões é DAMIÃO DA CUNHA⁶⁵, pois não entende como pode uma decisão de condenação ou absolvição do arguido afetar o assistente. Refere o autor que tal só se lhe afigura possível se aceitarmos que a lei penal reconhece ao assistente uma *“atuação constitutiva (...) em ordem a obter uma decisão justa de acordo com as suas expectativas.”* Desse modo, o autor faz ainda depender o poder de recurso da atuação do assistente ao longo do processo. O que significa que se o assistente não participou no processo, não demonstrou qualquer expectativa em relação à decisão, logo esta, qualquer que seja, não o frustrou, então não tem direito a recorrer. O mesmo argumento aponta o autor quanto ao *“interesse em agir”*, como veremos no momento apropriado.

De facto, não retiro a lógica ao raciocínio acabado de analisar. Confesso até que por pouco me convenceu! Porém, mantenho a minha ideia sobre reconhecer ao assistente o direito ao recurso ainda que ele não tenha participado no processo penal. Isto porque considero que o facto do assistente não participar no processo não significa que não tenha uma expectativa sobre a decisão, aliás, se ele foi vítima de crime, obviamente que espera a condenação do agente e terá uma noção daquilo que considera justo tanto para si, como

⁶⁵ CUNHA, José Damião da, Algumas reflexões sobre o estatuto do assistente e seu representante no direito processual penal português, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 5, Fasc. 2, Abril-Junho 1995, pág. 153-171.

resposta à realização dos seus interesses, nomeadamente para se sentir reparado pelo dano que sofreu, como em termos de realização da justiça e cumprimento dos fins das penas, especialmente no que respeita às exigências de prevenção geral positiva. Por isso, qualquer decisão que fique aquém do que ele esperava automaticamente o afeta. Isto estando eu a assumir o assistente como sujeito processual colaborador do MP. Porque se quiser ir por outro campo, refiro-me à questão da reparação dos danos da vítima que, como se sabe, não é considerada no cômputo da pena, mas pergunto-me até que ponto a vontade do assistente no que respeita à solução dada ao crime é irrelevante. Mas bom, isso daria lugar a outra tese!

A própria existência do assistente, como facultativa que é⁶⁶, no sentido de não ser imposta por qualquer autoridade, já pressupõe o interesse no processo, já revela a sua pretensão “geral” relativamente à decisão.

“O interesse em agir”

A segunda expressão que me ocupa, o **“interesse em agir”**, não tem apoio na legislação penal, mas é jurisprudencial e doutrinariamente definida. Desde logo, cito o acórdão do STJ de 7.12.99, proc. n.º 1081/99, onde se diz: *“O interesse processual ou interesse em agir é definido, em termos de processo civil, como a necessidade do processo para o demandante em virtude de o seu direito estar carecido de tutela judicial. (...). Em termos de recurso em processo penal tem interesse em agir quem tiver necessidade deste meio de impugnação para defender um seu direito”*. E, mais recente, o Acórdão do STJ de 18-01-2012, Proc. n.º 1740/10.1JAPRT.P1.S1 (Relator: Henriques Gaspar) *“A circunstância de haver ou não recurso do Ministério Público não condiciona as possibilidades de recurso do assistente. A única exigência da lei como pressuposto do recurso de uma decisão é que seja proferida contra o assistente, isto é, que tenha interesse em agir - n.º 2 do artigo 401º do CPP.*

⁶⁶ Nos crimes públicos e semipúblicos a constituição de assistente é realmente facultativa no mais amplo sentido da palavra, pois a promoção processual não está disso dependente. Já nos crimes particulares, o que quero dizer é que é facultativa na medida em que depende da vontade do ofendido para dar ou não seguimento ao processo. Se quiser que haja realmente procedimento criminal terá de o fazer, mas será sempre uma decisão livre, nenhuma autoridade o obrigará a fazê-lo.

O interesse em agir do assistente, como pressuposto do recurso, significa a necessidade que tenha de usar este meio para reagir contra uma decisão que comporte uma desvantagem para os interesses que defende, ou que frustrate uma sua expectativa ou interesse legítimos, que significa que só pode recorrer de uma decisão que determine uma desvantagem; (...)

O interesse em agir consiste na necessidade de apelo aos tribunais para acautelar um direito ameaçado que necessite de tutela e só por essa via possa obtê-la; o interesse em agir radica na utilidade e imprescindibilidade do recurso aos meios judiciais para assegurar um direito em perigo: trata-se de uma posição objectiva perante o processo, que é ajuizada a posteriori.”

A questão é também tratada pela doutrina, nesse campo decidi começar pela interpretação abstrata que é realizada por M. LEAL-HENRIQUES e M. SIMAS SANTOS⁶⁷ no comentário ao CPP. Os autores situam o “interesse em agir” entre “uma necessidade estrita” e um “interesse vago”, ou seja, “um estado de coisas reputado bastante grave para o demandante, e que, assim, torna legítimo o seu recurso à arma judiciária.”. E essa gravidade será aferida em cada caso concreto pelo “intérprete que terá de verificar a medida em que o acto ou procedimento são impugnados em sentido favorável à função que o recorrente desempenha no processo.” E mais, a utilidade do recurso para o recorrente é alheia à sua opinião pessoal, ela é aferida em termos objetivos. Os autores justificam a necessidade deste requisito com um argumento que aqui ainda não foi levantado, e até muito diferente do que tenho vindo a considerar, é ele um argumento de ordem económica. Passo a explicar, o “interesse em agir” é requisito essencial para o recurso como meio a garantir que só cheguem aos tribunais situações que efetivamente careçam de tutela.

