

A JUSTIÇA PENAL ENTRE A PUBLICIZAÇÃO DEFENDIDA POR BECCARIA E A CONTEMPORÂNEA “DESCOBERTA DA VÍTIMA”

Cláudia Cruz Santos¹

RESUMO: Analisa a obra de Cesare Beccaria “Dos Delitos e das Penas”, de 1764, que estabelece a ideia de publicização da justiça penal. Questiona a vigésima terceira alteração ao Código de Processo Penal e a aprovação do Estatuto da Víctima por força da Lei n.º 130/2015, de 4 de setembro, sendo esta suscetível de gerar algumas dúvidas sobre a existência ou não de uma ruptura quanto ao modelo da participação da vítima no Processo Penal Português.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Penal. Beccaria. Processo Penal.

ABSTRACT: It analyzes the work of Cesare Beccaria "On Crimes and Punishments", 1764, establishing the idea of publicness of criminal justice. Questions the twenty third amendment to the Criminal Procedure Code and the approval of the victim of the Statute pursuant to Law No. 130/2015, of September 4, which is likely to generate some questions about whether or not a break as the victim participation model in the Portuguese Criminal Proceedings.

KEYWORDS: Criminal Justice. Beccaria. Criminal proceedings.

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Comemorou-se em 2014 a passagem de 250 anos desde a publicação da obra-prima de Cesare Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, dada à estampa na Itália de 1764, estudo que marca, através de uma inultrapassável crítica à justiça penal do Antigo Regime, o dealbar do Iluminismo Penal, com tudo o que isso significa de humanização do sistema punitivo, nomeadamente

¹ Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

através da promoção da legalidade, da proporcionalidade, da secularização da reação penal ou da igualdade.

Todavia, o segmento do pensamento de Beccaria que sobretudo importa a esta reflexão prende-se com a ideia de publicização da justiça penal, que a partir de então não mais parou de se fortalecer, também ancorada na concepção dominante de que a função do direito penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos e já não, portanto, de interesses privados ou de necessidades das vítimas.

De forma necessariamente sucinta, cumpre recordar o enfoque do Iluminismo Penal² e da teoria do contrato social³ na ideia de que a reação justa ao crime é uma reação *pública e proporcionada*, ideias que regra geral

² Apesar de se concordar com a afirmação de José de Faria Costa de que “houve vários iluminismos”, aquilo que agora se pretende sublinhar com esta referência ao “iluminismo penal” no singular é um núcleo de ideias principais que (ainda que com diversas formulações e especificidades) podem associar-se a este movimento e a um dado período histórico. Cfr. COSTA José de Faria. *Ler Beccaria Hoje*. In: BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. p. 12- ss.

³ Também não se desconhece a existência não de um, mas de vários entendimentos do contrato social. Sobre o assunto, entre nós, cfr. a título de exemplo, José de Sousa e Brito que enfatiza a distinção entre um entendimento de índole mais liberal (associado a Voltaire) e um outro democrático-jacobinista (atribuído a Rousseau). Cfr. BRITO, José de Sousa e. *A Lei Penal na Constituição*. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). **Estudos sobre a Constituição**. Lisboa: Petrony, 1978. p. 197- ss.

Também John Rawls considera que “há muitas teorias contratuais diferentes”, desde logo em função da forma como se concebem as partes contratantes, daqueles que se julga serem os seus interesses e das alternativas abertas pela tentativa de conciliação de tais interesses. De qualquer modo, deve ter-se em mente que não é a teoria do contrato social, em si mesma, que constitui objeto deste estudo, mas antes os modos pelos quais se repercute nas possibilidades de compreensão da justiça restaurativa. Cfr. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). **Estudos sobre a Constituição**. Lisboa: Petrony, 1978. p. 110.

se apresenta como conflitantes com o radical aprofundamento da participação das vítimas na resposta punitiva⁴.

Da ideia de pacto social como fonte de legitimação do poder estadual de punir decorre a conformação da punição como instrumento para a proteção da esfera de liberdade de cada cidadão contra crimes *futuros* e de proteção da sociedade, mas não já os interesses da vítima concreta e passada no núcleo da reação ao crime⁵.

⁴ Pretende-se, assim, contrapor uma concepção de justiça orientada para a proteção de bens jurídicos e, nessa medida, primariamente definida pelo seu intuito de proteção da “comunidade toda” e uma outra concepção de justiça mais atenta à satisfação das necessidades dos intervenientes concretos no conflito.

Jorge de Figueiredo Dias associa a origem desse “paradigma do direito penal democrático hodierno” que é um direito penal do bem jurídico ao “pensamento filosófico ocidental a partir do século XVII – no racionalismo cartesiano, no individualismo liberal, na mundividência antropocêntrica e humanista – e, pelo que diretamente respeita à doutrina jurídico-penal, no movimento do Iluminismo penal”. DIAS, Jorge de Figueiredo. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional – da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações”. In: PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 33.

⁵ Neste sentido, José Subtil considera que se institucionaliza, com o iluminismo penal e depois com o liberalismo do século XIX, “uma nova ordem legitimada em concepções radicalmente diferentes, de que destacamos os conceitos de *pacto social*, *finalidades das penas e/ou papel desempenhado pelo sistema penal*. O direito de punir passa a fundamentar-se, exclusivamente, no *pacto social*, o que implica que é à mesma sociedade que cabe a legitimidade para castigar, não para reparar a ofensa do particular, mas para reproduzir as condições da liberdade e, obviamente, a segurança do cidadão. Por isto mesmo deixam de ter cabimento a maioria das penas consagradas nas *Ordenações*, na medida em que os castigos passam a revestir caráter de utilidade pública”. SUBTIL, José, últ. op. cit. p. 85.

Com interesse, pode verificar-se que essa cisão entre o pensamento da punição e o pensamento da reparação é já clara na obra de Levy Maria Jordão, na sua afirmação de que “a ação material da pena deve traduzir-se na reparação do *damno*, porque só assim se pôde restabelecer o estado-de-direito perturbado em relação ao lesado: a acção moral deve resolver-se na reparação da perturbação toda moral do estado-de-direito na sociedade e no próprio criminoso. A pena tem por isso dois elementos

Ora, para ilustrar essa concepção do que seria reagir ao crime com justiça, ainda sob esse enfoque iluminista que se julga preservar grande influência no atual modelo dominante de reação ao crime, parece essencial aquilo que Cesare Beccaria, em jeito de conclusão da sua obra *Dos Delitos e das Penas*, afirmou sobre a pena: “para que toda a pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a mais pequena possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos, fixada pelas leis”⁶.

Sublinhe-se, para o objeto que a este estudo, sobretudo interessa, essa afirmação primeira de que a pena deve ser *pública*. Um traço distintivo da evolução da justiça penal é, todos o sabemos, o da sua publicização: o crime deixa progressivamente de ser visto como um assunto da vítima, da sua família ou grupo, e passa a ser entendido como um assunto da sociedade que vem a ser representada pelo Estado.

