

# A VULNERABILIDADE EM FUNÇÃO DA IDADE COMO FATOR PREPONDERANTE NA CONFIGURAÇÃO DO PROCESSO PENAL MODERNO – *MAIS UM DIREITO PROCESSUAL PENAL?*

Flávia Noversa Loureiro\*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.19>

## 1. Introdução<sup>1</sup>

Compreender o papel que o direito penal pode ter na tutela de vítimas vulneráveis em função da idade parte, segundo cremos, da conceção que adotemos em relação quer à sua função, quer à sua legitimidade de intervenção. Na verdade, costumámos afirmar rotineiramente que o direito penal

---

\* Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho; Investigadora Integrada do JusGov – *Research Centre for Justice and Governance*. E-mail: [flavianl@direito.uminho.pt](mailto:flavianl@direito.uminho.pt)

<sup>1</sup> O texto que aqui se apresenta corresponde, com atualizações a mudanças de pouco significado, àquele que serviu de base à conferência que proferimos no III Encontro do Grupo Jorge de Figueiredo Dias, subordinado ao tema *A tutela penal das vítimas vulneráveis em razão da idade*, que teve lugar na Faculdade de Direito da Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa, em 3 de novembro de 2017. Não tendo ainda tal trabalho sido publicado, afigurou-se-nos que poderia fazer especial sentido dá-lo à estampa na homenagem sentida que pretendemos fazer à Senhora Prof. Doutora Benedita Mac Crorie, Colega com qual trabalhámos ao longo de quase vinte anos na Escola de Direito da Universidade do Minho.

(e sobretudo o direito processual penal) surgiu como forma de reação aos abusos cometidos pelo Estado, como instrumento de limitação do *ius puniendi* estatal em razão da necessidade de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos<sup>2</sup>. Mais profundamente ainda talvez, é comum dizer-se que os próprios direitos fundamentais nasceram com esse recorte, como obstáculo a atuações desajustadas e excessivas dos poderes públicos – ou, porventura melhor, de um qualquer exercício de poder<sup>3</sup>.

De facto, os direitos fundamentais apresentaram-se, desde a sua génese, como direitos dos mais fracos, não no sentido de que pertencem apenas a um grupo e não à generalidade dos cidadãos (não pretendemos recusar a visão jusnaturalista ou a perspectiva internacionalista dos direitos fundamentais, para que Vieira de Andrade chama a atenção<sup>4</sup>), mas no de se terem moldado e afirmado através da constatação de que uma parte mais vulnerável da comunidade necessitava, em determinada matéria, de defesa, de proteção, perante a mais forte. Assim sucedeu, de facto, com os direitos fundamentais de primeira geração, encarados como direitos de liberdade, e que visaram, sobre todas as coisas, proteger os cidadãos das investidas do Estado, assegurar uma esfera última, um núcleo irredutível de liberdade individual ao qual o poder público não poderia aceder.

Assim, pedindo aqui emprestadas as palavras do brasileiro Eduardo Cambi, “os direitos fundamentais se revelam como os *direitos dos mais fracos* contra os que tinham mais força no estado de natureza hobbesiana (liberdade selvagem, presente do Estado de Natureza), contra o *absolutismo* dos poderes públicos (v.g. dos poderes políticos, até a sua separação, a representação popular, a responsabilidade política e o princípio da legalidade; do Poder Judiciário, até a sua sujeição à lei e o desenvolvimento de garantias penais e processuais; dos poderes administrativos e policiais, até a afirmação do princípio da legalidade no seu exercício e do seu controle jurisdicional), contra

---

<sup>2</sup> Nas palavras de Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Processual Penal*, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 24.

<sup>3</sup> Cf. Benedita MAC CRORE, “Os direitos sociais em crise?”, in Mário Ferreira Monte *et al.* (org.), *Estudos em Comemoração dos 20 Anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 115-126, ou “Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares – Algumas notas”, in Cláudia Sofia Melo Figueiras *et al.* (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 141-150.

<sup>4</sup> José Carlos Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 15 e ss.

quem é mais forte economicamente no mercado capitalista (afirmando-se, v.g., os direitos trabalhistas, as regras que protegem a livre concorrência, a transparência nos negócios jurídicos e a defesa dos direitos dos consumidores), contra o absolutismo do poder doméstico (pela reforma do direito da família, com a promoção da igualdade entre seus membros e a adoção de regras que protegem as pessoas mais vulneráveis no meio familiar), contra quem é militarmente mais forte na comunidade internacional, acabando com o velho absolutismo da soberania externa dos Estados, bem como limitando (ou tentando limitar) o *neoabsolutismo* dos grandes poderes econômicos e financeiros transnacionais”<sup>5</sup>.