Quanto a mim, não estou certa de ter sido este interesse de ordem económica a pesar nas considerações do legislador. De qualquer modo, independentemente das razões, o certo é que existe nesta norma (art.º 401º n.º2 CPP) uma expressão inexata e onde caberão as mais variadas interpretações.

É talvez o momento de acrescentarmos aqui a posição de DAMIÃO DA CUNHA⁶⁸, que apesar de já não ser novidade, porque já a confrontámos no ponto anterior, traz algo

⁶⁷LEAL-HENRIQUES, M. e SANTOS, M. SIMAS. Código de Processo Penal anotado, II Volume, 2ª edição, Editora Rei dos Livros, Julho 2000.

⁶⁸CUNHA, José Damião da, A participação dos particulares no exercício da ação penal, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 8, fascículo 1º. Janeiro-Março 1998, Coimbra editora. “o assistente pode interpor recurso restrito á questão da medida da pena , quando durante a audiência de julgamento ele tenha formulado

novo relativamente às posições supra observadas. Então, resumidamente, diz o autor que o assistente tem interesse em agir quando as pretensões que formulou durante a audiência de julgamento não tiveram acolhimento na decisão final. Ora, este autor exige uma participação ativa do assistente ao longo do processo, nomeadamente no julgamento. Parece-me que tal não é exigido, pelo menos não diretamente, nas posições doutrinárias e jurisprudenciais supra analisadas.

Quanto à minha posição, mantenho o que disse no ponto anterior, não concordo com esta ideia do assistente ter de participar ativamente no processo, nomeadamente no julgamento, para demonstrar o seu interesse em agir, pois considero que tal lhe é inerente. Note-se, trata-se de um sujeito processual, colaborador do MP na realização da Justiça. Há uma decisão que, na sua perspetiva, não realiza a justiça, como se pode dizer que ele não tem interesse em agir? Isso é o mesmo que admitir que a sua colaboração na realização da justiça se reporta apenas a alguns momentos processuais... E aí estaríamos a instrumentalizar a figura do assistente, ou seja, o sistema “usaria” o assistente quando este lhe é útil, até ao julgamento para o ajudar na descoberta da verdade, e depois dava-lhe um “chega para lá” porque em assuntos de poder punitivo ele não tem opinião. Não estou a dizer que o assistente deveria decidir sobre a pena a dar ao arguido. Nem isso seria concebível. Estou apenas a dizer que ele deve poder sempre demonstrar o seu desagrado relativamente à decisão e, conseqüentemente, ter o direito ao duplo grau de jurisdição.

Jurisprudência uniformizadora_ Assento nº 8/99

O Acórdão de Uniformização de Jurisprudência sobre o recurso interposto pelo assistente, desacompanhado do MP, sobre a espécie e/ou medida da pena, tem mais de uma década de existência. Ainda assim, não é por isso que o assunto se clareou pois a questão tem vindo a ser discutida ao longo dos anos e, apesar das soluções poderem ser apenas uma de três,(o assistente não pode recorrer desacompanhado do MP; o assistente pode recorrer, independentemente do MP, desde que mostre interesse em agir; o assistente pode recorrer

um qualquer pretensão sobre tal matéria que não tenha merecido acolhimento na decisão final.” (págs. 646-7)

em qualquer situação e independentemente do MP), os argumentos são os mais diversos. O meu trabalho de pesquisa passou por levantar alguns deles. Vejamos.

O primeiro acórdão que cito é, obviamente, o Assento nº 8/99⁶⁹ precisamente por se tratar do Acórdão de uniformização de jurisprudência⁷⁰. Aqui se concluiu e determinou que “*O assistente não tem legitimidade para recorrer, desacompanhado do Ministério Público, relativamente à espécie e medida da pena aplicada, salvo quando demonstrar um concreto e próprio interesse em agir*”. O Supremo Tribunal de Justiça entendeu que não havia qualquer dúvida sobre a legitimidade do assistente recorrer da natureza condenatória ou absolutória da pena mesmo que desacompanhado do MP. O problema coloca-se, sim, apenas quando o objeto do recurso for a espécie ou a medida da pena aplicada ao arguido. O STJ entende que, se o assistente não demonstrar “*um concreto e próprio interesse em agir*” naquele recurso, então estaremos a voltar à vindicta privada.

Ainda no referido Acórdão, o Tribunal distingue, também aqui, as situações pela natureza dos crimes chamando a atenção para, em regra, o domínio da ação penal pertencer ao MP. Significa isto que, se a ação penal é domínio do MP, então o recurso também deve ser. E, mais ainda, determinante também é a atuação que o assistente tomou ao longo do processo. Passo a explicar, sabendo que nos crimes públicos e semipúblicos a atuação do assistente é meramente opcional no sentido de que a ação penal é, segundo o princípio da oficialidade, da responsabilidade do MP, a participação do assistente (ou a falta dela) ao longo do processo vai revelar as suas pretensões face ao desenrolar do mesmo. Se ao longo de todo o processo o assistente não teve qualquer intervenção, nomeadamente nem acompanhou a acusação do MP, mas vem depois recorrer da espécie e da medida da pena, o STJ entende que ele não tem interesse em agir.