Para Beccaria, “a única e verdadeira medida dos delitos” é “*o dano à sociedade*” – e não a “intenção de quem os comete”, nem “a dignidade da

distintos, a reparação (em relação ao efeito material do crime) e a pena, propriamente dita (em relação ao efeito moral). A reparação porém não é objeto da ciência penal, e os Códigos, que d’ella se ocupam (como o nosso, a tantos respeito por certo defeituosíssimo), não compreendem verdadeiramente a sua missão, nem se elevam à philosophia da verdadeira penalidade”. JORDÃO, Levy Maria. O Fundamento do Direito de Punir: Dissertação Inaugural apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no ano de 1853. **Boletim da Faculdade de Direito**, v. 51, 1975, p. 307. Para um aprofundamento da reflexão sobre a vida e a obra do Penalista, que refere, entre vários outros aspectos, “a associação entre os trabalhos de reforma do Código de 1852 e a pessoa de Levy Maria Jordão cfr. CAEIRO, Pedro. Levy Maria Jordão, Visconde de Paiva Manso: Notas bibliográficas. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. 71, 1995, p. 363.

⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 1998. p. 163.

pessoa ofendida”, nem “a gravidade do pecado”. Depois de distinguir três espécies de delitos (aqueles que “destroem imediatamente a sociedade ou quem a representa”; aqueles que “ofendem a segurança privada de um cidadão na sua vida, bens ou honra”; aqueles que são “ações contrárias àquilo que cada um é obrigado pela lei a fazer, ou a não fazer, com vista ao bem público”), o Autor reafirma que “todo o delito, mesmo privado, ofende a sociedade”⁷.

Nesta medida, ao afirmar-se enquanto “manifesto do garantismo”⁸ e ao pôr o acento daquilo que pode merecer o nome de delito” no dano à sociedade, a obra *Dos Delitos e das Penas* assume papel decisivo na configuração do paradigma liberal da justiça penal, que reserva um espaço diminuto aos interesses da vítima concreta do crime.

Posteriormente, aprofunda-se essa hipervalorização do bem da sociedade, que passa a ser vista como um ser em si mesma, como que com uma vida própria e interesses também específicos, um ser que é mais do que a mera soma dos indivíduos que o compõem. Essa tendência, associada ao surgimento das concepções organicistas da sociedade – que Silva Dias bem apresenta como “difundidas no século XIX sob o impulso do movimento romântico e idealista, da escola histórica, da filosofia de Hegel e do positivismo sociológico”⁹ –, contribui para o aguçar da concepção da justiça

⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 1998p. 75-78.

⁸ Para José de Faria Costa, “esta pequena obra (...) pode ser vista como o Manifesto do garantismo, ou seja: como manifesto das garantias, em direito e processo penais, nas suas relações com o Estado detentor do *ius puniendi*”. COSTA José de Faria. Ler Beccaria Hoje. In: BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. p. 8

⁹ DIAS, Augusto Silva. **Delicta in se e Delicta mere Prohibita**: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção

clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 149. O Autor refere o reflexo destas concepções organicistas da sociedade “no plano da filosofia do Direito Penal: a primazia do todo social sobre o indivíduo e a perspectiva inerente de defesa da sociedade perante o delinquente”. E

sublinha a influência principal do positivismo sociológico de Comte e de Spencer e da filosofia hegeliana. Quanto a esta, vinca a ideia de que se parte do princípio de que “o crime representa uma rebelião da vontade individual contra a vontade universal materializada na lei”, afirmação que reveste interesse na perspectiva da evolução da compreensão da lei penal como lei que defende essa universalidade que é a comunidade, e não já cada um dos indivíduos que a compõem. Com muito interesse, veja-se a forma como o Autor distingue *a defesa da sociedade* subjacente ao pensamento da escola clássica e aquele outro subjacente à escola positiva, precisamente a partir de uma concepção não organicista ou organicista de sociedade. Assim, começa por referir que, para o positivismo naturalista, “a sociedade é concebida à semelhança de um organismo vivo, como uma totalidade que pode ser ameaçada ou ferida por comportamentos agressivos de agentes nocivos que nela se desenvolvem”. Vinca-se, assim, “a conexão estreita entre teoria do Direito Penal e teoria da sociedade”. Poder-se-ia tender a certa parificação da escola clássica e da escola positiva com base nesta função comum de defesa da sociedade. Todavia, Dias sublinha que, para além dessa função, tudo o resto é diverso: “é verdade que tanto Beccaria e Carrara como Garofalo estabelecem uma relação de finalidade entre a pena e a defesa da sociedade. Mas em tudo o resto, desde o fundamento teórico ao significado prático da defesa social, vence a diferença. A perspectiva de defesa social da escola clássica inscreve-se numa concepção da sociedade como conjunto de indivíduos detentores de direitos e liberdades que só devem ser restringidos pelo Estado quando isso se mostrar necessário para salvaguardar outros direitos e liberdades. A ameaça penal serve para garantir a ordem social enquanto ordem da liberdade (...). O destinatário das leis penais é visto como sujeito racional (...). Por seu turno, a concepção de defesa social do positivismo naturalista insere-se (...) numa teoria organicista da sociedade, na qual o indivíduo é reduzido ao papel de micro-organismo, que, do mesmo modo que a totalidade é regida por leis da causalidade, é determinado à ação por fatores endógenos e exógenos”. DIAS, Augusto Silva, op. cit. p. 161-162.

A razão pela qual se julgou dever atribuir ênfase a esta explicação prende-se com a sua relevância para a compreensão da progressiva neutralização do indivíduo como sujeito do conflito criminal, em detrimento de uma gradual prevalência do interesse da sociedade, e de uma sociedade já não vista como uma soma dos indivíduos que a compõem. Noutra perspectiva, agora desligada de uma reflexão especificamente jurídico-penal, mas também vincando a prevalência da sociedade sobre o indivíduo em algumas correntes do pensamento oitocentista, António Pedro Mesquita afirma “um aspecto particular”: “é que a sociedade não é vista (...) apenas como um todo, ainda que único concreto perante a evanescência do particular abstrato, mas como

penal como um assunto da comunidade, e um assunto desligado daqueles que são os intervenientes no conflito criminal, cujos “assuntos concretos” perdem relevância.

1 INDAGAÇÃO SOBRE O SENTIDO DA ACTUAL PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

Em tempos – os nossos – que muitos apodam de tempos de “descoberta da vítima”, parece pertinente a ponderação daquilo que tal significa sob o enfoque daquela publicização defendida por Beccaria e pedra de toque do paradigma iluminista. Estar-se-á, por força de um crescente reconhecimento político-criminal da vítima – de que é exemplo mais recente a Lei n.º 130/2015, de 4 de Setembro, que altera o Código de Processo Penal, nomeadamente através do aditamento de um artigo 67.º-A que passa a definir “vítima”, e que também aprova o novo Estatuto da Vítima – a provocar uma erosão significativa daquela natureza intrinsecamente pública da justiça penal que tão cara era a Cesare Beccaria?

Eis o que merecerá a nossa atenção de seguida.