Sendo, pois, inquestionável a relação entre a ciência jurídico-criminal e os direitos fundamentais – a dispensar aqui qualquer ilustração para quem, como nós, assume o direito penal como um direito penal do bem jurídico –, não se nos apresenta como exógena a noção de vulnerabilidade. De facto, não só em sede de direito material ou substantivo se tem vindo a reconhecer, com cada vez maior premência, a necessidade de dedicar frações particulares de tutela a cidadãos vulneráveis, como igualmente o próprio direito processual tem acolhido especialidades e exceções que têm como justificação ou alicerce o reconhecimento de uma situação jurídico-processual particularmente frágil. E se é certo que uma tal tendência se tem vindo a acentuar, sendo até porventura relativamente nova a adoção deste conceito particular – vulnerabilidade –, a verdade é que a sua essência de há muito vinha sendo acolhida pelo legislador criminal.

## 2. A vulnerabilidade nas normas penais

Atente-se, exemplificativamente, na introdução, em 1998, da alínea b) do nº 2 do artigo 132º do CP, que aditou um novo exemplo-padrão ao tipo de homicídio qualificado (“praticar o facto contra pessoa particularmente indefesa em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez”), ou na alteração feita, em 1995, ao então artigo 152º (maus tratos e infrações de regras de

---

<sup>5</sup> Eduardo CAMBI, *Neoconstitucionalismo e Neoprocessoalismo – Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*, São Paulo, Almedina, 2016, p. 120.

segurança), introduzindo a referência a “pessoa menor ou particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez”. E, com maior relevância ainda, não se podem esquecer, naturalmente, as normas penais estruturalmente pensadas para proteger vítimas vulneráveis – ou melhor, bens jurídicos que se repercutem particularmente na esfera de pessoas especialmente indefesas ou merecedoras de tutela –, como são todos aqueles tipos que visam tutelar de modo distintivo a liberdade e autodeterminação sexual de menores ou, sem pretensão de exaustividade, o crime de violação da obrigação de alimentos ou, obviamente, o de violência doméstica.

Tendo, portanto, em conta que o direito penal desde sempre teve a preocupação de intervir quando estejam em causa bens jurídicos carecidos de tutela, e que esta necessidade se sente, de modo particular, quando o valor, bem ou interesse que está a ser colocado em causa tem por fim proteger cidadãos particularmente fragilizados, seja qual for a razão de tal fragilidade, não pode negar-se, todavia, que vulnerabilidade é um conceito técnico-legal novo, de origem extra-jurídica<sup>6</sup>, que surgiu pela primeira vez no nosso Código Penal já neste milénio, através das alterações levadas a cabo pela Lei nº 99/2001, de 25 de agosto. Propositadamente escolhido para ser inserido num determinado núcleo temático, o conceito de vulnerabilidade (de situação de especial vulnerabilidade) surge-nos, aí, associado aos crimes de tráfico de pessoas, de lenocínio e de lenocínio de menores. Mais tarde (em 2007), viria ainda a ser chamado à colação no crime de burla qualificada.

Em todos estes, como se pode constatar, a noção de vulnerabilidade não vem adstrita a um qualquer adjetivo: não é vulnerabilidade de menores, não é vulnerabilidade de género, não é igualmente vulnerabilidade étnica ou religiosa, não é vulnerabilidade de pessoas de idade. É apenas vulnerabilidade, enquanto situação concreta da vítima que, naquelas exatas circunstâncias, a deixa fragilizada, diminuída ou especialmente indefesa face ao autor do crime.

Isto sucede nos tipos que expressamente elegem esta característica como um dos seus elementos, de modo a vincularem o agente a um determinado modo de execução que, nestes casos, está expressamente conexionado com a vítima selecionada e a relação que com ela estabelece o agente, mas já não

---

<sup>6</sup> Cf. Xavier PIN, “Politique Criminelle et Frontières du Droit Pénal: Enjeux et Perspectives”, *Revue Penitentiaire et du Droit Pénal*, nº 1, jan.-mar. 2011, p. 97.

será assim, porventura, em todos aqueles casos em que a vulnerabilidade em causa é suscetível de gerar a identificação de um círculo de sujeitos jurídicos especialmente vulneráveis legitimador de uma específica intervenção do direito penal. Assim se tem passado, entre nós, com a proteção de menores e a atuação contra a violência de género, que nos últimos anos tem justificado atenta e detalhada intervenção do legislador. Mas já não sucederá – ou já não tanto assim –, como sublinha Paula Ribeiro de Faria, quando estamos perante crimes contra idosos, que não têm vindo a lograr tratamento autónomo, assistindo-se antes a uma não totalmente adequada “assimilação do regime de protecção jurídica das pessoas de idade ao regime de prevenção e combate à violência de género e da protecção de menores”<sup>7</sup>.