Então, na apreciação do Acórdão uniformizador, quando é que o assistente tem interesse em agir? “*Se a discordância deriva de causa que afectou o interesse do assistente*

⁶⁹ Recurso para o STJ n.º 1151/96
Carlindo Rocha da Mota e Costa (relator)
DR 185/99 SÉRIE I-A, de 1999-08-10

⁷⁰ A jurisprudência uniformizada não é vinculativa para os Tribunais judiciais, mas estes devem justificar as decisões que contrariem aquela (art.º445º nº3 CPP). Ainda assim, o recurso de decisões que contrariem jurisprudência fixada pelo STJ é obrigatório para o MP, sendo facultativo para o arguido e para o assistente (nº2 do art.º 446º CPP)

Qualquer decisão contrária à jurisprudência uniformizada pode ser objeto de recurso, independentemente do valor da causa e da sucumbência da parte (art.629º nº2 al. c) CPC), Vide MENDONÇA, Luí Correia de, ANTUNES, Henrique, Dos Recursos (regime do decreto-lei nº 303/2007), Quid Juris sociedade editora, Lisboa 2009, pág. 329.

e em razão de tal se possa considerar vencido [CPP — 401, 1 b) e 2, e 69,1 e 2c)], tem este interesse em agir, pelo que pode recorrer. Este interesse em agir tem de ser concreto e do próprio, pelo que é insuficiente se o Tribunal, concluindo que se não está face a um mero desejo de vindicta privada, nada mais encontrar; como insuficiente é para por aquele se concluir se o MP, nas suas alegações escritas, emitir parecer no sentido de o Tribunal a quo ter usado de uma benevolência que se não justifica na determinação da medida concreta da pena (havia de ter recorrido e no recurso ter pedido a agravação; a reformatio in pejus é proibida — artigo 409 CPP).”

Decisão tomada neste acórdão não foi unânime. Foram aditadas várias declarações de vencido, umas que, embora concordem com a decisão, não concordam com os fundamentos, e outras que não concordam com a própria decisão.

Em primeiro lugar encontramos a declaração de vencido do ilustre juiz Conselheiro SEBASTIÃO DA COSTA PEREIRA, que se mostra mais radical na sua opinião, defendendo a total ilegitimidade do assistente para impugnar a decisão, desacompanhado do MP, na parte em que esta fixa a medida da pena. Fundamenta a sua posição não só na questão do “interesse em agir”, ainda que aqui considere que, ao deduzir acusação ou ao aderir à acusação pública, o assistente não toma posição quanto à medida da pena aplicável, por isso qualquer decisão tomada pelo tribunal não vai afetá-lo ou contrariá-lo; mas também e essencialmente na teoria dos fins das penas. Chama atenção para o facto de o interesse particular do ofendido não ser contemplado pela teoria do fim das penas. Conclui assim o meritíssimo juiz Conselheiro “*o assistente, alheio que está às ideias e exigências transcendentais que apenas ao Estado incumbem com a aplicação das penas, não tem legitimidade para, desacompanhado do MP, e em qualquer caso, impugnar a decisão na parte em que esta fixa a medida da pena.*”

Outro voto de vencido a destacar, porque vai totalmente contra o decidido no acórdão, e também porque ancora a minha opinião, é o do ilustre Conselheiro VIRGÍLIO ANTÓNIO DA FONSECA OLIVEIRA. Este concluiu “*o assistente pode recorrer sempre, mesmo que o MP o não tenha feito, para pedir, nomeadamente, a reapreciação da espécie de pena e da medida de pena por as considerar como traduzindo valoração menos gravosa do que aquela que a justiça do caso impunha.*”

Embora aceite que a posição processual do assistente é de mera colaboração com o MP, ao qual subordina a sua atuação, tal só se verifica, na prática, na fase de Inquérito e

quanto às formalidades relativas à acusação (nos crimes públicos e semipúblicos). E ainda assim, explica o Senhor Conselheiro, esta subordinação pode ser ultrapassada através do requerimento de instrução. Mais interessante ainda é que este juiz vê no próprio instituto da assistência o fundamento da legitimidade do assistente para interpor recurso sobre a espécie e a medida da pena. Isto porque, no seu entender, o assistente é colaborador do Estado, participante na prossecução do interesse público e, nessa medida, coparticipante na administração da justiça penal. Desse modo, quando recorre da espécie ou medida da pena, o assistente está a colaborar na administração da Justiça no caso concreto, *“submetendo a decisão a reexame por um tribunal superior por a mesma, segundo o seu juízo objectivo, não realizar o direito seja em que aspecto for, mesmo no doseamento da pena”*. Para mim, este argumento faz todo o sentido. De facto, por ser sujeito processual e por colaborar na realização da Justiça, é imprescindível que o assistente possa ativamente discordar da espécie ou medida da pena aplicada ao arguido, ainda que tal satisfaça o MP.

Aliás, além de colaborar na administração da Justiça, subordinado e colaborando com o MP, o juiz Conselheiro arrisca-se a dizer que a atuação daqueles sujeitos processuais deve convergir na procura da consequência jurídica adequada para a decisão final que pertence exclusivamente ao tribunal. Uma vez que o recurso vai desenvolver-se numa relação entre o recorrente e o tribunal superior, *“a legitimidade para o recurso e o seu âmbito não podem ser condicionados nem pelo tipo de crime nem pela posição assumida pelo MP ao não interpor recursos”*. Pelo que, desde logo se percebe, que a solução apontada pelo juiz Conselheiro é a mesma quer se trate de crime público, semipúblico ou particular, independentemente do MP interpor ou na recurso .