A primeira nota que se quer vincar é a de que se reconhece a necessidade de cautela com a hiperbolização do discurso vitimológico como

um todo *que está para lá da parte*, que vale por si, independentemente de todos e de cada um dos seus membros, porque é uma realidade *orgânica*, um grande ser vivo em que, tal como os que inspiram a analogia na natureza, o corpo animado não é coleção nem cadáver e, portanto, não coincide com a mera soma, justamente inorgânica, das partes”. E o Autor acrescenta que aqui vai implícita “uma nova e importante diferença com a tese jacobina (...), para a qual o todo é *aritmético* e, portanto, não é justamente senão a soma das partes”. Cfr. MESQUITA, António Pedro. **Liberalismo, Democracia e o Contrário**: Um século de pensamento político em Portugal (1820-1920). Lisboa: Edições Sílabo, 2006. p. 40-41.

alavanca para uma ampla preponderância dos interesses das vítimas. Entre os riscos mencionados, têm-se sobretudo em conta o recrudescimento punitivo acompanhado por uma desconsideração dos direitos fundamentais do arguido¹⁰ ou, sob outra perspectiva, o enfraquecimento do Estado e das instituições associado à dissolução das fronteiras entre as esferas pública e privada¹¹.

Todavia, o que se julga é que a descoberta da vítima (e reitere-se a preferência pelo conceito de “descoberta” ao de “redescoberta”¹²) não tem de

¹⁰ Entre aqueles que chamam a atenção para as desvantagens do populismo penal que se serve da narração do sofrimento das vítimas como instrumento, cfr. SALAS, Denis. **La Volonté de Punir**: Essai sur le Populisme Penal. Paris: Hachette, 2005. p. 14-ss.

¹¹ Sobre esse risco de enfraquecimento do Estado potenciado pelo fortalecimento da vítima, cfr., a título de exemplo: WIEVIORKA, Michel. **La Violence**. Paris: Hachette, 2005. p. 100- ss. Wiewiorka não deixa, porém, de sublinhar as vantagens inerentes ao reconhecimento público do sofrimento das vítimas, através de novas possibilidades de expressão dos sujeitos individuais e coletivos, considerando que a possibilidade de narração das experiências e dos traumas sofridos enfatiza a presença do sujeito individual na consciência colectiva. Far-se-ia assim face à violência, que é uma negação do sujeito, através de uma reafirmação do próprio sujeito.

¹² Não se julga evidente que o “caráter intersubjectivo” da justiça que teria caracterizado a Alta Idade Média justifique a sua classificação como período “do tudo” para a vítima do crime, depois substituído por um hiato do “quase nada” que teria durado até, pelo menos, ao século XIX. De fato, a inexistência ou a fraqueza de uma justiça penal pública, norteadas por ideais de igualdade e de solidariedade, dificilmente pode ser vista como uma conquista para todas as vítimas (ou para a maioria das vítimas), entregues a si próprias. Em sentido próximo daquele que se julga o correto, Maurice Cusson afirma que a vida dos povos que admitiam a vingança como forma legítima de reagir ao crime não era idílica, sendo “o nível de violência interna relativamente elevado”. O Autor acrescenta que, segundo Bloch, “a violência foi verdadeiramente a marca da Idade Média e, entre as suas causas, encontra-se em lugar de destaque a *faida*, responsável por uma infinidade de dramas sangrentos”. Apesar de tudo, reconhece uma certa parcimônia no exercício da vingança, relacionada com a criação de vários obstáculos à sua execução, como o direito de santuário ou a composição. Depois de se questionar sobre as razões pelas

impor o abandono das ideias centrais do modelo contemporâneo de resposta ao crime. Essas ideias articulam-se numa construção do pensamento em cujo núcleo está a visão do crime como uma ofensa intolerável a bens jurídicos que a comunidade deve proteger no interesse da sua própria subsistência. E, por ser assim, tem de caber ao Estado a defesa de tais valores, cuja natureza é tendencialmente indisponível.

O reconhecimento de que o crime tem esta dimensão coletiva (por significar o conflito da conduta do agente com valores que a comunidade toma como essenciais) é coerente com o recorte público e indisponível dado à justiça penal pelo pensamento moderno. Legitima um processo penal cuja promoção é orientada pelo princípio da oficialidade. Todavia, é a afirmação de que o crime pode ter *também* uma dimensão interpessoal, que supõe um conflito entre o agente e a sua vítima, que, sobretudo justifica aquela *descoberta* da vítima¹³.

quais, sendo a vingança privada legítima, ela não se produzia com mais frequência, Cusson considera que uma das razões principais é o conhecimento da conveniência de as sanções supremas atuarem sobretudo ao nível da imaginação das pessoas (“a sanção suprema, sobretudo quando consiste em fazer perecer um ser humano, exerce um grande fascínio sobre os espíritos”). CUSSON, Maurice. **Pourquoi punir?** Paris: Dalloz: 1987. p. 43-ss.

¹³ José de Faria Costa sustenta a ideia de que o fato de a vítima fazer parte do discurso punitivo não se mostra incompatível com o caráter de coisa pública da justiça penal. Nas palavras do Autor, “a pedra de toque da nossa reflexão assenta na ideia de que a justiça enquanto ato material dos homens e para os homens se quis sempre mostrar como coisa pública. Se quis sempre assumir como ato com repercussões sociais. E se ato com repercussões sociais indesmentíveis, é evidente que a sua ressonância – e falamos, como é óbvio, nesta circunstância, da justiça penal – se não podia nem devia cingir ao círculo directo ou estreitíssimo das personagens envolvidas. Personagens que nos primeiros tempos eram fundamentalmente só duas: o detentor do *ius puniendi* e o delinquente. Ainda estavam longe, muito longe, os tempos em que a vítima – depois de ter sido ela mesma a detentora do *ius puniendi* (vingança privada) – viria, novamente, a fazer parte do discurso punitivo. O certo é que, desde cedo, a materialização dos atos de

Considere-se um exemplo: *Álvaro* tentou matar *António*, seu pai. A vida humana é um valor essencial – o valor essencial – que a comunidade organizada em Estado não pode deixar de proteger. Por esse valor ser indisponível, o Estado punitivo deve promover o processo e aplicar a pena a *Álvaro* independentemente da vontade de *António*. O Estado quer mostrar a todos os seus cidadãos que aquele valor, a vida, preserva a sua essencialidade e vigência, não podendo ser desrespeitado. Todavia, quando *Álvaro* tenta matar *António*, seu pai, não há só um conflito entre a sua conduta e um valor essencial e esse acontecimento não pode ser visto apenas como um pretexto para evitar males futuros. Há também, neste acontecimento, um conflito de natureza interpessoal que causa danos específicos a *António*. Neste conflito interpessoal, *António* tem um papel fundamental.