### **3. A vulnerabilidade nas normas processuais penais**

Ora, concordando com a premissa – ou seja, não se nos afigurando correto tratar todas as vulnerabilidades como se fossem uma massa una e indistinta, pois que suscitam, cada uma delas, problemas e perspectivas particulares que não podem ser escamoteadas –, interessa-nos agora direcionar uma tal reflexão não propriamente para o direito penal substantivo, mas antes para o direito processual penal. E verificar se, também aí, este conceito de vulnerabilidade se tem vindo a implantar.

#### **3.1. No Código de Processo Penal**

Ao contrário do que sucedeu com o Código Penal, o Código de Processo Penal (CPP) não acolheu – senão muito recentemente – o conceito de vulnerabilidade. De facto, só com o aditamento do artigo 67º-A, feito através da Lei nº 130/2015, de 4 de setembro, pela primeira vez surgiu no CPP a referência a vítima vulnerável – no caso, vítima especialmente vulnerável – como sendo aquela cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua idade, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com

<sup>7</sup> Maria Paula Ribeiro de FARIA, *Os Crimes Praticados contra Idosos*, Porto, Universidade Católica Editora, 2015, p. 85.

consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social<sup>8</sup>.

Deve sublinhar-se ainda que o nº 3 do preceito fixa que as vítimas de criminalidade violenta e de criminalidade especialmente violenta são sempre consideradas vítimas especialmente vulneráveis. Não deixa de ser questionável, no nosso entendimento, esta solução encontrada pelo legislador, pois que não só lança mão de um catálogo relativamente amplo de crimes [nos termos do artigo 1º, alínea j)], integram a criminalidade violenta todas as condutas que dolosamente se dirijam contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual ou a autoridade pública e forem puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 5 anos, enquanto, de acordo com alínea l) do mesmo preceito, quando tais condutas sejam puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 8 anos constituirão criminalidade especialmente violenta<sup>9</sup>), que por si só suscita dúvidas e dificuldades, como porque prescinde das qualidade subjetivas e circunstanciais que *a priori* parecem inerentes – até pelo conceito fornecido pelo legislador – à noção de vítima. Esta atribuição formal da qualidade de vítima especialmente vulnerável pode, quanto a nós, conduzir a situações pouco compreensíveis, como sejam aquelas que digam respeito aos crimes contra a autoridade pública (que fazem parte daquele leque).

Não significa isto dizer, obviamente, que até então o CPP desatendia em absoluto às circunstâncias particulares atinentes à vulnerabilidade de certo tipo de pessoas que, por razões diversas, tomavam contacto com o processo. Em particular, de há muito atende o processo penal português, em normas específicas previstas quer no CPP quer em legislação avulsa, aos dois grupos particulares de vítimas que acima identificámos e que são aqueles que – pensamos poder dizê-lo sem grande margem de erro – mais têm sido tratados como vítimas vulneráveis: os menores e as pessoas que sofrem de diferenciação de género (as mulheres, ainda e sobretudo, no nosso país).

Veja-se a este propósito, desde logo, as regras relativas à publicidade do processo, princípio fundamental do direito processual penal de matriz

---

<sup>8</sup> Nos termos da alínea b) do nº 1 do artigo 67º-A do CPP.