Quanto à interpretação das expressões normativas *«das decisões que os afetem»* e *«das decisões contra eles proferidas»*, definidas no Acórdão por serem relevantes neste contexto, também o ilustre Conselheiro tem uma palavra a dizer. Refere ele que se reportam a todas as decisões. Explica na declaração de vencido: *“Se um crime particular não tiver acusação do MP, nem recurso da decisão final por parte deste, não parece adequado que o assistente, face à sua posição processual, não possa submeter ao tribunal superior a decisão em toda a sua extensão, incluindo facto criminoso e punição. E se houver recurso em crime público do MP e do assistente parece que a este último, em tal caso, não tem sido oposta pela jurisprudência restrição na discussão dos pressupostos do crime e respectiva consequência jurídica. Ora, a situação não pode ser diversa quando apenas recorre o*

assistente, pois que, podendo até ter contribuído decisivamente para a delimitação do objecto do processo em desconformidade com a posição do MP(...), lhe há-de a lei conceder os poderes necessários para efectivação da sua posição processual, seja na fase do julgamento seja na fase do recurso.” O Juiz Conselheiro entende que aquelas expressões normativas não se reportam a interesses meramente pessoais, particulares, do assistente, procurando caso a caso direitos individuais pretensamente violados ou em perigo de violação, como foi entendido pelo Assento, pois tal interpretação está, nas palavras do Conselheiro, *“em gritante contradição com a natureza jurídico-pública do instituto da assistência penal”*. Ora, a questão que se impõe é: se o assistente pode interpor recurso sobre a punição num crime particular ainda que o MP não tenha tido qualquer intervenção no processo, assim como o pode fazer num crime público ou semipúblico quando acompanhado pelo MP, porquê que a situação se torna diferente quando é o assistente a recorrer sozinho? Note-se que a posição processual do assistente pode ser diversa da posição do MP, logo aquele carece de poderes e mecanismos legais para fazer valer a sua posição em qualquer fase do processo.

Quanto à questão da “legitimidade”, no voto de vencido em análise o autor desvincula-a dum outro pressuposto, o “interesse em agir”. O assistente tem legitimidade para o recurso por ser *“sujeito processual principal, na circunstância de ter ficado vencido, afectado com a decisão, por não se haver proferido a decisão mais favorável (mais justa) aos interesses a que a lei quis proteger com a incriminação e de que ele também é titular ou portador.”* Na opinião do juiz Conselheiro, à legitimidade do assistente não obsta o facto de este ter deduzido ou não acusação ou que apenas tenha aderido à acusação formulada pelo MP, nem mesmo interessa se o objeto do processo se formou em consequência do seu requerimento para a abertura do processo, pois, em qualquer caso, o assistente assume no processo uma determinada posição em relação à tutela do bem jurídico protegido.

O juiz Conselheiro retira validade ao argumento dos fins das penas usado pelo juiz relator para negar ao assistente o direito ao recurso para reexame de uma decisão que ele considera desajustada a tais fins. Refere o Senhor Conselheiro que quando o assistente recorre de uma decisão, por não concordar com a pena encontrada, tem também em vista o alcance e proteção dos fins das penas: a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade. Ora, na verdade, recorre, por, no seu entender, a punição concreta não lograr alcançar essas finalidades naquele caso concreto. Ora, mais uma vez me sinto forçada pela

lógica a concordar com o Senhor Conselheiro VIRGÍLIO ANTÓNIO DA FONSECA OLIVEIRA LUIS OLIVEIRA GUIMARÃES, pois porque motivo acreditamos que o assistente, ao interpor recurso, é movido por um impulso de vindicta privada e não por motivos de justiça da decisão?

Outro forte argumento apontado pelo juiz Conselheiro prende-se com o princípio da legalidade. Faz notar que “*a possibilidade ampla do recurso para o assistente é a que melhor satisfaz o princípio da legalidade*”. E porquê? Por possibilitar o *controlo judicial sobre o juízo do MP em não recorrer*. É incoerente que no julgamento o assistente goze de plena autonomia dentro do objeto do processo, a par do MP e, depois, no recurso, sem que se apresente fundamento para tal, fique subordinado ao MP, vedando-se-lhe o poder de ver reapreciada, no duplo grau de jurisdição garantido, a pena imposta. Com as limitações que a jurisprudência uniformizadora impõe ao assistente, ou melhor, a interpretação que aquela faz da lei⁷¹, limita a atuação deste sujeito processual no que ao controlo da decisão diz respeito assim como o condiciona à posição do MP.

Em forma de conclusão, o juiz Conselheiro refere que “*Desde que o assistente se tenha por afectado pela decisão penal por ela não corresponder, segundo o seu juízo de valor, à justiça do caso concreto, ganhando assim legitimidade, então também não pode colocar-se em dúvida o seu «interesse em agir», o seu «interesse processual», a sua necessidade do processo ou do recurso, pois que a sua pretensão só pode ser resolvida através do processo penal, no caso através do recurso.*”

Esta posição do Senhor Conselheiro VIRGÍLIO ANTÓNIO DA FONSECA OLIVEIRA é alicerçada pelo Prof. GERMANO MARQUES DA SILVA (Curso de Processo Penal, III, pp. 315-316),: «*Decisão proferida contra o assistente é a decisão proferida contra a posição que ele tenha sustentado no processo, mas é necessário entender esta posição em termos muito amplos [. . .] No Código actual o assistente não pede a condenação numa determinada pena e se o fizer daí não resulta qualquer vinculação do tribunal e, por isso, o assistente poderá sempre recorrer de qualquer decisão, mesmo condenatória, por considerar que a pena aplicada foi inferior à que considera ajustada.*»