Quando se compreende que o crime pode ter mais do que uma dimensão, compreende-se também que se devam abrir distintas possibilidades de resposta. Compreende-se a importância da resposta dada pela justiça penal àquela dimensão pública do crime e compreende-se que aí o papel da vítima não seja o principal (esse conflito, de que trata a justiça penal, entre a conduta do agente e valores essenciais para a comunidade é, portanto, um conflito que o Estado não roubou). Mas compreende-se também a necessidade de outras formas de resposta para aquela outra dimensão do crime, que é a dimensão interpessoal.

justiça não foi tida como coisa privada, mas antes como coisa pública”. COSTA, José de Faria. Os novos horizontes sobre os meios de comunicação social e a justiça ou a vertigem de Hermes. In: _____. **Direito Penal da Comunicação**: Alguns Escritos. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 122-123.

Nesta medida, pensa-se que a descoberta da vítima tem de se manifestar nestes dois planos: em primeiro lugar, com maior novidade e porventura maior importância, no plano da resposta não penal àquela dimensão interpessoal do crime (considere-se, a esse propósito, a proposta restaurativa); em segundo lugar, no plano da resposta penal.

É fácil compreender a primazia do papel da vítima e *daquilo que lhe sucedeu* no plano da resposta *não penal*. Parece mais difícil defender o aprofundamento da importância do seu papel ao nível da resposta penal, essa resposta pública e de tensão entre aqueles valores primordiais da ordem e da liberdade, essa resposta em que o valor da solidariedade não pode preponderar sobre o da liberdade¹⁴.

Com formulação porventura mais enfática do que aquela que se teria escolhido, mas com fundamento que se compreende, Cornelius Prittwitz, no contexto de uma ponderação das teorias absolutas e relativas dos fins das penas da qual ressalta a irrelevância da vítima sob qualquer uma das perspectivas, afirma que não há nenhuma razão para se criticar o escasso papel que as vítimas assumem na justiça penal. Questiona: “se a lei penal trata, por definição, de prevenir crimes futuros, que papel poderia ou deveria a vítima desempenhar neste processo?”. E responde que, em princípio, “a vítima deveria ficar contente por não ter que desempenhar papéis adicionais.

¹⁴ Um dos Autores que sublinha o risco para a justiça penal inerente a uma sobrevalorização do “discurso da vítima” é Antoine Garapon: “a condição de vítima polariza: a vítima encarna a inocência absoluta e transforma o ser agressor em monstro absoluto (...). Uma tal percepção do mal – apolítica – impede de pensar a justiça. Se entrarmos no mundo pela psicologia, pelo sofrimento, pela emoção, chegamos a um impasse, pois encontramos-nos na impossibilidade de fazer coexistir duas psicologias ao mesmo tempo: a do criminoso e a da vítima. A opinião é caprichosa e versátil, pronta a deixar-se arrebatar por todas as causas, mesmo as mais contraditórias. Um dia, ela compadece-se da vítima; no dia seguinte, do preso.

A lei penal, o processo penal e a punição são assuntos públicos em que os cidadãos são forçados a participar. Por que razão desejaria alguém tal papel?”¹⁵

Ora, apesar de se concordar com a interpretação do Autor quanto à não inclusão da tutela da vítima entre os fins principais da justiça penal, já não se aplaude a sua visão da indesejabilidade, na perspectiva da própria vítima, da sua participação no processo penal. Quando a este ponto, há uma outra ideia que se deve ter em conta: ainda que a satisfação das necessidades da vítima não seja finalidade principal da justiça penal, *a vítima tem um interesse específico na realização da justiça penal*. Assim, se há um interesse da comunidade na produção de uma solução justa para a questão criminal, há também um interesse da vítima – paralelo, ainda que com linhas de não coincidência e porventura secundário – na busca de uma resposta punitiva adequada ao seu conceito de justiça.

Todavia, além daquele interesse que a vítima tem na adequação da resposta punitiva ao seu conceito do que é o tratamento jurídico-penal justo da questão, ela pode estar carecida de outra espécie de intervenção, mais norteada por uma ideia de solidariedade¹⁶. A solidariedade que o sistema

Ora, a justiça tanto é devida a um como a outro”. GARAPON, Antoine. Direito e moral numa democracia de opinião. In: GARAPON, Antoine; SALAS, Denis (Coords.). **A Justiça e o Mal**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 181.

¹⁵ PRITTWITZ, Cornelius. The Resurrection of the Victim in Penal Theory. **Buffalo Criminal Law Review**, 1999, v. 3, p. 119.

¹⁶ Autores como Eduardo Correia e Jorge de Figueiredo Dias referiram já o dever de solidariedade que o Estado tem face ao delinquente em sede de execução da pena, o que o primeiro justifica também pelo fato de que estes “se encontram num particular estado de necessidade e de desespero”. Ora, se bem se vê o problema, o dever estadual de solidariedade com as vítimas de crimes vai beber, tendencialmente, às mesmas fontes. Cf. CORREIA Eduardo. Ainda sobre o problema da “ideologia do tratamento”: algumas palavras sobre o “serviço social de justiça”. In: INSTITUTO

penal pode oferecer à vítima é, porém, limitada pela sua própria função e pela dificuldade que sente em tutelar interesses que não são necessariamente coincidentes – os interesses da comunidade (das vítimas abstratas e futuras) e os interesses da vítima concreta. Também por isso, no processo penal, que é um “assunto da comunidade”, a vítima é um convidado, mas é um convidado nem sempre bem tratado e um convidado a quem se tem pedido para pagar pelo menos uma parte da conta. No processo penal, o desafio está, segundo se crê, em maximizar o respeito com que esse convidado é tratado e em maximizar aquilo que se lhe pode oferecer, sem atingir o núcleo das finalidades especificamente penais.

Aquilo que o processo penal – este processo penal público – pode oferecer à vítima não será, em muitos casos, suficiente para assegurar a solidariedade que ela merece. Isso supõe o reconhecimento de que existe no crime outro conflito que não é aquele de que a justiça penal se ocupa. Neste sentido, a justiça penal ocupa-se de um conflito que não roubou – o conflito, que o crime representa, entre a conduta do agente e valores essenciais para a comunidade. Mas a solidariedade que a comunidade organizada em Estado deve à vítima exige que se lhe forneçam meios para responder à outra dimensão do crime, essa dimensão de conflito concreto entre um agente e uma vítima cuja paz individual foi abalada¹⁷. Estes mecanismos são

DE REINserÇÃO SOCIAL. *Cidadão Delinquente: Reinserção Social?* IRS: Lisboa, 1983. p. 15.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Português: As Consequências Jurídicas do Crime.** Coimbra: Almedina, 2009. p. 74.

¹⁷ Para Christa Pelikan, “a agressão, antes de constituir uma violação da lei, traduz-se na experiência emocional de magoar ou ser magoado”. PELIKAN, Christa. Sobre a Justiça Restaurativa. **Newsletter DGAE**, n. 2, 2003, p. 9.

essencialmente externos ao processo penal, ainda que – como sucede com a mediação penal – nele se possam repercutir.

Do que até aqui se disse não resulta, porém, qualquer apologia da devolução da justiça penal à vítima, por muito que isso se não confunda com a vingança privada. O que se defende é antes a existência de modelos de reação ao crime que façam acompanhar o processo penal – um processo penal que proteja, na medida do possível, a vítima – de outras formas de resposta ao delito. E que, nessa medida, se faça justiça à comunidade, porque se defende a ordem; se faça justiça ao arguido, porque se respeita a sua liberdade, e se faça justiça à vítima concreta, garantindo uma resposta solidária face às suas reais necessidades¹⁸.