<sup>9</sup> Como se sabe, os próprios conceitos de criminalidade violenta e especialmente violenta são extremamente discutíveis, mas, não cabendo essa análise no escopo deste trabalho, ater-nos-emos às definições legais.

acusatória e que conhece, desde a origem, derrogações específicas relacionadas com a posição da vítima e a necessidade de a proteger, sobretudo quando estão em causa determinados crimes. Confirma-se, nesse sentido, a possibilidade de exclusão da publicidade da audiência de julgamento prevista no nº 1 do artigo 321º, nomeadamente, quando haja a necessidade de proteger a vítima por estar em causa a discussão de aspetos íntimos ou da sua vida privada, nomeadamente quando se trate de crimes contra a sua liberdade e autodeterminação sexual, de tráfico de órgãos humanos ou de tráfico de pessoas (seja a vítima pessoa adulta, seja, por maioria de razão, uma criança ou adolescente), nos termos do artigo 87º, especialmente do seu nº 3<sup>10</sup>. E, de modo semelhante, as restrições à publicação pelos meios de comunicação social da identidade das vítimas de crimes de tráfico de órgãos humanos, tráfico de pessoas, contra a liberdade e autodeterminação sexual, a honra ou a reserva da vida privada, exceto se a vítima consentir expressamente na revelação da sua identidade ou se o crime for praticado através de órgão de comunicação social, nos termos da alínea c) do nº 2 do artigo 88º do CPP.

Não se esqueça, por outro lado, a possibilidade de arbitramento officioso de uma quantia para reparação dos prejuízos sofridos, prevista no artigo 82º-A do CPP, para os casos em que, mesmo não tendo havido dedução de pedido de indemnização civil, as particulares exigências de proteção da vítima o imponham. Norma, na verdade, que de há muito vem sendo apontada como um dos marcos da nossa legislação penal, entendida em sentido amplo, no que tange com a tutela da vítima e a necessidade de lhe atribuir específica proteção dentro do processo penal português<sup>11</sup>.

De crucial importância neste exercício que pretendemos fazer é, inevitavelmente, o instituto de declarações para memória futura. Efetivamente, nos termos do artigo 271º do CPP, a utilização deste instrumento de limitação aos princípios da contraditoriedade, da oralidade e da imediação, não ocorre apenas em caso de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro de uma testemunha, que previsivelmente a impeça de ser ouvida em julgamento – ou seja, de provável impedimento de estar presente na audiência de julgamento –,

---

<sup>10</sup> Neste caso, dá-se mesmo uma inversão da regra estabelecida, estabelecendo o legislador que a publicidade dos atos processuais é aqui, por regra, excluída.

<sup>11</sup> Cf., a propósito, Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, pp. 244-245.

mas igualmente quando esteja em causa a tomada de declarações a vítima de crimes de tráfico de órgãos humanos, tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual, sendo mesmo obrigatória esta inquirição antecipada quando estejamos perante crime contra a liberdade e autodeterminação de menor, nos termos do nº 2 do preceito<sup>12</sup>.

Já nem sequer pedem referência, por totalmente desnecessárias, as normas relativas à constituição de assistente, figura através da qual, no recorte originário do CPP, a vítima (o ofendido) pode transformar-se em sujeito processual<sup>13</sup>.

### 3.2. Em legislação avulsa

De modo semelhante, mas desta vez chamando a atenção para normas avulsas, que dialogam com aquelas que estão estabelecidas no CPP, parecem-nos não dever ser desconsiderado o regime de proteção de testemunhas em processo penal, previsto, desde logo, na Lei nº 93/99, de 14 de julho<sup>14</sup>, pois que a intervenção das vítimas no processo-crime se faz muitas vezes – quando estas não se hajam constituído assistentes, desde logo – através da figura da testemunha. Estando a aplicação das medidas de proteção previstas neste diploma usualmente dependente de serem postos em causa, por força do contributo da testemunha para a prova dos factos objeto do processo, a sua vida, integridade física ou psíquica, liberdade os bens patrimoniais de valor consideravelmente elevados, a verdade é que elas se aplicam também, por força do nº 3 do artigo 1º da lei em causa, às pessoas especialmente vulneráveis, nomeadamente em razão da idade, ainda que não se verifiquem aqueles pressupostos.

Não nos dizendo cabalmente esta lei (muito embora o seu artigo 2º contenha uma norma com definições) o que deve entender-se por testemunha

---

<sup>12</sup> Estabelece o nº 4 do artigo 271º que, quando estejamos perante casos desta natureza, a tomada de declarações seja realizada em ambiente informal e reservado, com vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e a sinceridade das respostas, devendo o menor ser assistido no decurso do ato processual por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito.

<sup>13</sup> Cf. o que a este propósito dissemos em Flávia Noversa LOUREIRO, "A indeterminabilidade da vítima e a posição de assistente nos processos-crime de natureza económico-financeira", *in* Manuel Monteiro Guedes Valente (coord.), *IV Congresso de Processo Penal - Memórias*, Lisboa, Almedina, 2016, pp. 187-207.