⁷¹ Assento nº 8/99 _Acórdão de uniformização de jurisprudência. Aqui se concluiu e determinou que “*O assistente não tem legitimidade para recorrer, desacompanhado do Ministério Público, relativamente à espécie e medida da pena aplicada, salvo quando demonstrar um concreto e próprio interesse em agir*”

Por tudo o que foi até agora analisado concluo, aliás como já disse, que o assistente deveria poder interpor recurso sobre a espécie e ou medida da pena sempre, qualquer que fosse a natureza do crime e independentemente da atuação do MP. Isto porque, sendo assistente ele tem legitimidade e, desde logo, como afetado pela decisão ele tem interesse em agir. Além disso, é sujeito processual, colaborador na administração da Justiça e, subordinado ao MP. Nesse sentido deve ser-lhe dada oportunidade de controlar as decisões deste, nomeadamente quanto a ter abdicado de recorrer, assim como lhe deve ser dada oportunidade de influenciar a resposta ao crime e dela discordar.

O argumento da vindicta privada não vinga, porque o facto do assistente não perfilhar a mesma conceção do tribunal acerca da espécie ou medida da pena aplicada ao arguido pode ser visto como uma atitude conformadora do direito e não movida por desejos de vingança. O assistente pode estar apenas a agir em cumprimento do seu papel de colaborador do MP na realização da Justiça, procurando que, naquele caso, a resposta ao crime seja a que melhor realiza o Direito. Tal como disse DAMIÃO DA CUNHA⁷², quanto à legitimidade que deveria (ou não) ser reconhecida ao assistente para interpor recurso das decisões de absolvição ou de condenação, *“a atribuição de poderes de recurso significa o garantir a intervenção de um sujeito que, embora com um interesse próprio, pode contribuir para uma mais perfeita administração da Justiça e, logo, para uma mais correcta aplicação do ordenamento jurídico, em geral.”* E ainda que, na sua intenção não tenham sequer passado os interesses públicos, o que importa é a avaliação jurídica que do recurso resulta, afinal, não será a convicção do assistente a impor-se.

Acresce que, esta solução é mais coerente com direitos e interesses constitucionalmente protegidos, nomeadamente de acesso á Justiça e de intervenção no processo penal. Qualquer restrição imposta ao direito do assistente de recorrer de uma decisão judicial, aliás, legalmente previsto, ameaça o direito fundamental de acesso ao Direito e à tutela jurisdicional efetiva⁷³.

Negar estes direitos ao assistente tornaria a sua intervenção no processo penal numa utopia, pois retira-lhe voz ativa e capacidade para intervir em questões cruciais, neste caso, a pena aplicada ao agente do crime. Aliás, ao retirar ao assistente a possibilidade de recurso

⁷² CUNHA, José Damião da, Algumas reflexões sobre o estatuto do assistente e seu representante no direito processual penal português, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 5, Fasc. 2, Abril-Junho 1995, pág. 153-171.

⁷³ Cfr. Art.º 20º (Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva) e 32º nº1 (Garantias de processo criminal) *“ O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso. “*, ambos da CRP

nestas situações não estaremos a propiciar a afamada vitimização secundária? Sim, na medida em que deixamos no assistente, na vítima, no ofendido, como queiramos, uma sensação de desproteção, de fracasso do sistema, porque para aquele, a Justiça do caso concreto não foi feita.

2.4.5.2. RECURSO DAS MEDIDAS DE COAÇÃO

Esta questão é completamente diferente da primeira, desde logo porque é a lei que nega legitimidade ao assistente para interpor recurso das medidas de coação. E quanto a isso não há lugar para dúvidas. Porém, quanto a mim, há lugar a discórdia!

O código de Processo Penal disponibiliza uma norma especial, o artigo 219º, em que prevê as situações de recorribilidade sobre medidas de coação, o que, afasta a norma de caráter geral, art.º 399º, segundo a qual o assistente teria legitimidade para recorrer. Deste modo, descodificando a lei, conclui-se:

- das decisões que aplicarem, mantiverem ou substituírem as medidas de coação têm legitimidade para recorrer, apenas, o arguido e o MP;
- as decisões que indeferirem a aplicação, revogarem ou declararem extintas as medidas de coação são irrecorríveis.

Parece-me que, apesar de se ter alterado a lei no que a esta matéria respeita, o efeito prático continua a ser sensivelmente o mesmo. Se na anterior redação legal “*Só o arguido e o Ministério Público em benefício do arguido*” podiam interpor recurso das decisões que aplicarem, mantiverem ou substituírem as medidas de coação, atualmente⁷⁴ o MP pode interpor recurso em detrimento do arguido, mas só daquelas decisões, pois continua a não poder impugnar as decisões que indeferirem a aplicação, revogarem ou declararem extintas as medidas de coação. O que se traduz numa desproporcional e inexplicável proteção do arguido. Uma vez que não é dada legitimidade ao assistente para recorrer em caso algum,

⁷⁴ Art.º 219º *Recurso*

1 - Da decisão que aplicar, substituir ou manter medidas previstas no presente título, cabe recurso a interpor pelo arguido ou pelo Ministério Público, a julgar no prazo máximo de 30 dias a contar do momento em que os autos forem recebidos.

então a atuação do MP deveria ser muito mais significativa e abrangente. O que me parece é que se tenta proteger o arguido a todo o custo, dando apenas uma pequena margem de manobra ao MP para apelar à realização da Justiça e representar.