O primeiro ponto que importa sublinhar é a inexatidão da afirmação recorrente de que a nossa justiça penal esqueceu a vítima. A recensão antes esboçada mostra o contrário. Todavia, comprova também, segundo se julga, certas limitações, algumas das quais inerentes àqueles que são o fundamento e a finalidade da intervenção penal.

Para, em jeito de síntese, se ajuizar da suficiência ou da insuficiência da resposta dada pela justiça penal à necessidade de proteção da vítima,

¹⁸ O que em certo sentido se pede à justiça penal é que favoreça, sempre que possível, a abertura de outras portas de reação ao crime que possam corresponder melhor às necessidades das vítimas. Na opinião de Heather Strang e Lawrence Sherman, existem evidências de um tratamento injusto e desrespeitoso das vítimas pela justiça penal. E acrescentam que a justiça restaurativa parece estar numa posição privilegiada para “aliviar esse problema”, havendo um nível significativo de prova das vantagens inerentes ao funcionamento de “milhares de programas restaurativos em três continentes”. Concluem que “quanto mais cedo a justiça criminal abrir as suas portas à participação das vítimas na justiça restaurativa, mais cedo podemos começar a reparar o mal de nove séculos de esquecimento das vítimas”. STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence. Repairing the harm: victims and restorative justice. *Utah Law Review*, n. 1, 2003, p. 42.

devem ponderar-se *as vertentes em que deve decompor-se esse conceito amplo de proteção*, de modo retirar algumas ilações relativamente ao preenchimento de cada uma delas. Assim, crê-se que a proteção da vítima supõe: I) a adoção de um tratamento processual que não ofenda a sua dignidade e não potencie o seu sofrimento; (II) a promoção da sua segurança face a agressões pelo agente ou pelos seus próximos; (III) a oferta de uma possibilidade de reparação – ou de minimização – dos danos de diversas espécies que pode ter sofrido.

Relativamente ao primeiro aspecto referido, parece claro que o direito processual penal português tem vindo a aprofundar um conjunto de mecanismos orientados para a minimização da vitimização secundária: a título de exemplo, considerem-se o alargamento da possibilidade de declarações para memória futura; a limitação do carácter público da audiência de julgamento ou a proibição de divulgação da identidade de vítimas de determinados crimes. Mesmo assim, parece dever reconhecer-se que não é possível uma proteção absoluta de todas as vítimas contra aquela vitimização secundária. Essa proteção conhece limites, sobretudo os decorrentes da finalidade penal da prevenção geral positiva ou de integração – que supõe o conhecimento pela comunidade da condenação que reafirma a importância dos valores atacados pela conduta delituosa –; e os limites impostos pela finalidade do direito processual penal de não desproteção, para além do suportável, dos direitos fundamentais do arguido. O direito que o arguido tem ao exercício de uma defesa efetiva não pode prescindir do respeito pelos princípios do contraditório e da imediação, o que supõe uma possibilidade de se procurar desconstruir a versão dos acontecimentos apresentada pela vítima num certo tempo e num certo espaço.

Pelo menos em certo sentido, são estes mesmos limites que, ainda que de modo porventura atenuado, condicionam a possibilidade de se responder de forma plena ao segundo dos vetores em que se afirmou que aquela proteção da vítima se manifesta: a garantia da segurança contra agressões ocorridas durante o processo penal ou mesmo depois da condenação. Como antes se referiu, cunhou-se já o direito do ofendido à informação sobre a libertação do agente do crime sempre que possa afirmar-se a probabilidade de ela ser perigosa. E o regime jurídico da proteção de testemunhas também criou um conjunto de mecanismos que procuram garantir a segurança dos sujeitos ou participantes processuais que contribuem para a descoberta da verdade. Todavia, uma sua análise, ainda que superficial, desvenda os requisitos apertados que a concessão daquela proteção exige. E, para ilustrar o sentido dessa limitação, sempre pode dizer-se que, se os meios de ocultação da identidade da testemunha (no sentido muito amplo acolhido, que abrange as vítimas) representam também um prejuízo para a defesa do arguido, tais meios devem restringir-se ao indispensável¹⁹.

Porém, a ponderação sobre a suficiência ou a insuficiência da proteção dada à vítima do crime pela justiça penal prende-se, também, com

¹⁹ A este propósito, veja-se a afirmação de Sandra Oliveira e Silva de que “é consabido que o âmbito processual das medidas de proteção pode encontrar relevantes obstáculos ou, pelo menos, ser limitado em função de interesses conflitantes de feição comunitária ou individual. Os postulados essenciais da estrutura acusatória resultante da legislação portuguesa – o contraditório, a imediação, a publicidade –, bem como as prerrogativas de defesa reconhecidas ao arguido, apresentam-se, as mais das vezes, em total antinomia com as exigências de tutela das testemunhas. De tal modo que se torna inviável garantir um destes valores em recíproca interação sem em maior ou menor medida sacrificar o outro”. SILVA, Sandra Oliveira e. **A Proteção de Testemunhas no Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 12.

aquele terceiro vetor de reparação em sentido amplo dos danos causados à vítima. Apesar da multiplicidade dos institutos orientados para a reparação já conhecidos pelo nosso direito penal e pelo nosso direito processual penal, julga-se que eles não são suficientes. Elenquem-se, de forma sucinta, as razões cumulativas que sustentam esta conclusão.

A indenização por perdas e danos, além de não ser uma resposta *da justiça penal* tendo em conta a sua indiscutível natureza civil, é com frequência insusceptível de obtenção pelo lesado. E isso é assim sobretudo porque, em muitos casos, o agente do crime que é também o responsável civil é desconhecido, não tem meios para cumprir o dever de indenizar, ou consegue iludir esse dever. Ora, quando assim é, os mecanismos de natureza supletiva (nomeadamente, a indenização pelo Estado ou a entrega ao lesado do valor da multa ou dos objetos ou proventos do crime) têm requisitos muito apertados e têm merecido escassíssima aplicação prática.

Por outro lado, a reparação contemplada em várias normas esparsas do Código Penal tem os limites que a enunciação da questão já desvenda: o seu caráter pontual e, sobretudo, condicionado à prossecução das finalidades especificamente penais da prevenção geral e da prevenção especial, limitadas pela culpa.

Finalmente, as várias formas de reparação elencadas têm um denominador comum que as distingue da reparação restaurativa: elas não são nunca formas de reparação alicerçadas em um exercício exclusivo e de plena autonomia das vontades dos intervenientes concretos no conflito, antes resultando sempre – em maior ou menor grau – da ponderação de um terceiro, que se posiciona como autoridade e que determina aquela reparação em função de outros critérios. Assim, sobre aquelas reparações penais

sempre se poderá dizer que não correspondem necessariamente àquilo que o agente do crime e a sua vítima escolheriam como conteúdo do acordo, no encontro que fundaria a pacificação do conflito.