<sup>14</sup> E regulamentado através do Decreto-Lei nº 109/2003, de 22 de agosto.



especialmente vulnerável, deixa-nos todavia algumas pistas, nomeadamente no nº 2 do artigo 26º: a especial vulnerabilidade da testemunha pode resultar, nomeadamente, da sua diminuta ou avançada idade, do seu estado de saúde ou do facto de ter de depor ou prestar declarações contra pessoa da própria família ou de grupo social fechado em que esteja inserida numa condição de subordinação ou dependência.

Ou seja, quando num determinado ato processual deva participar certa testemunha, a autoridade judiciária avalia se esta será especialmente vulnerável e, quando assim considerar, providencia para que sejam asseguradas as condições necessárias ao acompanhamento e proteção dessas pessoas (com medidas que podem ir desde a utilização das já referidas declarações para memória futura até ao afastamento temporário<sup>15</sup>).

Tentando ainda um outro *apport*, parece-nos importante tomar em linha de conta o regime de concessão de indemnização às vítimas de crimes violentos e de violência doméstica, estabelecido pela Lei nº 104/2009, de 14 de setembro. Na verdade, muito embora este diploma não faça qualquer referência à vulnerabilidade da vítima, a verdade é que as situações que se destina a tutelar (violência doméstica, criminalidade violenta e criminalidade especialmente violenta) são, de há muito, encaradas como tipos de ilícitos geradores de vítimas vulneráveis – o que agora foi normativamente consagrado no já referido artigo 67º-A do CPP.

Uma referência é ainda devida à Lei nº 112/2009, de 16 de setembro, que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas, pois que também aí podemos encontrar o conceito de vítima especialmente vulnerável. Nos termos da alínea b) do artigo 2º desse diploma, é vítima especialmente vulnerável aquela cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua diminuta ou avançada idade, do seu estado de saúde ou do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social.

Ora, todo este mosaico – descontinuado, certamente lacunoso, mas também, a espaços, sobreposto – de proteção (processual) penal de vítimas vulneráveis sofreu em 2015 um abalo forte com a aprovação do já referido

<sup>15</sup> Nos termos do artigo 31º da Lei nº 93/99. Cf. igualmente o artigo 19º do Decreto-Lei nº 190/2003, de 22 de agosto.

Estatuto da Vítima, através da Lei nº 130/2015, de 4 de setembro. Este Estatuto prevê um conjunto de medidas que visam assegurar a proteção e a promoção dos direitos das vítimas da criminalidade, transpondo para a ordem jurídica interna a diretiva 2012/29/UE, do Parlamento e do Conselho, de 25 de outubro<sup>16</sup>, e apresenta-se, nessa medida, como uma tentativa de tratar de modo integrado os diversos aspetos relacionados em os direitos das vítimas, nomeadamente (mas não só) quanto ao seu papel no processo-crime. Aí se fixa não apenas um rol de direitos próprios das vítimas de crimes, mas se estabelecem igualmente prerrogativas que podem ser exercidas diretamente no processo, como o direito à informação, à consulta dos autos e à assistência e tradução (nos termos do artigo 11º), ou o direito de recurso à vídeo ou teleconferência (artigo 23º), ou ainda o direito a medidas especiais de proteção quando estejam em causa vítimas especialmente vulneráveis (artigo 21º).

#### **4. As questões emergentes: o papel das vítimas vulneráveis no processo penal português**

Mais do que analisar aqui a complexa constelação normativa de proteção da vítima resultante da adoção do Estatuto em 2015 e a sua articulação com os normativos previamente existentes, interessa-nos, sobretudo, refletir um pouco sobre as consequências processuais penais que o reconhecimento progressivo – mas muitas vezes não harmonioso ou até um pouco desequilibrado – das vítimas vulneráveis enquanto intervenientes processuais autónomos se nos afigura poder suscitar.