Aliás, não se percebe sequer que, na fase de inquérito⁷⁵, as medidas de coação aplicadas ao arguido (à exceção do termo de identidade e residência) tenham, segundo o princípio do pedido, de ser requeridas pelo MP, (ou pelo assistente nas situações do nº2 do art.º 268º do CPP) e, por outro lado, a lei lhe venha negar o direito de impugnar o despacho de indeferimento, a revogação e a extinção da medida aplicada. Não faz sentido, parece que a lei “dá com uma mão e tira com a outra”! Se o MP, ou o assistente, requereram ao juiz de instrução a aplicação de medida de coação ao arguido, como podem “calar-se”, por exemplo, a uma decisão de indeferimento? Não deveriam estes sujeitos processuais ter direito a impugnar uma decisão com a qual discordam? E quanto à extinção ou revogação da medida de coação, o MP e o assistente têm, a meu ver, o direito a discordar desde logo porque são diretamente interessados na questão. Porque não impugnar? Mesmo na fase posterior ao inquérito⁷⁶, a aplicação de medidas de coação pode ser a requerimento do MP ou do assistente, mas também pode ser por iniciativa do juiz, nestes casos aqueles sujeitos processuais devem ser previamente ouvidos⁷⁷. Ora, mais uma vez, se coloca a minha dúvida: eles são realmente ouvidos, mas e se a sua posição não vingar? O MP tem, como já vimos, a sua capacidade de atuação limitada pela lei e o assistente, esse, não tem legitimidade para recorrer em caso algum!!

A minha opinião é conforme a do autor Paulo Pinto de Albuquerque que, no comentário ao Código de Processo Penal, aponta uma série de violações legais que este artigo nº 219º ocasiona. Desde logo, a proibição de recorrer das decisões que não apliquem,

⁷⁵ Cfr. Art.º 194º nº 1 1ª parte CPP

⁷⁶ Cfr. Art.º 194º nº 1 2ª parte CPP

⁷⁷ A lei no art.º 194º nº1 do CPP refere apenas o MP como sujeito processual com legitimidade para requerer, na fase de inquérito e outras, a aplicação de medida de coação e, nas fases processuais posteriores, o direito a ser ouvido quando tal aplicação é iniciativa do juiz. Porém, a minha interpretação é que também o assistente tenha o direito a ser ouvido nas situações em que a aplicação de medidas de coação é oficiosa, isto porque, o assistente também tem legitimidade para requerer a aplicação de medidas de coação em certas circunstâncias, por força do nº2 do art.º 268º CPP, e o art.º 194º não lhe faz referência. Não sei se por lapso do legislador! Mas pela mesma razão julgo que não faz menção ao assistente no que toca às restantes situações, o direito a ser ouvido e o direito a requerer a aplicação da medida de coação nas fases processuais que sucedem ao inquérito. A mesma interpretação faz PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, assim se depreende do comentário ao artigo 194º do CPP que, embora o artigo já tenha sofrido alterações, mantém a mesma redação no que aqui importa. Vide **ALBUQUERQUE**, Paulo Pinto de, Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2ª edição, Universidade Católica, Lisboa 2008, págs. 549 e ss.

revoguem ou declarem extinta a medida de coação viola o princípio da igualdade na medida em que impede o MP de exercer a sua função de defensor da legalidade democrática e restringe o acesso aos tribunais. Diz o autor : *“a igualdade de armas não é um benefício do arguido, mas uma característica estrutural do processo penal Português, que beneficia quer o arguido quer os outros sujeitos que nele intervêm.”*⁷⁸

O MP, como defensor da legalidade, deve ter a possibilidade de interpor recurso sempre que entenda que uma decisão judicial não assegura, do seu ponto de vista, a realização do direito e da Justiça no caso concreto. As medidas de coação aplicadas ao arguido podem, em certos casos, ser cruciais na preservação dos meios de prova e da segurança das vítimas e das testemunhas. Pelo que não deveria ser vedada ao MP a hipótese de recurso apenas porque os motivos que o movem são em desfavor do arguido, pois a sua função de promoção da Justiça não serve apenas quando atua a favor do arguido! O seu compromisso é para com a verdade, o direito e a Justiça.

Quanto ao assistente, como já mencionei, ele não tem sequer legitimidade para interpor recurso em situação alguma sobre medidas de coação. A lei, de facto, outorga-lhe o direito a **requerer**, durante o inquérito e em caso de urgência ou de perigo na demora, ao juiz de instrução, a aplicação de medida de coação⁷⁹, mas já não lhe permite manifestar o seu desacordo com a medida efetivamente aplicada ou, por outro lado, com a decisão de indeferimento. Aliás, não lhe permite isso, neste campo, nem lhe permite nada. A lei mantém o assistente alheio a toda e qualquer decisão relativa às medidas de coação.

O ridículo desta irrecorribilidade percebe-se imediatamente se simplificarmos os argumentos. Pensemos numa situação em que o juiz declara extinta uma determinada medida de coação por erro de cálculo! Então e agora? O arguido é ilibado e nem o MP nem o assistente podem fazer nada?