Uma nota última serve para sublinhar a ideia de que, apesar de a proposta restaurativa ter na sua gênese a crítica da forma como a justiça penal trata a vítima do crime e ter nos seus objetivos a reparação mais ampla dos danos que lhe foram causados, também se *não julga que ela seja sempre um remédio para todos os males sofridos por todas as vítimas*. De fato, existirão vítimas que não querem participar nos procedimentos restaurativos e haverá vítimas que, participando, não ficarão satisfeitas com os resultados que aí forem alcançados²⁰. Haverá vítimas que preferem a resposta ao crime

²⁰ O fato de a justiça restaurativa não constituir panaceia para todas as vítimas foi já reconhecido por vários Autores. Veja-se, a título de exemplo, o estudo de Jo-Anne Wemmers e Marisa Canuto, que analisam o grau de satisfação de vítimas que participaram em programas restaurativos, quer no que respeita à satisfação com os procedimentos, quer no que tange à satisfação com os resultados, a partir de uma ampla comparação de estudos sobre a matéria levados a cabo em diversos países (nomeadamente em Inglaterra, no Canadá, nos Estados Unidos, na Bélgica ou na Alemanha). Afirmam que as expectativas das vítimas que participam em programas restaurativos são “relativamente consistentes”, relacionando-se com os objetivos de reparação dos danos, de auxiliar o agressor, confrontá-lo com as consequências do seu comportamento ou obter do agente uma explicação para a vitimização. Todavia, também dão conta das principais razões das vítimas que recusam participar em programas restaurativos: consideram que “o esforço não vale a pena”, não acreditam na sinceridade da participação do agente ou “estão ainda demasiado enfurecidas com ele”. WEMMERS, Jo-Anne; CANUTO, Marisa. **Victim’s experiences with, expectations and perceptions of restorative justice: a critical review of the literature**. Montréal, Canadá: International Centre for Comparative Criminology, Université de Montréal, 2002. p. 16

Wemmers e Canuto acabam por concluir, com base na ponderação das avaliações a que foi sujeita uma ampla amostra de práticas restaurativas, que “apesar de a percentagem de vítimas que quer participar em programas restaurativos variar consoante os estudos, há claramente um grupo significativo que está interessado neles”. E acrescentam que esta conclusão é aplicável a “todos os tipos de vitimização”, inclusivamente a originada por “crimes graves”. op. cit., p. 26.

dada pela justiça penal, nomeadamente por não estarem tão interessadas na reparação dos seus danos como na punição do seu agressor, que encaram como um imperativo, à luz da sua concepção de justiça ou das suas aspirações a segurança. E mesmo quando se reconhece que essa resposta penal tem lacunas na perspectiva da vítima, substituí-la por outra resposta não será a única solução, podendo ser mais conveniente melhorá-la (melhorando, a título de exemplo, a informação do processo penal que a vítima recebe)²¹.

O que merece ser enfatizado, porém, é que a resposta restaurativa se trata de *outra* resposta – e de uma resposta que tem sido sujeita a avaliações com resultados genericamente positivos²². E aquilo que se julga, assim, é

Todavia, não deixam de sublinhar que, apesar de a maioria das avaliações dar conta de um elevado nível de satisfação das vítimas com as práticas restaurativas, nada permite concluir que elas não ficariam igualmente satisfeitas com a resposta dada pela justiça penal. Essa comparação não resulta da análise feita. Por outro lado, a manifestação de insatisfação das vítimas com os programas restaurativos está em regra associada à falta de informação, à inexistência de reparação e à incapacidade das autoridades para fazerem o agente cumprir o acordado. Curiosamente, sublinham também as Autoras, as mesmas críticas que são recorrentemente feitas à justiça penal.

²¹ Entre os Autores que alegam a existência de riscos para as expectativas das vítimas nas práticas restaurativas, Andrew Ashworth e Lucia Zedner afirmam a importância para a vítima de exercer o seu “direito a um dia no Tribunal”. Cf. ASHWORTH Andrew; ZEDNER, Lucia. Defending the criminal law: reflections on the changing character of crime, procedure and sanctions. **Criminal Law and Philosophy**, v. 2, n. 1, 2008. p. 21-ss.

²² Esses resultados sintetizam-se na afirmação de Allison Morris e Gabrielle Maxwell de que «as vítimas cujos agressores participam da justiça restaurativa têm mais informação, é mais provável que encontrem e “confrontem” o seu agressor, é mais provável que tenham alguma compreensão das razões por trás do crime, é mais provável que recebam alguma espécie de reparação pelo mal sofrido (...), é mais provável que fiquem satisfeitas com o acordo obtido, é mais provável que se sintam melhor com a experiência vivida e é menos provável que depois se sintam zangadas ou com medo do que aquelas vítimas cujos agressores foram levados a tribunal». MORRIS, Allison ; MAXWELL, Gabrielle. Implementing restorative justice: what

que, tendo como pano de fundo a diversidade das vítimas e das suas expectativas, o alargamento das possibilidades de resposta contribuirá, em princípio, para o alargamento do universo das vítimas reconfortadas com a solução encontrada para os desvalores que o crime lhes causou.

2 A ALTERAÇÃO AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL INTRODUZIDA PELA LEI N.º 130/2015, DE 4 DE SETEMBRO, E O SENTIDO DA NOVA DEFINIÇÃO DE VÍTIMA

A vigésima terceira alteração ao Código de Processo Penal e a aprovação do Estatuto da Vítima (em decorrência da Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade), por força da Lei n.º 130/2015, de 4 de setembro, é susceptível de gerar algumas dúvidas sobre a existência ou não de uma ruptura quanto ao modelo da participação da vítima no processo penal português.

Parece poder afirmar-se que, à luz do Código de Processo Penal de 1987, a vítima surgia na justiça penal sob duas distintas vestes: ou se apresentava enquanto *ofendido* – e, nessa medida, enquanto “titular dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação” –; ou assumia o papel de *lesado* – sendo, enquanto tal, “a pessoa que sofreu danos ocasionados pelo crime”. A referência a estas duas categorias afigura-se essencial, na medida em que as possibilidades de intervenção no processo –

works?” In: Morris A.; Maxwell G. (Eds.). **Restorative Justice for Juveniles: Conferencing, Mediation and Circles**. Portland: Hart Publishing, 2003. p. 268.

e o sentido dessa intervenção – variam decisivamente em função da qualidade de ofendido ou de lesado: o primeiro é definido em função do *tema penal* e o segundo é definido na essência em função do *tema civil*. Ora, daqui decorre uma consequência fundamental: o ofendido, sobretudo quando se constitui assistente, desempenha o seu papel no fito de obtenção de uma resposta à questão criminal; o lesado concebe a sua intervenção no processo tendo por horizonte a questão cível e a obtenção de uma indemnização pelos danos que sofreu²³.