O primeiro ponto de uma tal reflexão passa, necessariamente, pelo tão propalado debate em torno da re-centralização da vítima no processo penal, da imperatividade em devolver-lhe ou reforçar-lhe a voz dentro do direito processual penal, em entendê-la mesmo, para alguns, como sujeito paritário ao lado do arguido, a merecer do ordenamento jurídico-criminal português igualdade de armas. Não cabendo aqui aprofundar esta discussão, sempre

---

<sup>16</sup> A diretiva estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho; disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0029&from=en>

diremos que o processo penal, não podendo desatender aos interesses das vítimas, sob pena de não cumprir as suas finalidades de pacificação jurídica e social, deve permanecer, quanto a nós, construído em torno da figura do arguido. As razões para que assim seja são sobejamente conhecidas, historicamente demonstradas e não carecem de enunciação nesta sede. Não significa isto dizer, porém, queremos deixar claro, que não deve o direito processual penal, na medida em que isso seja necessário e concatenável com os seus princípios, ter em conta as necessidades específicas das vítimas, sobretudo daquelas que estejam em situação de especial fragilidade ou vulnerabilidade.

Ora, o que nos parece imprescindível constatar – seja qual for o entendimento que cada um de nós tenha a respeito deste problema – é que temos assistido, de facto, a um alargamento do âmbito de intervenção da vítima no direito processual penal, tendo mesmo o legislador tentado erigi-la a sujeito processual. Temos dúvidas de que o tenha conseguido efetivamente, pois que não basta para isso inserir um artigo dentro do livro do CPP respeitante aos sujeitos processuais, mas é, antes, preciso configurá-la como interveniente dotado de meios para conformar efetivamente o andamento do processo, influenciando sobre a decisão da causa<sup>17</sup>, de acordo com a lição de Figueiredo Dias. De todo o modo, sempre se reconhecerá que vítima adquiriu foros de *participante processual qualificado*, dado o estatuto que quer o artigo 67<sup>o</sup>-A, quer a Lei n<sup>o</sup> 130/2015 lhe concederam.

Se assim é, afigura-se-nos que o passo seguinte terá de passar por verificar se a vítima vulnerável, enquanto espécie pertencente àquele primeiro género, encontra no direito processual penal português respaldo normativo. Ora, se é certo que, como constatámos, não existe univocidade de conceitos nem um tratamento uniformizado de todas as vítimas consideradas vulneráveis (ou especialmente vulneráveis, como tem recentemente preferido o legislador), parece-nos igualmente claro que o legislador tem vindo a criar um conjunto de normas especificamente dirigidas a momentos e/ou a processos em que as vítimas sejam vulneráveis. Uma tal atuação tem sido assimétrica, tem denotado uma maior importância concedida a algumas vítimas vulneráveis do que a outras, tem protegido preferencialmente

---

<sup>17</sup> Jorge de Figueiredo DIAS, “Sobre os Sujeitos Processuais no Novo Código de Processo Penal”, in AAVV, *Jornadas de Direito Processual Penal: o novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 3 e ss.

menores e vítimas de crimes de género, deixando de parte ou tocando apenas tangencialmente outras vítimas vulneráveis, nomeadamente em função da idade avançada.

Ora, o reconhecimento da especial situação em que estas vítimas se encontram – e a respetiva ressonância através do estabelecimento de regras específicas que rejam a sua intervenção no processo –, correspondendo claramente, em alguns casos, a uma legítima necessidade de proteção especial de certas pessoas, não deixa de colocar entraves, por vezes bastante sérios, ao recorte do nosso modelo processual penal, à sua estrutura constitucionalmente implicada e aos princípios fundamentais que o caracterizam. E uma tal opção político-criminal tem obrigatoriamente de ser ponderada com cuidado particular, sobretudo quando – há de uma vez mais dizer-se sem medos, ainda que porventura em contracorrente com um certo discurso instalado – coloca em causa a posição de outros sujeitos processuais, mormente do arguido.

Naturalmente, diversos casos existem em que uma tal limitação é feita, não sendo os direitos de defesa do arguido direitos absolutos ou irrestritíveis, antes tendo muitas vezes de ceder face aos interesses legítimos de descoberta da verdade material (e face aos interesses das vítimas, como se vê). O que não pode suceder, por imperativo constitucional, é o aniquilamento ou total esvaziamento de um dos direitos ou interesses em causa – ou, juntaríamos nós como sinónimo, a sua transformação numa mera garantia formal sem tessitura ou densidade material efetiva.