Nestes termos, o que eu defendo é a recorribilidade das medidas de coação por qualquer sujeito processual incluindo, claro, o assistente. Recorribilidade esta que deve abranger qualquer decisão, isto é, indeferimento, revogação, extinção, aplicação, manutenção e substituição das medidas de coação.

⁷⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário do Código de Processo Penal, Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2ª edição, Universidade Católica, Lisboa 2008, pág. 603.

⁷⁹ Cfr. Art.º 268º n.º 2 e 1 CPP.

CONCLUSÃO

Ao longo desta viagem pela lei do processo penal ficou bem elucidado que a única forma do particular ofendido ter uma participação ativa no processo penal é através da constituição como assistente nos termos e com as limitações apontadas. JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA⁸⁰ referiu, em tempos, que *“a figura do assistente corresponde a uma especificidade do processo penal português. Não se encontra uma figura análoga no direito comparado (...) significa uma peculiaridade face aos cânones tradicionais do processo penal, centrado na tríade «Tribunal-MP-Arguido»”*. Pode até ser, mas daí a aceitarmos essa figura como a melhor posição a atribuir à vítima de crime vai uma determinante distância. Se, por um lado, lhe é reconhecido o estatuto de verdadeiro sujeito processual, por outro, ele é desvalorizado face aos restantes, o MP e o arguido. E isso é nítido desde logo quando a própria lei coloca o assistente numa posição de subordinação e colaboração com o MP. A principal dificuldade que se coloca é como conciliar os poderes atribuídos ao assistente com o MP, titular da ação penal.

É verdade que o princípio da oficialidade sofre limitações e uma verdadeira exceção nos termos analisados (nos crimes semipúblicos e nos crimes particulares), o que, à partida, significaria uma maior autonomia e valorização do papel do assistente. Porém, não é essa a conclusão que retiro. Para mim trata-se dum mecanismo de controlo do uso dos meios judiciais, ou seja, nos crimes em que o Estado não sinta necessidade de reagir automaticamente contra o infrator por não estarem em causa, de forma direta e imediata, bens jurídicos fundamentais da comunidade, incumbe à vítima escolher promover ou não o processo penal. Mesmo nos crimes de natureza particular, em que a lei exige maior intervenção do particular para que haja processo, (nomeadamente queixa, constituição de assistente e acusação particular), o processo continua a ser público, já dizia DAMIÃO DA CUNHA⁸¹, primeiro porque *“visa-se sempre a realização de um interesse público”*, depois porque *“a atribuição dos poderes de promoção processuais ao assistente tem de ser compreendido segundo uma ideia de “descentralização de poderes”(...) atribuir a*

⁸⁰ CUNHA, José Damião da, Algumas reflexões sobre o estatuto do assistente e seu representante no direito processual penal português, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 5, Fasc. 2, Abril-Junho 1995, pág. 153-171.

⁸¹ CUNHA, José Damião da, (...) op. cit. Nota de rodapé nº77 .

realização de um interesse público a uma entidade particular que, face ao tipo de interesses em causa (...) melhor pode realizá-los ”, e ainda, porque o objeto do processo é indisponível e até a margem de atuação do assistente é sujeita a fiscalização pelo MP “este investiga autonomamente o facto e, verificado o pressuposto processual, pode deduzir acusação e, acompanhando-a, pode também contribuir para a realização do Direito.”

A tudo isto ser verdade, não podemos deixar de reconhecer algumas vantagens no estatuto do assistente quanto a crimes particulares e crimes semipúblicos, pois se contribui para a separação de poderes também pode ter um papel muito importante no controlo judiciário, nomeadamente da atuação do MP. E vimos como, através da instrução ou da reclamação hierárquica, do recurso e, por outro lado, através da sua atuação ao longo do processo, nomeadamente através da formulação da própria acusação, apresentação de provas...podendo assim influenciar, dentro dos limites que vimos, o processo.

Mas vimos que há problemas na aplicação deste princípio da oficialidade. Mais do que isso, há verdadeiras limitações de atuação impostas ao assistente. Obviamente que não interessa aqui repeti-los, pois já foram devidamente expostos e comentados nesta dissertação, assim como também ficou clara a minha posição acerca de cada um deles. Por isso, o que eu queria agora deixar-vos, como uma sugestão para refletir, era o seguinte: o nosso sistema penal deveria ser alvo duma reforma que desse à vítima, se não o papel principal no Processo Penal, pelo menos um lugar a par dos restantes sujeitos processuais? Ou será que o caminho a seguir está na Justiça Restaurativa⁸²?

⁸² A Justiça Restaurativa é uma corrente relativamente recente nas áreas da vitimologia e da criminologia. Trata-se dum movimento de descriminalização, uma solução alternativa ao tradicional sistema penal para responder a certas formas de ilícito criminal. Apresenta-nos uma nova reflexão sobre os conflitos, os crimes e as respostas aos crimes, tendo em atenção, em primeira linha, o prejuízo causado pelo delito. Trata com igual preocupação o agente do crime e a vítima, mais ainda, ambos os sujeitos intervêm no processo. Os objetivos deste sistema de resolução de litígios são: promover o acordo, apoiar as vítimas e responsabilizar os agentes do crime. Pode dizer-se ainda que é uma Justiça mais célere e menos dispendiosa.

Em Portugal temos um exemplo da Justiça Restaurativa: a mediação. Para dar cumprimento à Decisão-quadro relativa ao Estatuto da Vítima em Processo Penal (15 de Março 2001) do Conselho da União Europeia, o Estado Português criou a Lei nº 21/2007, de 12 de Junho que permite a mediação em processo penal em certos crimes particulares em sentido amplo.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica, 2008.