A conclusão que daqui se pretende extrair é sobretudo uma. Quando, face às acusações de esquecimento da vítima, se alega que o reconhecimento que se lhe atribui no nosso direito processual penal é tão grande que o ofendido pode até, mediante um ato de vontade, transfigurar-se em assistente²⁴ e adquirir os direitos de um sujeito processual, o que se esquece

²³ No processo penal, as *partes civis* têm natureza ativa (o lesado), ou passiva (o responsável civil). Este responsável civil pode não coincidir com o arguido, sendo antes um avalista ou fiador, por exemplo. Por outro lado, também o lesado pode não coincidir com o ofendido. Finalmente, o assistente pode não ser o ofendido, mas apenas a pessoa que nos termos da lei deve representá-lo no processo (e também o ofendido pode não ser assistente em todos aqueles casos em que resolver não se constituir como tal).

²⁴ É, de resto, a esta possibilidade de constituição como assistente que se atribui relevo logo na Exposição constante do Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro: “paradigmático a este respeito é o que se passa com o estatuto da vítima-assistente, que nos singulariza claramente no contexto do direito comparado e por cujo modelo começam agora a orientar-se os movimentos de reforma de muitos países, sob o impulso das mais recentes investigações criminológico-vitmológicas”. Em sentido muito próximo, Jorge De Figueiredo Dias e Anabela Miranda Rodrigues sublinham que essa “novidade” que é o reconhecimento da necessidade de proteção daquela vítima concreta “é muito maior para a generalidade dos países europeus – sobretudo do centro e do norte da Europa – do que para um país como Portugal, que desde há muito concede à vítima a maior proteção possível, que é a de lhe outorgar voz autónoma logo ao nível do processo penal na veste, desconhecida da prática totalidade das legislações europeias, de assistente”. DIAS, Jorge de Figueiredo;

é que, (I) quando, por circunstâncias várias, o ofendido não tiver podido ou querido constituir-se assistente, não lhe assistem aqueles direitos²⁵; (II) nessa qualidade de assistente, a vítima mais não pode do que pretender condicionar a resposta à *questão penal*. Ora, por ser assim, a única matéria que o assistente pode pretender influenciar é a atinente à condenação do agente a uma pena ou a uma medida de segurança – mesmo assim, como se verá, com

RODRIGUES, Anabela Miranda. Parecer sobre a legitimidade da S. P.A. em processo penal. In: **Direito de Autor: Gestão e Prática Judiciária**. Lisboa: SPA, p. 105-124, 1989. p. 113. O reconhecimento de uma certa especificidade da configuração do sujeito processual assistente no direito processual penal português é visível também no pensamento de José Damião da Cunha. Cf. CUNHA, José Damião da. Algumas reflexões sobre o estatuto do assistente e seu representante no direito processual penal português. **RPCC**, ano 5, n. 2, abr.-jun., 1995. p. 153-ss. A questão é revisitada, ainda que de forma sucinta, no estudo de Arménio Sottomayor, a partir de uma ponderação das formas de participação da vítima no processo penal no direito comparado, vincando-se que, entre nós, “tem faltado o reconhecimento dum papel processual mais ativo durante o inquérito, fase crucial no apuramento dos fatos e onde a colaboração da vítima pode ser especialmente relevante”. SOTTOMAYOR, Arménio. A voz da vítima. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). **Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 841-ss.

²⁵ Como muito bem nota José Damião da Cunha, a constituição como assistente supõe a verificação da *legitimidade material* (só pode constituir-se assistente aquele que é o titular do interesse que a lei especialmente quis proteger com a incriminação). CUNHA, José Damião da. A participação dos particulares no exercício da ação penal. **RPCC**, ano 8, n. 4, out-dez 1998. p. 630.

O que deve compreender-se à luz do critério que Jorge de Figueiredo Dias e Anabela Rodrigues adiantam para avaliar de tal titularidade, ao considerarem “o bem jurídico como valor corporizado ou objetivado no seu concreto suporte ou portador” (op. cit., p. 115). O ofendido que pode constituir-se assistente será, então, apenas aquele que possa ser visto como o concreto portador ou suporte do bem jurídico. Todavia, para além desta legitimidade material, José Damião da Cunha refere-se ainda à necessidade de *legitimidade processual*, já que “a constituição como assistente supõe a realização de um *procedimento formal* para que tal constituição opere eficácia. Além da necessidade de um requerimento dirigido expressamente a tal constituição (efetuado dentro do prazo previsto), a legitimação opera-se por uma *decisão judicial*”. Os números 2 a 5 do artigo 68.º CPP parecem coerentes com este entendimento.

limitações²⁶. E estas, ainda que em concreto possam interessar à vítima, não são determinadas em primeira linha em função desse interesse nem corresponderão – pelo menos em muitos casos – aos seus principais interesses.

Em síntese apertada: (I) nem todas as vítimas podem constituir-se assistentes, na medida em que tal só é possível quando estiverem verificados os requisitos de legitimidade material e de legitimidade formal; (II) a vítima, mesmo quando “cabe” no conceito estrito de ofendido²⁷ e logrou, além disso, cumprir os requisitos formais e constituir-se assistente no processo, tem neste processo uma intervenção limitada ao seu papel de colaborador do Ministério Público. Quando, no n.º 1 do artigo 69.º CPP, se dispõe que “os assistentes têm a posição de colaboradores do Ministério Público, a cuja

²⁶ Essas limitações decorrem do fato de o assistente ser um “sujeito processual eventual e secundário (até porque desvalorizado, no seu estatuto, a colaborador do MP e subordinado a este)”. As palavras são de José Damião da Cunha, (op. cit., p. 629), que, antes desta conclusão, afirma que «sendo considerado sujeito processual, o assistente não goza de um estatuto processual idêntico ao dos restantes sujeitos processuais (MP e arguido), desde logo porque não se trata de um sujeito processual “necessário”. Mesmo quando validamente constituído como tal, o assistente não goza, em termos de estatuto processual, de uma mesma parificação com os outros sujeitos processuais – assim bastará a consideração das diferentes consequências processuais quanto ao seu não comparecimento a julgamento ou à sanção da ausência de notificação para comparência a atos processuais».

²⁷ A intenção de facilitar a participação da vítima no processo penal – de modo coerente com o programa político-criminal inerente à vitimologia, com o atual modelo processual penal e com as novas formas assumidas pelos bens jurídicos e relacionadas com a sua natureza difusa, com a intersubjetividade ou a indivisibilidade – parece estar na base da crítica, por Augusto Silva Dias, de um conceito restrito de ofendido. Esta questão será, porém, revisitada em momento posterior do estudo, quando se enfrentarem as dificuldades específicas que os crimes ditos “sem vítimas” representam para a proposta restaurativa. DIAS, Augusto Silva. A tutela do ofendido e a posição do assistente. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 57-60.

atividade subordinam a sua intervenção no processo, salvas as exceções da lei”, o que parece poder subentender-se é que o assistente auxilia o Ministério Público na sua função de realização da justiça penal (*ou, em perspectiva próxima, que os seus concretos interesses no processo só são atendíveis enquanto coincidirem com o interesse coletivo na realização da justiça penal*).²⁸

Aquilo que agora se deve indagar é se a nova definição de vítima vertida no artigo 67.º - A do Código de Processo Penal significa uma alteração do modelo de participação da vítima no processo penal português. Ter-se-á a vítima, na definição ampla (e questionável) daquele artigo 67.º -A, tornado um verdadeiro sujeito processual? A sua intervenção no processo penal já não supõe a classificação como ofendido e, caso pretenda exercer os direitos que lhe são atribuídos, a constituição como assistente?