Imagine-se, por exemplo, o caso de abertura de um inquérito para averiguação de um eventual crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor. Nos termos do artigo 271º do CPP e 24º da Lei nº 130/2015, a inquirição da criança tem de ser feita durante o inquérito, para memória futura, de modo a evitar, naturalmente, a vitimização secundária que decorreria de uma inquirição repetida e prolongada no tempo. Tal inquirição, se juntarmos a estas normas aquela que está vertida no artigo 28º da Lei de Proteção de Testemunhas, deve mesmo ser feita o mais brevemente possível após a ocorrência do crime. Sucede que, nessas hipóteses, pode ocorrer, no limite, que não haja ainda arguido constituído, por não se terem até esse momento recolhidos indícios sobre quem terá praticado o

crime. Tem entendido a maioria da jurisprudência<sup>18</sup> e parte da doutrina<sup>19</sup> que um tal facto não coloca em causa nem a possibilidade de realização nem a validade das declarações para memória futura em julgamento, pois que a lei exige apenas a presença de defensor, mesmo que o arguido não esteja ainda constituído, bastando uma tal presença para o respeito pelo princípio do contraditório e para garantir os direitos de defesa do arguido que vier a existir.

Não nos parece, porém, que um tal entendimento seja aceitável (nesta como noutras hipóteses, que aqui pretendemos apenas exemplificar), a não ser que se pretenda transformar as garantias processuais e os direitos de defesa numa mera afirmação formal, absolutamente desprovida de conteúdo. Não podemos, na verdade, pretender defender de tal modo os interesses da vítima – meritórios e atendíveis, como no caso em apreço – que acabemos por reenviar o arguido ao estatuto de mero objeto no processo<sup>20</sup>, aquele a quem o processo é feito, o que o sofre, sob pena de transformarmos o processo penal num processo sobre as vítimas, a propósito de um ato praticado pelo arguido.

Julgamos não ser necessário explicar que não estamos aqui a defender um completo esquecimento da vítima, uma secundarização total dos seus interesses, um afastamento (ainda) maior entre esta e o processo. O que tememos, isso sim, é que a introdução sincopada de normas processuais penais (muitas vezes fora do CPP, em legislação avulsa) acabe por não ter em devida conta a necessidade de olhar para o regime como um sistema, erigido sobre uma sempre difícil e evolutiva tensão entre a necessidade de descoberta da

<sup>18</sup> Ver, *v.g.*, os acórdãos do STJ de 25 de março de 2009, processo nº 09P0486 (<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0c66ad9dd8b980256b5f003fa814/6bc39042149ce2f2802575ac004c0baa?OpenDocument>), e de 7 de novembro de 2007, processo nº P.07P3630 [CJ (STJ)], 2007, T3, p. 242].

<sup>19</sup> Cf. António GAMA, “Reforma do Código de Processo Penal: Prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 19, julho-setembro de 2009, pp. 398-399; António Miguel VEIGA, “Notas sobre o âmbito e a natureza dos depoimentos (ou declarações) para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais (ou da razão de ser de uma aparente ‘insensibilidade judicial’ em sede de audiência de julgamento)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 19, nº 1, janeiro-março de 2009, pp. 101-121; ou Cruz BUCHO, “Declarações Para Memória Futura, Elementos de Estudo”, 2002, disponível em [www.trg.pt/ficheiros/estudos/declaracoes\\_para\\_memoria\\_futura.pdf](http://www.trg.pt/ficheiros/estudos/declaracoes_para_memoria_futura.pdf). Em sentido contrário, devemos salientar as posições de José Damião da CUNHA, “O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356º e 357º do C.P.P.)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 7, fasc. 3º, Julho-Setembro de 1997, 405, pp. 407-410; ou Joaquim MALAFAIA, “O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos atos de instrução e nas declarações para memória futura”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 14, nº 4, Outubro-Dezembro de 2004, pp. 537-539.

<sup>20</sup> Como repetidamente têm alertado, entre outros, Jorge de Figueiredo DIAS, “Sobre os Sujeitos Processuais no Novo Código de Processo Penal”, *op. cit.*, pp. 3 e ss.; e Manuel da Costa ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 117 e ss.

verdade material e a exigência de tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos. A introdução, neste modelo, de preocupações com a vítima, pode e deve ser feita, mas não pretendendo obter através dessa modificação um outro modelo processual, que se nos apresenta não sancionado constitucionalmente.