ANDRADE, Manuel da Costa; *A vítima e o problema criminal*, Dissertação para exame do Curso de pós-graduação em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito de Coimbra. Separata do volume XXI do suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pág. 36 segs. (Coimbra: gráfica de Coimbra), Coimbra : [s.n.], 1980.

ANTUNES, Maria João / COSTA, José Martins Barra da; *Sobre a irrelevância da oposição ou da desistência do titular do direito de queixa : artigo 178º-2 do Código Penal : Acórdão da Relação do Porto de 10 de Fevereiro de 1999*; Revista Portuguesa de Ciência Criminal. ISSN 0871-8563. Ano 9, n. 2 (1999), p. 315-332.

ANTUNES, MARIA JOÃO; *Direito Processual Penal*, Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por Maria João Antunes, 1988-9.

BELEZA, Teresa, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, AAFDL, 1992.

BRAVO, Jorge; *O assistente em processo penal : subsídios para o estudo das formas de intervenção dos particulares no processo*; Scientia Iuridica. - 0870-8185. - Tomo 45, N. 262/264 (Jul./Dez. 1996), p. 243-263.

COSTA, Faria, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II.

CUNHA, José Manuel Damião da; *Algumas questões do atual regime de recursos em processo penal*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Lisboa. ISSN 0871-8563. A. 22, nº 2 (2012), p. 261-301.

CUNHA, José Damião da; *Algumas reflexões sobre o estatuto do assistente e seu representante no direito processual penal português*; Revista portuguesa de ciência criminal. ISSN 0871-8563. Ano 5, fasc. 2 (Abr.-Jun. 1995), p. 153-171.

CUNHA, José Damião da; *A participação dos particulares no exercício da ação penal*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 8, fasc. 1, janeiro- março 1998, Coimbra editora, pag.630 e ss.

DIAS, Augusto Silva, *A tutela do ofendido e a posição do assistente no processo penal português*, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, 2004.

DIAS, Jorge Figueiredo, Jornadas de Direito Processual Penal, CEJ, *Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal, O novo Código de Processo Penal*, Livraria Almedina, Coimbra. 1995,

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, primeiro volume, Coimbra editora.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, A doutrina Geral do Crime*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra editora, 2007.

LEAL-HENRIQUES, M. e SANTOS, M. SIMAS. *Código de Processo Penal anotado*, II Volume, 2ª edição, Editora Rei dos Livros, Julho 2000.

MENDONÇA, Luís Correia de / ANTUNES, Henrique, *Dos recursos : (regime do Decreto-Lei nº 303-2007, de 24 de Agosto)*, Lisboa : Quid Juris?, 2009.

MOURA, José Souto de, *Inquérito e instrução, O novo código de processo penal / CEJ / Jornadas de Direito Processual Penal*. Coimbra: Livraria Almedina,1995. p. 83-145.

SANTOS, Cláudia Cruz; *Assistente, recurso e espécie e medida da pena : acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12 de Dezembro de 2007*, Sep. de: Revista Portuguesa

de Ciência Criminal, Ano 18, Nº 1 (Jan/Mar 2008) p. 137-166; [S.l.] : Coimbra Editora, 2008.

SANTOS, Cláudia Cruz, *A "redescoberta" da vítima e o direito processual penal português*; Separata de: ARS Iudicandi : estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. III. – 2010; págs. [1133]-1153, [Coimbra] : Coimbra Editora, 2010.

SANTOS, Cláudia Cruz, *Um crime, dois conflitos : e a questão, revisitada, do "roubo do conflito" pelo Estado*; Separata de: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (2007); p. 459-474 ; [S.l.] : Coimbra Editora, 2007.

SANTOS, Cláudia Cruz; *Direito Penal mínimo e processo penal mínimo (brevíssima reflexão sobre os papéis processuais penais do Estado punitivo, do agente do crime e da sua vítima)*, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – ano 15, n.º 179 (Outubro de 2007).

SILVA, Germano Marques Da, *Curso de Processo Penal*, vol. I, 4ª ed., 2000.

ANTUNES, Maria João, *Código de Processo Penal*, 18ª edição, Coimbra Editora , 2010_ atualizado pela Lei n.º 20/2013, de 21/02.

ANTUNES, Maria João, *Código penal*, 16ª edição, Coimbra Editora, 2009_ atualizado pelas Lei n.º 60/2013, de 23/08, Lei n.º 19/2013, de 21/02, Lei n.º 56/2011, de 15/11, Lei n.º 4/2011, de 16/02, Lei n.º 40/2010, de 03/09, Lei n.º 32/2010, de 02/09.

Constituição da República Portuguesa, atualizada de acordo com a Lei Constitucional nº 1/2005, de 12 de Agosto, Almedina, 2007.

JURISPRUDÊNCIA

Assento n.º 8/99 de 30.10.1997 ; Acórdão do STJ uniformizador de Jurisprudência; Recurso n.º 1151/96; Carlindo Rocha da Mota e Costa (relator); DR 185/99 SÉRIE I-A, de 1999-08-10.

Acórdão n.º 205/2001/Tribunal Constitucional - Processo n.º 372/2000. 3.ª Secção

Acórdão do STJ de 7.12.99, processo n.º 1081/99.

Acórdão do STJ de 18-01-2012, Processo n.º 1740/10.1JAPRT.P1.S1 (Relator: Henriques Gaspar)