Não é, antecipe-se a conclusão, aquilo que se julga que resulta desta alteração ao Código de Processo Penal. Não se pensa que a vítima se tenha tornado um novo sujeito processual penal para o qual se transferiram todas as atribuições outorgadas pelo artigo 69.º do CPP ao assistente. Existem vários argumentos para se sustentar tal entendimento, desde os mais profundos relacionados com a teleologia do próprio direito processual penal aos mais diretamente visíveis na letra da lei e que se prendem com a sobrevivência de todas as normas atinentes à intervenção de lesados,

²⁸ No que, uma vez mais, se coincide com a afirmação de José Damiano da Cunha (op. cit., p. 638) de que «o interesse que o assistente eventualmente corporize (que tem de ser um interesse particular, autónomo) tem que estar subordinado ao interesse público, pelo que a atuação do assistente, fundada no interesse particular, só assume relevância (processual) na medida em que contribua para uma melhor realização da Administração da Justiça (ou, no caso concreto, um melhor exercício da “ação penal”)».

ofendidos e assistentes. Ou seja: o modelo de participação da vítima cunhado na versão original deste CPP sobreviveu na sua estrutura essencial, tendo-lho sido acrescentada uma definição de vítima, porventura de cariz mais criminológico do que processual penal.

Sustentada tal posição, perguntar-se-á, porém: se tal modelo se mantém intocado na sua essência, qual será então o sentido da incontestável novidade que é o surgimento de uma definição de vítima no Código de Processo Penal português? O que se pensa é que o legislador, confrontado pelos movimentos vitimológicos com a ideia de que a figura do sujeito processual assistente não existia para facilitar a participação no processo penal de todas as vítimas, mas antes para a disciplinar, reconheceu a necessidade de, em algumas circunstâncias, admitir a intervenção no processo penal de vítimas que não sejam ofendidos em sentido estrito e que se constituíram assistentes. Trata-se, de resto, de uma tendência que já vinha de trás (considerem-se, a título de exemplo, o artigo 82.º - A sob a epígrafe *Reparação da vítima em casos especiais*; ou o regime especial de suspensão provisória do processo para o crime de violência doméstica não agravado pelo resultado, que nos termos do n.º 7 do artigo 281.º do CPP é possível “mediante requerimento livre e esclarecido da vítima”).

Ou seja: o fato de se terem vindo a admitir algumas hipóteses de intervenção da vítima no processo penal (sem a existência de um ofendido que se constituiu assistente) terá, no entendimento do legislador, tornado conveniente a introdução no Código de Processo Penal daquela definição de vítima agora plasmada no artigo 67.º - A do CPP. Tais situações episódicas de intervenção da vítima enquanto tal foram, ademais, alargadas na nova redação dada àquele Código em 2015 (vejam-se, a esse propósito e a título

de exemplo, as soluções constantes dos artigos 212.º, n.º 4; 292.º, n.º 2 ou 495.º, n.º 2, todos do CPP).

Trata-se, sem dúvida, de novidades justificadas pela aceitação da relevância, no processo penal, dos interesses da vítima concreta do crime. Julga-se, porém, que sem que daí resulte uma alteração da natureza essencialmente pública da justiça penal, tão importante no paradigma iluminista e tão central no pensamento de Beccaria.

REFERÊNCIAS

ASHWORTH Andrew; ZEDNER, Lucia. Defending the criminal law: reflections on the changing character of crime, procedure and sanctions. **Criminal Law and Philosophy**, v. 2, n. 1, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 1998.

BRITO, José de Sousa e. A Lei Penal na Constituição. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). **Estudos sobre a Constituição**. Lisboa: Petrony, 1978.

CAEIRO, Pedro. Levy Maria Jordão, Visconde de Paiva Manso: Notas bibliográficas. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. 71, 1995, p. 363.

COSTA, José de Faria. Os novos horizontes sobre os meios de comunicação social e a justiça ou a vertigem de Hermes. In: _____. **Direito Penal da Comunicação**: Alguns Escritos. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 122-123.

COSTA José de Faria. Ler Beccaria Hoje. In: BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. p. 5-ss.

CUNHA, José Damião da. A participação dos particulares no exercício da acção penal. **RPCC**, ano 8, n. 4, out-dez 1998.

_____. Algumas reflexões sobre o estatuto do assistente e seu representante no direito processual penal português. **RPCC**, ano 5, n. 2, abr.-jun., 1995.

CUSSON, Maurice. **Pourquoi punir?** Paris: Dalloz: 1987.

DIAS, Augusto Silva. **Delicta in se e Delicta mere Prohibita**: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

DIAS, Augusto Silva. A tutela do ofendido e a posição do assistente. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 57-60.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional – da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. In: PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____; RODRIGUES, Anabela Miranda. Parecer sobre a legitimidade da S. P.A. em processo penal. In: Direito de Autor: Gestão e Prática Judiciária. Lisboa: SPA, p. 105-124, 1989.

_____. **Direito Penal Português**: As Consequências Jurídicas do Crime. Coimbra: Almedina, 2009.

GARAPON, Antoine. Direito e moral numa democracia de opinião. In: GARAPON, Antoine; SALAS, Denis (Coords.). **A Justiça e o Mal**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

JORDÃO, Levy Maria. O Fundamento do Direito de Punir: Dissertação Inaugural apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no ano de 1853. **Boletim da Faculdade de Direito**, v. 51, 1975.

MESQUITA, António Pedro. **Liberalismo, Democracia e o Contrário**: Um século de pensamento político em Portugal (1820-1920). Lisboa: Edições Sílabo, 2006. p. 40-41.

MORRIS, Allison ; MAXWELL, Gabrielle. Implementing restorative justice: what works? In: Morris A.; Maxwell G. (Eds.). **Restorative Justice for Juveniles**: Conferencing, Mediation and Circles. Portland: Hart Publishing, 2003.

PELIKAN, Christa. Sobre a Justiça Restaurativa. **Newsletter DGAE**, n. 2, 2003, p. 9.

RAWS, John. Uma Teoria da Justiça. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). **Estudos sobre a Constituição**. Lisboa: Petrony, 1978.

SALAS, Denis. **La Volonté de Punir**: Essai sur le Populisme Penal. Paris: Hachette, 2005.

SILVA, Sandra Oliveira e. **A Protecção de Testemunhas no Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

SOTTOMAYOR, Arménio. A voz da vítima. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). **Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence. Repairing the harm: victims and restorative justice. **Utah Law Review**, n. 1, 2003.

WEMMERS, Jo-Anne; CANUTO, Marisa. **Victim's experiences with, expectations and perceptions of restorative justice: a critical review of the literature**. Montréal, Canadá: International Centre for Comparative Criminology, Université de Montréal, 2002.

WIEVIORKA, Michel. **La Violence**. Paris: Hachette, 2005.