## 5. Considerações finais

Lançando mão da imagem que Silva Sánchez cunhou, vemos um número progressivamente crescente de “processos penais”, a multiplicar-se à medida que a realidade poliédrica exige do legislador e da sociedade uma nova tomada de posição, como se se tratasse, afinal, de distintos modelos processos penais a diferentes velocidades<sup>21</sup>. Corremos o risco, na verdade, segundo cremos, se continuarmos a autonomizar regimes, a criar exceções que rapidamente se torna mais largas do que a regra, a estabelecer desvios não suficientemente ponderados àqueles que são os princípios fundamentais do processo penal, de mantermos um direito processual penal garantístico, assente em uma estrutura acusatória e que busca a verdade material no respeito pelos direitos fundamentais, aplicável, todavia, a um cada vez menor número de casos, sem importância prática significativa, verdadeiramente residual. Uma etiqueta, diríamos. E de, ao lado dele, a vemos proliferar um conjunto de direitos processuais penais (temos já vários<sup>22</sup>...) que se transformam na negação daquele símbolo.

Donde, a tutela da vulnerabilidade – das diversas vulnerabilidades – é necessária, e o nosso direito penal, *lato sensu*, tem de adaptar-se às exigências das sociedades plurais contemporâneas onde distintos grupos de sujeitos podem justificar ou exigir mesmo variações na forma de tutela. O que já não poderá suceder, em nossa opinião, é transformar essa salutar capacidade de adaptação numa encapotada forma de alteração do modelo.

---

<sup>21</sup> Cf. Jesús-Maria SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999, a propósito daquilo a que denominou de direito penal de duas velocidades, e, depois, em *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001, alargou para três.

<sup>22</sup> Pense-se na lei do cibercrime (Lei nº 109/2009, de 15 de setembro) ou na criminalidade económica e organizada e seus múltiplos normativos especiais (como a Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, ou a Lei nº Lei nº 36/94, de 29 de setembro).

É que, desde sempre, o processo penal se centrou em torno de uma vulnerabilidade: a do arguido. E se é certo que essa pode não ser a única pessoa vulnerável no processo, a questão que nos parece que temos de colocar-nos é a de saber até que ponto a disseminação de regimes e de estatutos especiais, criados no sentido de acautelar as distintas especificidades que compõem e vivificam a atividade judiciária de apuramento dos factos criminalmente relevantes e dos seus autores, não estará, na verdade, a colocar em causa as traves-mestras do nosso processo penal.

E, já que falamos em vulnerabilidades, talvez seja importante não esquecer – embora tenha de ficar para outra oportunidade o seu desenvolvimento – que há também arguidos especialmente vulneráveis, desde logo em função da idade. É curioso verificar que a tendência que vimos de assinalar se dá ao mesmo tempo que assistimos a uma diminuição da importância destas características, destas especiais vulnerabilidades, quando estejamos perante os autores do crime. Nos últimos anos, têm demonstrado as estatísticas e temos comprovado na prática, vem aumentado significativamente o número de idosos presos, gerando problemas sociais e humanos de muita relevância e enormes dificuldades logísticas e gestionárias nos nossos estabelecimentos prisionais, muito pouco preparados para corresponder às necessidades de uma população envelhecida<sup>23</sup>. Parecemos todos muito pouco preocupados com esta vulnerabilidade. Vulnerabilidade qualificada ou à potência, se bem virmos, na medida em que para lá de estarmos perante um cidadão preso, temos um cidadão idoso preso, a quem muito rapidamente são negados – por incapacidade de resposta do nosso sistema prisional – direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. O mesmo se passa, naturalmente, com os menores (entre os 16 e os 18 anos), cada vez mais encarcerados em regime comum.

Se o direito penal e o direito processual penal surgiram para proteger os fracos, se a sua história se faz da tutela de vulneráveis face aos mais diferentes fatores, talvez não devamos esquecer mais esta especial vulnerabilidade, que ocorre a jusante, escondida dos olhos dos meios de comunicação social

---

<sup>23</sup> Cf. Ronald H. ADAY e Jennifer J. KRABILL, “Aging Offenders in the Criminal Justice System”, *Marquette Elder’s Advisor*, vol. 7, nº 2, 2006, disponível em <http://scholarship.law.marquette.edu/elders/vol7/iss2/4>; ou Anita N. BLOWERS, “Elders and the criminal justice system”, *Journal of Crime and Justice*, vol. 38, nº 1, 2015, pp. 1-8, disponível em <http://dx.doi.org/10.1080/0735648X.2014.931509>.

e dos grupos de pressão e, por isso, inexistente para a generalidade dos cidadãos. E talvez ela seja tributária, no fundo, de uma vulnerabilidade social, comunitária, que temos visto acentuada ao longo dos últimos anos: o fim da tolerância e da compreensão que nos merecem os nossos concidadãos, todos eles, mesmo aqueles que cometem crimes.